

**RESPONSABILIDAD PENAL EN MATERIA CONTRACTUAL
EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL**

DARIO FERNANDO DELGADO ESPAÑA

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2008**

**RESPONSABILIDAD PENAL EN MATERIA CONTRACTUAL
EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL**

DARIO FERNANDO DELGADO ESPAÑA

**Trabajo de Grado presentado como requisito parcial para optar el título de
Especialista en Derecho Administrativo**

Asesor

Dr. ALVARO HERNAN BENAVIDES SOLARTE

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y ESTUDIOS SOCIO JURÍDICOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO ADMINISTRATIVO
PASTO
2008**

“Las ideas y conclusiones aportadas en este trabajo de grado, son de responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1º. del acuerdo No. 324 del 11 de octubre de 1966.
Emanado del Honorable Consejo Directivo de la
Universidad de Nariño

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN CAPITULO I.

1.	EL CONTRATO	18
1.1.	EL CONTRATO ESTATAL	18
1.1.1.	ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL	19
1.1.2.	CLASES DE CONTRATOS ESTATALES	19
1.1.2.1.	Contrato de Obra	19
1.1.2.2.	Contrato de Consultoría	19
1.1.2.3.	Contrato de Prestación de Servicios	19
1.1.2.4.	Contrato de Concesión	19
1.1.2.5.	Contrato de Compra Venta	19
1.1.2.6.	Contrato de Suministro	19
1.1.3.	CONTROLES EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL	20
1.1.3.1.	Control Administrativo	20
1.1.3.2.	Control Disciplinario	20
1.1.3.3.	Control Jurisdiccional	20
1.1.3.4.	Control Fiscal	20
1.1.3.5.	Control Político	20
1.1.3.6.	Control Ciudadano	20
1.1.4.	PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	20
1.1.4.1.	Principio de Legalidad	21
1.1.4.2.	Principio de Transparencia	21
1.1.4.3.	Principio de Igualdad	22
1.1.4.4.	Principio de Economía	22
1.1.4.4.1.	Forma del Proceso	22
1.1.4.4.2.	Garantía de Seriedad del Estado	22
1.1.4.4.3.	Buena Fe del Estado	23
1.1.4.4.4.	Garantías	23
1.1.4.4.5.	Silencio Administrativo Positivo	23
1.1.4.4.6.	Sinalagma Contractual	23
1.1.4.6.	Principio de Responsabilidad	24
1.1.4.5.1.	Responsabilidad del Estado	24
1.1.4.5.2.	Responsabilidad del Servidor Público	24
1.1.4.5.3.	Responsabilidad del Interventor	24
1.1.4.5.4.	Responsabilidad de Particulares	24
1.1.4.6.	Principio Sobre Interpretación de los Contratos	24
1.1.4.7.	Principios del Derecho	25

1.1.4.7.1.	Principios Generales	25
1.1.4.7.2.	Principios de los Contratos	25
1.1.4.8.	Principios del Derecho Administrativo	25
1.1.4.8.1.	Principio de Legalidad	25
1.1.4.8.2.	Principio del Interés Público	25
1.1.5.	REQUISITOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	25
1.1.5.1.	Preparatorios	25
1.1.5.1.1.	Autorización Legal	26
1.1.5.1.2.	Capacidad Jurídica	26
1.1.5.2.	Formas de Participación	26
1.1.5.2.1.	Simple	26
1.1.5.2.2.	Consorcio o Unión Temporal	26
1.1.5.3.	Inhabilidades e Incompatibilidades	26
1.1.6.	CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA	26
1.1.6.1.	Licitación o Concurso Público	26
1.1.6.2.	Adjudicación Directa	26
1.1.6.2.1.	Requisitos de la Contratación Directa	27
1.1.7.	ETAPAS DEL CONTRATO ESTATAL	27
1.1.7.1.	Etapa Precontractual	27
1.1.7.2.	Etapa Contractual	28
1.1.7.3.	Etapa Postcontractual	30
1.1.8.	HERRAMIENTAS PARA LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN	31
1.1.8.1.	Sistema de Información Para la Contratación Estatal	31
1.1.8.1.1.	Estructura del SICE	32
1.1.8.1.2.	Elementos que Conforman el SICE	32
1.1.8.2.	Registro Unico de Proponentes	32
1.1.8.3.	Extracto Unico de Publicación	32

CAPITULO II.

2.	ADMINISTRACION PUBLICA BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL ESTADO	33
2.1	ASPECTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA ADMINISTRACION PUBLICA	33
2.1.1.	EL PROCESO DE CRIMINALIZACIÓN	33
2.1.2.	EL BIEN JURÍDICO TUTELADO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	33
2.2.	CONTENIDO DEL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL CODIGO DISCIPLINARIO UNICO O LEY 734 DE 2002	35
2.3.	TIPOS PENALES EN MATERIA CONTRACTUAL EN EL CODIGO PENAL	37
2.3.1.	VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL	

	DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	37
2.3.2.	INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS	38
2.3.3.	CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES	38

CAPITULO III.

3.	TIPOS DE RESPONSABILIDAD QUE GENERA LA CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS	40
3.1.	FUENTE DE RESPONSABILIDAD	40
3.2.	SERVIDORES PUBLICOS	44
3.2.1.	CONCEPTO	44
3.3.	PROCESO DISCIPLINARIO	45
3.3.1.	SUJETOS DISCIPLINABLES	47
3.3.2.	FALTAS Y SANCIONES	47
3.3.3.	LÍMITE DE LAS SANCIONES	48
3.3.4.	FALTAS DISCIPLINARIAS EN PARTICULAR	48
3.3.5.	PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO	49
3.3.6.	PROCEDIMIENTO ORDINARIO	51
3.3.6.1.	Indagación Preliminar	51
3.3.6.2.	Investigación Disciplinaria	51
3.3.6.3.	Decisión de la Evaluación de la Investigación	51
3.3.6.4.	Descargos Pruebas y Fallo	51
3.3.6.5.	Segunda Instancia	52
3.3.6.6.	Ejecución y Registro de las Sanciones	52
3.4.	PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL	52
3.4.1.	DEFINICIÓN	53
3.4.2.	PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCIÓN FISCAL	53
3.4.3.	GESTIÓN FISCAL	53
3.4.4.	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL	53
3.4.5.	PRUEBAS	55
3.4.6.	TRÁMITE DEL PROCESO	55
3.4.6.1.	Indagación Preliminar	55
3.4.6.2.	Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal	55
3.4.6.3.	Decisión	56
3.4.6.4.	Fallo con Responsabilidad Fiscal	57
3.4.6.5	Ejecutoriedad de las Providencias	57
3.4.6.6	Segunda Instancia	57
3.4.6.7	Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Fiscal	57
3.4.6.8	Impugnación Ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo	58
3.4.6.9	Caducidad del Contrato Estatal	58
3.4.6.10	Constitución en Parte Civil	58

CAPITULO IV.

4.	ELEMENTOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE	59
4.1.	TIPICIDAD	60
4.1.1.	ELEMENTOS DEL TIPO PENAL	60
4.1.1.1.	Sujetos	60
4.1.1.2.	Conducta	61
4.1.1.3.	Pena	61
4.2.	ANTI JURIDICIDAD	61
4.3.	CULPABILIDAD	62
4.3.1.	DOLO	62
4.3.2.	CULPA	62
4.3.3.	PRETERINTENCIÓN	63
4.4.	LEGALIDAD	63

CAPITULO V.

5.	SISTEMAS PROCESALES PENALES VIGENTES	64
5.1.	SISTEMA PROCESAL PENAL BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 600 DE 2000	64
5.1.1.	INVESTIGACIÓN	67
5.1.1.1.	Investigación Previa	67
5.1.1.2.	Instrucción	68
5.1.1.2.1.	Definición de Situación Jurídica	70
5.1.1.2.2.	Cierre de Investigación	71
5.1.1.2.3.	Calificación	71
5.1.2.	ETAPA DE CAUSA O JUICIO	71
5.2.	SISTEMA PROCESAL PENAL BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 906 DE 2004	74
5.2.1.	PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO	77
5.2.1.1.	Ministerio Público	77
5.2.1.2.	Fiscalía General de la Nación	78
5.2.1.3.	La Defensa	79
5.2.1.4.	Imputado	79
5.2.1.5.	Víctimas	79
5.2.2.	ORALIDAD EN LA ACTUACIÓN	79
5.2.3.	PRINCIPIO DE PUBLICIDAD	81
5.2.4.	AUDIENCIAS PRELIMINARES	81
5.2.5.	DURACIÓN DE LA ACTUACIÓN	82
5.2.6.	ETAPA DE INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN	83
5.2.7.	INTERROGATORIO AL INDICIADO	84
5.2.8.	FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN	85
5.2.9.	MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO	86

5.2.10.	LA PRECLUSIÓN	88
5.2.11.	ETAPA DE JUICIO	89
5.2.11.1.	La Acusación	89
5.2.12.	PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES	90
5.2.13.	AUDIENCIA PREPARATORIA	91
5.2.14.	ETAPA DE JUICIO ORAL	92
5.2.14.1.	Presentación del Caso	93
5.2.14.2.	Práctica de Pruebas	93
5.2.14.3.	Alegatos de las Partes e Intervinientes	93
5.2.15.	DECISIÓN O SENTIDO DEL FALLO	94
5.2.16.	INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA	94
5.2.17.	EJECUCIÓN DE SENTENCIAS	94
	CONCLUSIÓN	96
	BIBLIOGRAFÍA	98

NOTA DE ACEPTACIÓN

Aprobado

ALVARO HERNAN BENAVIDES
Asesor

ANA LUCIA REVELO
Jurado 1

CESAR ERNESTO ENRIQUEZ
Jurado 2

Pasto, marzo de 2008

RESUMEN

A partir de la expedición de la ley 906 de 2004, que de acuerdo a la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo No. 03 de 2002, modificadorio de los artículos 250 y 251 de la Constitución Política de Colombia de 1991, se podría considerar que se ha dado un vuelco de 180 grados al sistema procesal penal en Colombia. Por medio de tal reforma, se han introducido cambios sustanciales en la estructura, funciones y atribuciones a la Fiscalía General de la Nación, se le han recortado poderes, tales como: el de dictar medidas de aseguramiento; y solamente se encuentra instituida para adelantar labores de investigación. Otra innovación es la creación de jueces de control de garantías y jueces de conocimiento, la implementación de preacuerdos y negociaciones, la aplicación del principio de oportunidad, la conciliación como requisito de procedibilidad en delitos querrelables. Todas las diligencias se tramitan en audiencias orales y públicas, dando todas las garantías fundamentales al indiciado, imputado, acusado y sentenciado, o sea, respetando el debido proceso como garantía constitucional.

En un primer capítulo se describe todo lo relacionado con los contratos, su definición, elementos, características o requisitos, sus clases. En un segundo capítulo se describen algunos aspectos relacionados con la administración pública como bien jurídico tutelado por el Estado. Seguidamente, se hace énfasis a los tipos de responsabilidades que genera la violación de la ley, concluyendo que genera responsabilidad penal, civil, contractual, disciplinaria y fiscal, de los cuales se describen cada uno de sus procedimientos. Posteriormente, relacionan los diferentes elementos de la conducta punible, los elementos del tipo penal. Y finalmente y como punto central de investigación se describen los aspectos relevantes de los dos sistemas procesales penales vigentes en Colombia, extractando sus similitudes y diferencias.

En cuanto al sistema penal oral acusatorio, se describen los principales aspectos que se deben tener en cuenta rigurosamente en su trámite, desde la etapa de indagación preliminar, investigación, imputación, acusación, juicio y sentencia principalmente.

En este orden de ideas, lo que se pretende a través del desarrollo de la presente monografía, es socializar el sistema penal oral acusatorio, y ponerlo a consideración de los servidores públicos en general, y en particular de quienes tienen directamente la labor de participar en el proceso de contratación estatal, así como también para contratistas. Toda vez, que según las estadísticas judiciales, el índice de criminalidad en esta clase de delitos, va en aumento. Y se espera, que con la implementación de este sistema, debido a su igualdad, lealtad,

imparcialidad, eficacia y celeridad en su trámite, se disminuya ostensiblemente la corrupción administrativa que tanto daño le ha causado al Estado colombiano.

ABSTRACT

Starting from the expedición of the law 906 of 2004, that according to the constitutional reformation introduced by the Legislative Act No. 03 of 2002, modifier of the articles 250 and 251 of the Political Constitution of Colombia 1991, it could be considered that an overturn of 180 degrees has been given to the penal procedural system in Colombia. By means of the reformation, substantial changes have been introduced in the structure, functions and attributions of the Attorney Generalship of the Nation have been clipping its powers, for example, the one of dictating insurance measures; and it is only instituted to advance investigation works. Another innovation is the creation of judges of control of guarantees and judges of knowledge, the implementation of preaccords and negotiations, the application of the opportunity principle, the reconciliation like proceeding requirements in crimes with a quarrel. All the diligences are processed in oral and public audiences, giving all the fundamental guarantees to the suspected, imputed, accused and sentenced, that is to say, respecting the due process as constitutional guarantee.

In a first chapter it is described all the related with the contracts, their definition, elements, characteristics or requirements, their kinds. In a second chapter some aspects related with the public administration are described as benefit juridical guided by the state. Subsequently, emphasis is made to the types of responsibilities that generates the violation of the law, concluding that it generates penal, civil, disciplinary and fiscal responsibility, of which are described each one of its procedures. Later on, the different elements of the punishable behavior are related, the elements of penal type. And finally and as a central point of investigation the eminent aspects of the two effective penal procedural systems in Colombia are described, extracting their similarities and differences.

As for the accusatory oral penal system, the main aspects that have to be taken into account rigorously in their procedure are described, from the stage of preliminary inquiry, investigation, imputation, accusation, judgement and sentences mainly.

In this order of ideas, what is pretended through the development of the present monograph, is to socialize the accusatory oral penal system, and to put it in the consideration of the public servants in general, and in particular of those who have the work of participating directly in the process of state recruiting, as well as for the contractors. All time that according to the judicial statistics, the index of crime rate in this kind of crimes, goes in increase. And it is expected that with the implementation of this system, due to its equality, loyalty, impartiality,

effectiveness and velocity in their process the administrative corruption can be diminished ostensibly because it has caused so much damage to the Colombian State.

INTRODUCCION

Partiendo de la base de que el derecho es una ciencia social por naturaleza, y a su vez es la encargada de regular el comportamiento externo del individuo, se ha visto en la necesidad de estarlo reformando constantemente y adecuarlo a las necesidades de una sociedad determinada. Es por ello, que en el artículo 1º. de la Constitución, en uno de sus apartes dice “Colombia es un Estado social de derecho”, frase que tiene amplias interpretaciones, pero, para el caso que nos ocupa, significa que todas las decisiones o actuaciones que se tomen en las instituciones públicas o privadas se hacen con base en normas, las mismas que generalmente hace el Congreso de la República y excepcionalmente el Presidente.

En este orden de ideas, se puede observar, que en los últimos tiempos en Colombia la ley penal y procedimental penal es la que mas reformas ha sufrido, ello con el fin de tratar de erradicar y de disminuir ostensiblemente los índices de criminalidad, situación esta que se dá, debido a múltiples factores como sociales, económicos, políticos y culturales, principalmente.

En el pasado inmediato, el sistema procesal penal se venía, y se viene tramitando bajo los lineamientos de la ley 600 del año 2000, sistema que después de aproximadamente siete años de entrar en vigencia, no ha arrojado los resultados esperados, la criminalidad va en aumento, los términos de sus actuaciones son muy largos, ofrece menores garantías a los imputados o sindicados, la Fiscalía General de la Nación tiene amplios poderes, entre las que se encuentran: la de dictar medidas de aseguramiento, órdenes de captura, interceptar comunicaciones directamente, los términos de indagar a un retenido son muy amplios, etc.

En consecuencia, y luego de un análisis detallado y exhaustivo de dicho sistema, se optó por reformarlo totalmente, y como primera medida y como requisito legal, fue la reforma a la Constitución Política, reforma que se hizo efectiva a través del Acto Legislativo 03 de 2002 modificador de los artículos 250 y 251 de la carta, y que a su vez luego del trámite regular en el Congreso, dio lugar a la ley 906 de 2004, que contiene el sistema penal oral acusatorio, que se ha puesto en marcha de manera gradual desde el primero de enero del año 2005 en los distritos judiciales de Armenia, Bogotá, Manizales y Pereira. Una segunda etapa a partir del primero de enero de 2006 en los distritos judiciales de Bucaramanga, Buga, Cali, Medellín, San Gil, Santa Rosa de Viterbo, Tunja y Yopal. Una tercera etapa a partir del primero de enero de 2007 en Antioquia, Cundinamarca, Florencia, Ibagué, Neiva, Pasto, Popayán y Villavicencio. Y una última etapa a partir del

primero de enero de 2008 en los distritos judiciales de Barranquilla, Cartagena, Cúcuta, Montería, Quibdó, Pamplona, Riohacha, Santa Marta, Sincelejo y Valledupar, quedando de esta forma implementado este sistema en la totalidad del país.

Con su funcionamiento se pretende, cumplir eficazmente con el aparato punitivo del Estado, pero a su vez brindándoles todas las garantías y observando los tratados internacionales, normas constitucionales y legales, aplicando el bloque de constitucionalidad, en el trámite del procedimiento hacia los indiciados, imputados, acusados, condenados y víctimas principalmente.

Se espera que el presente documento, contribuya a la sensibilización de cada uno de los lectores, para, que como servidores públicos, e integrantes de la sociedad colombiana tomen conciencia de sus actuaciones en el ejercicio de sus funciones del cargo, y adelanten las mismas conforme a lo ordenado en la ley, con transparencia, lealtad e imparcialidad; en especial lo referente a contratación administrativa, y que de no hacerlo, se verán enfrentados posteriormente a que se les adelante las respectivas acciones penales, disciplinarias y fiscales.

En consecuencia, el texto está constituido por cinco capítulos descritos de la siguiente manera:

Capítulo Primero: Se definirá de manera general que es un contrato según el Código Civil, según el Código de Comercio, sus requisitos y elementos, para entrar posteriormente a la definición de un contrato estatal como punto básico de la investigación; en este último también se describirán sus elementos, clases, sus controles, los principios de la contratación estatal, requisitos de la contratación estatal, sus etapas, etc.

Capítulo Segundo: En él se describirá lo que es el bien jurídico tutelado por el Estado, y mas concretamente se hará énfasis en lo que es la administración pública. Igualmente, se detallará los tres tipos penales que conforman el capítulo de la celebración indebida de contratos.

Capítulo Tercero: En éste, se detallarán los tipos de responsabilidad que genera la violación de la norma penal referente a la celebración indebida de contratos. Tales responsabilidades son la penal, disciplinaria y la fiscal, se describirá además el procedimiento de éstas dos últimas. Se definirá quiénes son servidores públicos para efecto de estas acciones.

Capítulo Cuarto: Contiene los elementos de la conducta punible, como lo son: la tipicidad, antijuridicidad, la culpabilidad; sus formas como el dolo, la culpa y la preterintención, se describe los elementos del tipo penal. Conceptos básicos en la estructura de la investigación.

Capitulo Quinto: Finalmente, y como punto central del documento, se describen los dos sistemas procesales penales vigentes en Colombia, con ello, automáticamente se extractan las similitudes y diferencias existentes entre cada uno de ellos

En consecuencia, es éste el documento que pongo a consideración de Ustedes, quienes son los que en realidad motivaron su producción, y, estoy convencido que dicha investigación va a ser de mucha utilidad tanto estudiantes de pregrado, servidores públicos, contratistas, consultores, interventores, asesores, para la administración pública y sociedad en general principalmente.

CAPITULO I

1. EL CONTRATO

Con base en el tema planteado, y como primera medida, se hace necesario entrar a definir qué es un contrato y cuáles son sus requisitos o elementos principalmente. En consecuencia, se tiene que el art. 1495 del Código Civil lo define: Contrato o convención. “Es un acto por la cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede constar de una o de muchas personas”. A su vez el art. 1502 de la misma obra establece los requisitos que el contrato debe reunir para que no sea viciado de nulidad. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga sobre un objeto lícito, y que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por si misma, sin el ministerio o la autorización de otra. A su vez el art. 1508 tipifica los vicios del consentimiento como lo son: el error, la fuerza y el dolo, que de demostrarse alguno de ellos, el contrato será viciado de nulidad.

De otra parte, el art. 864 del Código de Comercio lo define: El contrato es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.

Seguidamente, se entrará a definir lo que es un contrato estatal, sus elementos, clases, sus tipos de controles, los principios de la contratación estatal, requisitos de la contratación estatal, sus etapas, las herramientas para la transparencia en la contratación.

1.1.- EL CONTRATO ESTATAL

Son los actos jurídicos generadores de derechos y obligaciones que celebren las entidades públicas con capacidad para contratar. Además, es un acuerdo de voluntades que respeta la autonomía de las partes entre la administración y el contratista, dentro del cual cabe toda estipulación regida por el derecho civil, comercial o administrativo¹.

¹ Ver Módulo de contratación administrativa, Unidad 6, Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Nariño. Especialización en Derecho Administrativo. 2007.

1.1.1.- ELEMENTOS DEL CONTRATO ESTATAL: Todo contrato debe tener: cuerpo o preámbulo, título, partes intervinientes, capacidad jurídica del contratista, cláusulas (comunes como: objeto, precio valor, forma de pago, anticipo, pago anticipado, precio unitario, domicilio, plazo, vigencia, derechos y deberes, liquidación, cuantía, y autorización legal principalmente; cláusulas obligatorias, como: la de sometimiento a las leyes nacionales, de reversión, garantía de seriedad de la oferta; cláusulas excepcionales o exorbitantes, como terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales, caducidad, y reversión), y multa. Dichas cláusulas excepcionales se aplican a actividades como: monopolios, el subsuelo, espacio aéreo, contratos de suministro, algunos de prestación de servicio y urgencia manifiesta entre otros.

1.1.2.- CLASES DE CONTRATOS ESTATALES

1.1.2.1.- Contrato de Obra: Es el contrato administrativo por excelencia. Lo celebran las entidades para realizar cualquier trabajo material sobre bienes inmuebles, como construcción, mantenimiento, instalación, etc., sin importar la modalidad o pago.

1.1.2.2.- Contrato de Consultoría: Son los que realizan las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudio de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, entre otros.

1.1.2.3.- Contrato de Prestación de Servicios: Se realiza con personas jurídicas y eventualmente con personas naturales para actividades del rol estatal cuando éstas no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. Nunca será un contrato de trabajo.

1.1.2.4.- Contrato de Concesión: Son los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial de un servicio público o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra o bien destinados al servicio o uso público.

1.1.2.5.- Contrato de Compra Venta: Es un acuerdo de voluntades en virtud del cual una persona natural o jurídica, privada o pública, transfiere la propiedad o dominio de una cosa a otra, a cambio de un pago.

1.1.2.6.- Contrato de Suministro: Consiste en la adquisición permanente, periódica y continua de bienes que sean absolutamente indispensables para el servicio de la entidad, como suministro de gasolina, papelería, insumos, etc.

1.1.3.- CONTROLES EN LA CONTRATACION ESTATAL. En primer lugar la filosofía de los controles es: El cumplimiento de la norma; el cumplimiento de los cometidos y fines del Estado; la buena calidad en la prestación del servicio público; la buena inversión de los dineros públicos: y la participación ciudadana². Bajo esta concepción, existen las siguientes clases de controles:

1.1.3.1.- Control Administrativo: Contemplado en el numeral 4, art. 4 ley 80 de 1993. Se desarrolla con visitas periódicas de la administración para determinar obras ejecutadas, calidad, servicios prestados, bienes que se suministran, etc, se lleva a cabo a través de las oficinas de control interno.

1.1.3.2.- Control Disciplinario: Realizado por el Ministerio Público a través de sus instituciones como Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y las Personerías Municipales y Distritales.

1.1.3.3.- Control Jurisdiccional: Lo realiza el Consejo de Estado, Tribunales Administrativos, Jueces Administrativos y Fiscalía General de la Nación.

1.1.3.4.- Control Fiscal: Lo realiza la Contraloría General de la República y contralorías de todos los niveles.

1.1.3.5.- Control Político: Lo realiza en Congreso de la República, las Asambleas Departamentales, y los Concejos Distritales y Municipales.

1.1.3.6.- Control Ciudadano: Lo realizan los ciudadanos directamente o a través de sus organizaciones sociales (veedurías ciudadanas).

1.1.4.- PRINCIPIOS DE LA CONTRATACION ESTATAL. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, refirió los requisitos esenciales de los contratos administrativos de la siguiente manera³:

Para los contratos dado el modelo descriptivo de la conducta requiere ser comprendido dentro del contexto constitucional que alude a los principios de legalidad, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, transparencia, contradicción, publicidad, cumplimiento de los fines esenciales del Estado, interés general, responsabilidad de los servidores públicos y el derecho a

² Ver Módulo de contratación administrativa, Unidad 5, Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Universidad de Nariño. Especialización en Derecho Administrativo. 2007.

³ Ver Sentencia No. 18911 13/10/2004. MP Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Colombia

la libre competencia, todo lo anterior, conjugado con las normas del estatuto general de contratación de la administración pública, adoptado por la ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la desarrollan y complementan, conformando un bloque de legalidad que precisa el concepto de los requisitos legales esenciales en los contratos del Estado.

1.1.4.1.- Principio de Legalidad. Constituye, sin duda la columna vertebral de la administración pública en materia de contratación al organizar en ese campo, los poderes y las facultades, deberes, derechos y obligaciones que le son inherentes, así como los fines que han de determinar la conducta de los intervinientes en la convención. Sus premisas permiten precisar en lo sustantivo y en lo procedimental, las decisiones que los servidores públicos deben adoptar para que el contrato se ajuste al ordenamiento jurídico.

Así, los recursos asignados a las instituciones deben ser previamente apropiados en sus presupuestos anuales, para que sean ejecutados conforme a los certificados de disponibilidad, deber que corresponde a un desarrollo elemental del principio de planeación. Igualmente, en funcionario contratante ha de examinar el mérito de la negociación haciendo un examen objetivo de proponentes, precios del mercado, conforme a la realidad económica y las reglas propias de la mercadotecnia, no de manera arbitraria, individual, subjetiva ni improvisada.

1.1.4.2.- Principio de Transparencia. El art. 24 de la ley 80 de 1993, manifiesta que este principio se concreta entre otros aspectos, en la escogencia del contratista a través de los procedimientos establecidos para la licitación o concurso públicos salvo los casos expresamente previstos en el numeral 1º. de la misma norma; tal selección debe ser objetiva como lo ordena el art. 29, precisando que se tendrá por objetiva aquella selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Este principio es propio de los actos estatales, se refiere a la etapa de la formación del contrato, y dice de la igualdad de oportunidades a quienes participan de la selección del contratista y de la escogencia de la oferta más favorable para la administración, (selección objetiva artículo 29 de la ley 80 de 1993, artículos 4 y 5 del decreto 2170 del 2002), la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos.

En virtud de este principio, se procura que la selección de quien debe contratar con el Estado se realice respetando la regla de igualdad, de manera tal que en esas condiciones se garantice a los diversos aspirantes la posibilidad de participar en el proceso de licitación o concurso y adjudicación de un contrato con una entidad pública. El incumplimiento de principio de transparencia vicia el procedimiento contractual en forma absoluta y permite demandar la nulidad.

Se adopta como norma general la escogencia de contratistas mediante licitación y concurso público. La excepción es la contratación directa, selección abreviada, y concurso de méritos. Los ciudadanos podrán examinar los expedientes y las actuaciones de las autoridades los cuales serán públicos, la ciudadanía podrá consultar en forma gratuita en las paginas web de las entidades, o en los lugares que ellas dispongan para el efecto, los proyectos de pliegos de condiciones o términos de referencia y presentar sus observaciones a los mismos (artículos 1 y 2 decreto 2170 del 2002); se podrá solicitar que la adjudicación se haga en audiencias publicas; la administración garantizará claridad en los procesos pre y contractual; los pliegos de condiciones deberán ser claros en cuanto a requisitos, costos, calidad y características del servicio; los actos administrativos que soportan la realización de un contrato deben estar suficientemente motivadas.

1.1.4.3.- Principio de Igualdad. Los supuestos señalados excluyen de la contratación administrativa la arbitrariedad, pues si alguna discrecionalidad se admite es claro que no puede obedecer al capricho o subjetividad del funcionario, ya que debe estar orientada por los fines del contrato y el interés general, el respeto por la igualdad, el decoro y la transparencia.

Entonces se advierte que el propósito de obtener un provecho ilícito al que se refiere el art. 410 del CP, se deriva de la conducta ejecutada por el servidor público al celebrar el contrato sin acatar los principios y las normas tanto de orden constitucional como de legal aplicables a la contratación por preferir otros factores, de orden personal o particular que lo determinaron a suscribir los convenios.

1.1.4.4.- Principio de Economía. En términos sociales el manejo de recursos de la comunidad imponen que la ley prevenga el despilfarro; los particulares están obligados a cumplir este principio, el cual habla de la relación patrimonial y de las prestaciones que deben ser equitativas para las partes. Recoge la voluntad política de reducir los costos de la contratación adoptando mecanismos de administración que supriman tramites aceleren o unifiquen y extiendan el deber del funcionario público.

Algunas expresiones que se deben observan en este principio son:

1.1.4.4.1.- Forma del Proceso. El tiempo debe ser reglamentario; los medios, gastos y procedimientos deben garantizar una pronta solución. Los trámites solo deben ser los que establece la ley.

1.1.4.4.2.- Garantía de Seriedad del Estado: La Entidad debe contar con:

APROPIACION PRESUPUESTAL: que son los recursos con que cuentan para atender anualmente sus compromisos y cumplir con sus funciones.

DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL: Son todos los actos administrativos que afectan las disposiciones presupuestales, deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente para atender estos gastos.

Tales compromisos deberán contar con un registro presupuestal para que los recursos no sean desviados a otros fines. En este registro se debe especificar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a que haya lugar. Esta operación es requisito para el perfeccionamiento de los actos administrativos.

RESERVA PRESUPUESTAL: Es la cuenta que representa el valor de las reservas constituidas por las Entidades públicas, que se originan en compromisos adquiridos y que al final del año no se han cumplido, pero que están legalmente contraídos.

1.1.4.4.3.- **Buena Fe del Estado.** La cual implica: No iniciar procesos, sin el respaldo de las obligaciones, obtención de autorizaciones y aprobación necesarias, los estudios necesarios y recomendaciones para optimización del contrato, deben hacerse antes del proceso de selección.

1.1.4.4.4.- **Garantías:** Para garantizar los riesgos de la contratación, es importante tener en cuenta: Manejo del anticipo o pago anticipado, estabilidad de obra, garantía de pago de prestaciones laborales.

Los supervisores e interventores deben verificar que los trabajadores del contratista estén afiliados al sistema de seguridad social (artículo 27 decreto 2170 del 2002); cumplimiento del contrato, calidad del bien o servicio y correcto funcionamiento de los equipos.

1.1.4.4.5.- **Silencio Administrativo Positivo:** La administración tiene la obligación de responder al contratista en el término de 3 meses las solicitudes que éste presente en el curso de la ejecución del contrato, no aplica para solicitudes de pagos o cobros.

1.1.4.4.6.- **Sinalagma Contractual:** Se refiere a la igualdad de equilibrio entre derechos y obligaciones del contratista, surgidos en el momento de proponer o contratar. Implica que la administración está obligada a reconocer: lo realizado en caso de nulidad del contrato; el mayor valor en caso de imprevisión; mayor valor por modificación unilateral, y, el mayor valor por hecho general del estado.

Otros elementos que se deben tener en cuenta para el proceso de contratación son entre otros: minimizar costos y aumentar la cobertura de satisfacción de la necesidad de los ciudadanos; solvencia: moral, económica, solvencia y liquidez del contratista; Precio: aquellos que presenten las condiciones del mercado o los precios administrativos; Lesión enorme: Teoría del derecho administrativo sobre

las lesiones del contratista, y debe decidirse tal como en los casos que lo admite el derecho privado; Revisión de precios: igual a los contratos particulares.

Solvencia moral: en contratación se refiere a: cumplimiento de contratos anteriores, inscripción en el Sistema de Información para la Contratación Estatal (SICE) y en Registro Único de Proponentes, y, no haber recibido sanciones ni haber tenido declaratorias de caducidad en contratos anteriores.

Solvencia Económica. Se refiere a que el contratista tenga representada en capital, maquinaria, sede, y además esté inscrito en el Registro Único de Proponentes.

1.1.4.5.- Principio de Responsabilidad. Es el vínculo ético del contrato, es imperativo de solución a obligaciones acordadas entre las personas, y la guía de conductas de los funcionarios, contratistas, contratantes, así como los de interventores. Tiene carácter civil, disciplinario y fiscal. El estatuto asigna la responsabilidad a la persona que toma la decisión. Desde el punto de vista del sujeto, la responsabilidad puede ser:

1.1.4.5.1.- Responsabilidad del Estado: Desarrollada en el cumplimiento de los principios de la contratación.

1.1.4.5.2.- Responsabilidad del Servidor Público: Con base en las diferentes normas, son servidores públicos los establecidos en el artículo 2 ley 80 de 1993, artículo 123 de Constitución Política, artículo 20 de la ley 734 del 2002, artículo 410 del C.P.

1.1.4.5.3.- Responsabilidad del Interventor: Artículo 53 de la ley 734 del 2002, igual que al de servidores públicos.

1.1.4.5.4.- Responsabilidad de Particulares: Disciplinaria, es excepcional; fiscal: No aplica pues no administra bienes públicos a menos que sea por encargo fiduciario o anticipo; patrimonial: frente a terceros extraños a la administración pública, artículo 26 numerales 7 y 8 ley 80 de 1993.

1.1.4.6.- Principio Sobre Interpretación de los Contratos. Esta facultad excepcional proviene del artículo 14 ordinal segundo de ley 80 en donde los contratos se interpretan teniendo en cuenta: cumplimiento de los fines estatales; eficiente prestación del servicio; y efectividad de los intereses ciudadanos y vigencia del interés público.

Hay lugar a interpretación en todos los casos en los que supone una controversia en torno al clausulado en un contrato. Es diferente a oscuridad, que no permite ninguna interpretación. Hay duda cuando aparentemente es clara, pero examinados los hechos hay confusión. La interpretación puede ser: legal: la ley

trae la norma escrita y la interpretación será lo que la norma diga; privilegiada: facultad excepcional del Estado, es decir, éste dice cómo se interpreta; judicial: según el Código Civil el juez debe interpretar según la intención de las partes, acorde con lo legal, con el sentido natural de la cláusula o según su sana crítica.

1.1.4.7.- Principios del Derecho. Son las reglas primarias sobre las cuales se fundamentan los contratos. Se aplica en contratación general, en derecho civil y comercial, y son:

1.1.4.7.1.- Principios Generales: Entre los que se destacan: buena fe de las partes; enriquecimiento sin causa; error común (el contrato genera obligaciones para las dos partes, si hay errores compartidos ambas partes asumen); abuso del derecho (conductas tales como el fraude).

1.1.4.7.2.- Principios de los Contratos: Autonomía de la voluntad: que es la libertad contractual para celebrar contratos o no, escoger el mejor contratista y establecer contenidos contractuales; consensualidad: es el consentimiento entre las dos partes. Es la manifestación de la voluntad para acordar los elementos del contrato.

Toda esta serie de elementos son los indispensables para llevar a efecto una verdadera contratación estatal, pero, desafortunadamente lo de mas ocurrencia en este proceso es la inobservancia de factores como: Falta de disponibilidad y apropiación presupuestal, ausencia de suscripción de pólizas de cumplimiento, celebración de contratos verbales, contratos sin fechas, sin firmas, sin objeto contractual, ausencia de licitación, contratación directa en eventos no permitidos por la ley, etc.

1.1.4.8.- Principios del Derecho Administrativo

1.1.4.8.1.- Principio de Legalidad: Los particulares pueden hacer todo aquello que no les está prohibido, el Estado solo esta facultado para hacer lo que le esta expresamente permitido.

1.1.4.8.2.- Principio del Interés Público: El interés común prima sobre el individual, los derechos fundamentales priman sobre el interés común (Artículo 3 ley 80 de 1993).

1.1.5.- REQUISITOS DE LA CONTRATACION ESTATAL

1.1.5.1.- Preparatorios: En esta etapa existen unas exigencias previas que conducen al contrato, y son:

1.1.5.1.1.- Autorización Legal: Que es el permiso o licencia que le da un organismo estatal a su representante legal para contratar, puede ser: permanentemente como para menores cuantías, y especiales para casos de mayores cuantías.

1.1.5.1.2.- Capacidad Jurídica: Que es la actitud para desarrollar una actividad.

1.1.5.2. - Formas de Participación: son:

1.1.5.2.1.- Simple: Es cuando participa una persona natural o jurídica.

1.1.5.2.2.- Consorcio o Unión Temporal: Son sociedades de hecho que se establecen de manera temporal para suplir la ausencia de dinero trabajar para una misma causa. Implica responsabilidad, cumplimiento, solidaridad.

1.1.5.3.- Inhabilidades e Incompatibilidades: Son las mismas que se aplican para la normatividad general. (art. 150 del CPC, art. 8 ley 80 de 1993).

1.1.6.- CRITERIOS DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

1.1.6.1.- Licitación o Concurso Público: Esta etapa tiene unos elementos o exigencias previas como: Que exista la necesidad; que se haga la autorización legal; que se tengan los estudios, precios, planes, diseños; que exista la disponibilidad presupuestal; y publicación de avisos informativos.

El desarrollo de esta etapa, se da a través de los siguientes trámites: Resolución de apertura, audiencia aclaratoria, entrega de pliegos, cierre, nombramiento de comisiones, tercera audiencia, y definición o culminación, en esta última etapa el proceso licitatorio culmina con: La Adjudicación a la cual se llega porque los factores de ponderación determina que si hubo una propuesta que cumplió a cabalidad con los requisitos. La resolución de adjudicación se motiva, y se constituye en un acto definitivo que no admite recursos. De manera que quienes estén inconformes sólo pueden acudir a la jurisdicción contencioso administrativa. La adjudicación generalmente se hace en audiencia pública. También esta etapa puede terminar con la declaratoria de desierta de la licitación, que es la descalificación del proceso. Se deben expresar sus motivos. Se presenta cuando ninguna propuesta se ajusta al pliego.

1.1.6.2.- Adjudicación Directa. Es el criterio de selección excepcional. Se da únicamente para aquellos casos que consagra la ley en el numeral 1º. del art. 24 de la ley 80 de 1993, como son: menor cuantía, empréstitos, inter- administrativos, para la prestación de servicios profesionales, para la ejecución de trabajos artísticos, arrendamiento, adquisición de inmuebles, urgencia manifiesta, declaratoria de desierta de licitación o concurso, cuando no se presente propuesta

alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacionales, cuando no exista pluralidad de oferentes, productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de producto legalmente constituidas, los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud, los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales o industriales propias de las empresas. En todos ellos se deben tener en cuenta los principios de transparencia y selección objetiva.

1.1.6.2.1.- Requisitos de la Contratación Directa. Objeto del contrato, características técnicas de los bienes (obras o servicios requeridos por la entidad), presupuesto oficial, factores de escogencia de la oferta (ponderación matemática precisa, concreta y detallada de los mismos), criterios de desempate, documentos necesarios para la comparación de las ofertas, referidos a la futura contratación, fecha y hora límite de presentación de las ofertas, término para la evaluación de las ofertas y adjudicación del contrato, plazo y forma de pago del contrato. Cabe aclarar, que la norma citada anteriormente, fue modificada por el art. 2º. de la ley 1150 de 2007, la que introdujo la selección abreviada como modalidad de selección⁴.

1.1.7.- ETAPAS DEL CONTRATO ESTATAL

1.1.7.1.- Etapa Precontractual. Los ciudadanos que deseen ejercer control al proceso contractual, especialmente desde el punto de vista fiscal, deben realizar lo siguiente:

1. Verificar la capacidad y competencia de quienes expidieron el acto administrativo que ordena la apertura de la licitación, del concurso de méritos o de quien ordenó la contratación directa.
2. Analizar y verificar la autorización legal para contratar.
3. Constatar con los presupuestos de las entidades de cualquier orden los recursos destinados a la contratación.
4. Constatar la existencia de disponibilidad presupuestal.
5. Comprobar que el acto administrativo que ordena la apertura de la licitación o concurso esté debidamente motivado.

⁴ Consultar Módulo de contratación administrativa, Unidad 4, Centro de Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Nariño. Especialización en Derecho Administrativo. 2007.

6. Determinar que los pliegos de condiciones o términos de referencia se hayan elaborado según las reglas previstas en el numeral 5 del art. 24 de la ley 80.
7. Verificar la publicación de los tres avisos exigidos por el numeral 3º. art. 3 de la ley 80.
8. Cuando la adjudicación se lleve a cabo en audiencia pública, se verificará que las deliberaciones y decisiones adoptadas en ella y consignadas en el acta, correspondan a las condiciones establecidas en el pliego de condiciones.
9. Determinar la existencia del registro presupuestal de cada contrato celebrado, con el objeto de que los recursos no sean desviados a otro fin.
- 10 . Constatar que el valor total de la propuesta (básico o alternativo) sea mayor al K residual de contratación del proponente.
11. Constatar que las diferentes propuestas tengan la garantía de seriedad de la oferta que ampare el cumplimiento de cada una de las obligaciones derivadas de las propuestas.
12. Verificar que los proponentes que participaron en la licitación o concurso, o contratación directa no hayan incurrido en las causales de inhabilidad.
13. Comprobar que los proponentes que participaron en los procesos licitatorios de concurso de méritos estén debidamente inscritos, calificados y clasificados en el registro de proponentes.
14. Verificar que la autorización dada por el comité o funcionario de la dependencia correspondiente para la contratación directa esté de conformidad con los estudios programas previamente establecidos.

El estudio de esta fase permite verificar la conformidad de los procesos de selección de los contratistas con las disposiciones contractuales y presupuestales y detectar las presuntas irregularidades en que se hubiere incurrido.

1.1.7.2.- Etapa Contractual. Esta etapa se presenta una vez perfeccionado y legalizado el contrato, y lo esencial del ejercicio de control es:

1. Constatar el número y clase de contrato, fecha de iniciación, legalización y terminación.
2. Comprobar que la existencia de las personas jurídicas nacionales o extranjeras no sea inferior a la del plazo del contrato y un año más.

3. Verificar que las estipulaciones contenidas en los contratos correspondan a su esencia y naturaleza.
4. Comprobar que se haya constituido y aprobado la garantía única, amparando los riesgos derivados del contrato celebrado.
5. Verificar que se haya cancelado el impuesto de timbre, teniendo en cuenta la cuantía del contrato.
6. Constatar que se haya efectuado la publicación del contrato en el diario único de contratación pública y en las gacetas departamentales, distritales y municipales. El cumplimiento de este requisito es consecuencia de los principios de transparencia y publicidad.
7. Verificar que las cuentas correspondientes a los pagos originados en la ejecución de los contratos contengan los soportes necesarios conforme a las estipulaciones contenidas en los mismos.
8. Verificar que el contrato no contenga vicios que constituyan causales de nulidad (arts. 44 al 49 ley 80 de 1993).
9. Verificar que en los contratos de obra y en los demás en los que se designe interventor, ésta función se haya realizado de acuerdo con lo establecido en el contrato y en las disposiciones que así lo reglamenten.
10. Verificar que en los casos de cesión de contratos ésta haya sido debidamente autorizadas por escrito o por la entidad contratante, previo el agotamiento del procedimiento adoptado en el contrato.
11. Verificar la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado y de las obras, bienes y servicios, que cumplan con las condiciones de calidad y cantidad ofrecidas por los contratistas.
12. Verificar la existencia de las circunstancias ocurridas durante la ejecución del contrato que lo hayan desequilibrado económicamente, así como la aplicación de las cláusulas excepcionales destinadas a evitar la paralización del objeto contratado y la afectación grave del servicio público.
13. Verificar el seguimiento que las entidades de los distintos órdenes territoriales hayan realizado a las obras desde su inicio hasta su terminación.
14. Verificar que durante la ejecución del contrato se hayan observado las condiciones técnicas, económicas y financieras, teniendo en cuenta los mecanismos y la revisión de precios por parte de la entidad estatal.

15. Comprobar que los actos administrativos o documentos que modifiquen, adicionen o aclaren los contratos estén debidamente sustentados, perfeccionados y legalizados.

16. Determinar que se le haya pagado oportunamente al contratista la remuneración o contraprestación pactada en el contrato.

17. Verificar que el contratista haya informado a la entidad contratante cuando se hubiere presentado amenaza o coacción para omitir lo estipulado en el contrato o en la ley. El incumplimiento de esta obligación será causal para la declaratoria de caducidad del contrato.

18. Cuando la entidad del orden nacional o territorial haya pactado el pago de anticipos, verificar que estos no excedan el 50% del valor del contrato.

19. Comprobar que las adiciones no sean superior al 50% del valor del contrato inicial.

20. Evaluar la procedencia de los acuerdos suscritos entre las partes en caso de rompimiento del equilibrio financiero y verificar la forma de pago de gastos adicionales, reconocimiento de costos financieros e intereses, disponibilidades de la apropiación de las cuentas pagadas, con el fin de establecer si se ajustan a las normas legales.

1.1.7.3.- Etapa Postcontractual. Esta etapa se presenta cuando ya se ha terminado el contrato o se ha cumplido con el objeto del mismo. En ella se debe:

1. Constatar si la terminación del contrato se dio de manera normal o anormal. Es normal cuando ocurre por la realización del objeto contratado en forma pactada por las partes, Es anormal cuando se da por terminado el contrato por motivos imputables a cualquiera de las partes, o por fuerza mayor o caso fortuito.

2. En caso de incumplimiento en la ejecución del contrato por parte del contratista, verificar las gestiones adelantadas por la entidad para imposición de sanciones, declaratoria de incumplimiento y de caducidad si fuere el caso, y su consecuente reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias a que haya lugar.

3 Verificar que los bienes o servicios recibidos sean iguales en especie y calidad a los cotizados y contratados.

4 Constatar las acciones adelantadas por el interventor del contrato, examinando sus informes parciales y final del mismo.

5 Establecer si el contrato está pendiente de liquidar y si ya se le venció el plazo.

6 Determinar en el acta de liquidación si las partes llegaron a un acuerdo sobre el contenido de la misma o si, por el contrario, dicha liquidación fue practicada unilateralmente por la entidad contratante.

7 Verificar si el contratista y el contratante se encuentran a paz y salvo por todo concepto relacionado con la ejecución del contrato.

8 Establecer que en el acta de liquidación conste los acuerdos, conciliaciones y transacciones al que hayan llegado las partes para el paz y salvo respectivo; y determinar si dichos acuerdos se encuentran dentro de la normatividad vigente del contrato y no ocasiona perjuicio a la entidad.

9 Constatar que en la liquidación del contrato se haya exigido al contratista la extensión o ampliación, según el caso, de las garantías.

10 Determinar las multas y/o cláusula penal pecuniaria impuestas a los contratistas, determinando causa y valor conforme al contrato.

11 Verificar que en los contratos de explotación y concesión de bienes estatales se haya pactado la cláusula de reversión.

Analizados los aspectos descritos en el control ciudadano a la contratación estatal, si llegare a observar irregularidades que considere que pueden generar un detrimento en el patrimonio del Estado, puede instaurar denuncia, aportando los documentos que así lo indiquen, en la Contraloría Delegada para la Participación Ciudadana de la Contraloría General de la República.

1.1.8.- HERRAMIENTAS PARA LA TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION

1.1.8.1.- Sistema de Información para la Contratación Estatal (SICE) Creado por la ley 598 de 2000, integra todas las cifras relevantes del proceso de contratación estatal y como tal se constituye en una herramienta importante de consulta para todos los actores que intervienen en los procesos de contratación con el Estado⁵.

El SICE crea instrumentos que otorgan grandes ventajas tanto a personas particulares que desean ser proveedores de bienes y servicios, como a órganos de control y a todos los ciudadanos que deban tener o quieran conocer los datos mas relevantes de los procesos de adquisición en cada entidad estatal. El SICE es

⁵ Consultar, Módulo sobre Contratación Administrativa, Unidad 1, capítulo II, Centro de Estudios Sociojurídicos de la Universidad de Nariño. Especialización en Derecho Administrativo. 2007.

una herramienta que garantiza la transparencia de la gestión pública y la lucha contra la corrupción.

Se fundamenta en los principios de contratación estatal, mas los siguientes: eficiencia, equidad, imparcialidad, independencia, autorregulación, competencia y democratización y libertad.

1.1.8.1.1.- Estructura del SICE. Se compone de cuatro subsistemas, que son: En la demanda de bienes y servicios que requiere el Estado; en la oferta, central de precios, registro de precios de referencia de bienes y servicios que ofrece el sector privado; en el control básico, que se ejerce mediante la publicación de contratos en la imprenta nacional; y en el control inteligente (se interpretan y comparan los diferentes registros de cada subsistema).

1.1.8.1.2.- elementos que conforman el sice. Son principalmente: El Catálogo Unico de Bienes y Servicios (CUBS); El Registro Unico de Precios de Referencia (RUPR) y La Central de Información para la Contratación Estatal (CICE).

1.1.8.2.- Registro Unico de Proponentes (RUP). Cuya función valiosa es aportar información para verificar algunos aspectos de la contratación pública. El procedimiento para formar parte del RUP es: Inscripción, calificación, clasificación (por especialidad, o por grupos), actuación y modificación anual, certificación (para aportar a la licitación), renovación cada año, información (las entidades deben informar a las Cámaras de Comercio mensualmente los contratos que se van a celebrar), publicación (el día 20 de cada mes), impugnación (todo el mundo puede hacerlo. Hay 10 años de inhabilidad).

Establecido mediante el decreto 92 de 1998. Le otorga calidades al contratista, lo clasifica y lo califica. Para poder celebrar contratos de mayor cuantía con el Estado se requiere estar inscrito en él. El Registro Único de Proponentes contiene información que clasifica a los contratistas en: Constructores, Consultores, y Proveedores (suministro, compra de bienes muebles).

1.1.8.3.- Extracto Unico de Publicación (EUP). Establecido por el decreto número 1477 de 1995. Se creó como anexo de todo contrato celebrado por entidades públicas. El formato diseñado por la Imprenta Nacional debe ser publicado en el Diario Único de Contratación Pública dentro de los dos meses siguientes al pago de los derechos de publicación.

CAPITULO II

2.- ADMINISTRACION PUBLICA, BIEN JURIDICO TUTELADO POR EL ESTADO

2.1.- ASPECTOS GENERALES RELACIONADOS CON LA ADMINISTRACION PUBLICA

2.1.1.- EL PROCESO DE CRIMINALIZACION. Consiste en el proceso que implica para el Estado llevar a una persona a un centro penitenciario y carcelario: comienza con un acto de incriminación previa, entendida como la selección o definición que hace el legislador de las conductas que considera como delitos; es así como puede en un momento dado erigir en delitos nuevas conductas (criminalización), o eventualmente excluir de los códigos penales conductas que en adelante estimará como inocuas desde la perspectiva punitiva (descriminalización); en segundo término se observa al aplicador de la ley penal: o sea, fiscales y jueces, quienes la ejercen en los casos concretos las normas penales. Por último se mira al ejecutor de la ley, que en Colombia se cumple por conducto de las autoridades penitenciarias como lo es el INPEC, y de los centros de reclusión en concreto, y es así como de esta manera intervienen en el proceso las tres ramas del poder público⁶.

2.1.2.- EL BIEN JURIDICO TUTELADO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA. El bien jurídico tratándose de delitos contra la administración pública, según la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en donde hace referencia al delito de peculado, conducta que igualmente atente contra el mismo bien jurídico, de manera que las consideraciones que de esta decisión precisa la Corte, son aplicables plenamente al tema de contratación: “según la sistematización que se hace en el Libro Segundo, Título XV del Código Penal que es un interés jurídico de orden funcional, en el sentido de que lo tutelado no son los órganos administrativos o la relación de poder entre ellos, sino la correcta función administrativa pública, como condición necesaria para que el Estado pueda enfrentar jurídicamente los conflictos sociales”.

Sin embargo, no en vano el legislador clasifica los delitos contra la administración pública en once capítulos diferentes, de tal manera que la ofensa al bien jurídico

⁶ CASTAÑEDA DIAZ, Augusto y GOMEZ SEVILLA, Francy Eugenia. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006. Pág.18.

llega por medios y modos diferentes, según se trate, por ejemplo el capítulo cuarto denominado de la celebración indebida de contratos.

En consecuencia, el problema reside en definir el núcleo que fundamenta la criminalización de conductas que lesionan la administración pública, el concepto de jurídico se funda a partir de lo que debe ser la marcha de la administración pública.

Este paralelo permite la idea que se quiere reseñar. La vida de relación, en los delitos de genocidio, homicidio, aborto, lesiones al feto, abandono de menores, son intereses que quiere proteger el es Estado por medio del derecho penal, como, la buena marcha de la administración pública en el ejercicio de la función social que cumple el Estado, es lo que protege al regular conductas punibles en materia de régimen de contratación.

El trasfondo del asunto es un problema de interferencia intersubjetiva: La Constitución Política habla de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo; para lograr desarrollar el Estado Social y Democrático de Derecho al que se refiere los artículos 1 y 2, por ello, a través del derecho penal, se persiguen, investigan y juzgan conductas que lesionan esa buena marcha de la administración.

En efecto, los principios consagrados en la ley 80 de 1993 como el de economía, transparencia y responsabilidad (art. 24) concordados con aquellos que rigen la función administrativa: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (art. 2, 209 CN), los cuales están dirigidos a lograr el adecuado cumplimiento de los fines del Estado; servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, son comunes a todas las formas y mecanismos de contratación establecidos en ese ordenamiento.

Lo que se protege de manera inmediata es la buena marcha de la administración pública, mientras que, de forma mediatizada, se protege el patrimonio del Estado, pero ambos intereses integran, materializan y desarrollan el valor fundamental que quiso proteger el constituyente de 1991 en el título V, capítulo 2: de la función pública; se trata de garantizar tanto la buena marcha de la administración pública como el patrimonio del Estado.

2.2.- CONTENIDO DEL CONCEPTO DE BIEN JURIDICO TUTELADO EN EL CODIGO DISCIPLINARIO UNICO O LEY 734 DE 2002

El derecho disciplinario define de manera más amplia, y un poco mas afortunada, el interés jurídico, como fin de protección por parte del Estado⁷.

En el capítulo referente a la función pública y a la falta disciplinaria, artículo 22, habla de la garantía de la función pública, y de esa forma se aproxima el derecho sancionatorio a desarrollar el contenido axiológico del bien jurídico, en lo que tiene que ver con la función pública.

En cuanto al patrimonio del Estado, pareciera que las normas penales que desarrollan los postulados axiológicos no advirtieran correctamente el paladino interés del constituyente de proteger al Estado Social y Democrático de Derecho, de personas que lesionan el patrimonio público.

Se observa entonces, cómo las normas penales que desarrollan el Título V, Capítulo II de la Constitución Política, destinado a la función pública, no propenden a salvaguardar directamente el patrimonio público, y lo que procuran en primer lugar es salvaguardar los valores definidos, de manera aproximada, en la norma disciplinaria citada, no obstante, el valor fundamental es omnicompreensivo, en tanto que también tiene como referente la tutela al patrimonio económico público que allí esta mediatizado, y no excluido, por el mayor destacamiento de la función administrativa.

Se dice entonces, que lo inmediato, lo directo, es la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, mientras que lo mediato o indirecto es el patrimonio público, pero ambos intereses desarrollan lo que quiso proteger el constituyente en el capítulo de la función pública.

El patrimonio del Estado entonces, se ve afectado por los delitos que atenten contra su patrimonio, representado en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido, o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa cometida por un servidor público, (art. 38 CDU).

Se recuerda que los delitos contra la administración pública persiguen proteger el bien jurídico de la administración pública que se traduce en la correcta funcionalidad, representada en la moralidad pública, transparencia, objetividad,

⁷ CASTAÑEDA DIAZ, Augusto y GOMEZ SEVILLA, Francy Eugenia. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006. Pág. 21.

legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, publicidad, economía, celeridad, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, y el patrimonio público de un estado social y democrático de derecho. De suerte que el registro de las sanciones, la ejecución de los fallos, se convierte en una labor fundamental del proceso.

Por lo tanto, no proceder de esa manera por parte del funcionario que impuso la sanción, una vez ejecutoriada, implica omitir sus deberes, el primero de ellos, cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución. De modo que las decisiones judiciales y disciplinarias y por supuesto, las decisiones impuestas en procesos de ejecución fiscal deben registrarse según lo ordenado en la ley (art. 34 CDU).

Pero cuando se afecta el patrimonio del Estado, aunque se trate de un interés mediatizado en la redacción de los tipos penales, por tratarse de conductas que lesionan el patrimonio público, lo pertinente es aplicar directamente la disposición prevista en el inciso final del art. 122 de la CN, en el sentido de que: el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Lo anterior, es una consecuencia a perpetuidad. Y ello tiene que ser así puesto que resulta, jurídicamente normal y entendible que el Estado se proteja de quienes ya atentaron contra su patrimonio, por consiguiente es apenas lógico que se reserve el derecho de admitirlos en la nómina pública, como contratistas, auxiliares de la justicia, etc.

En consecuencia, existen sanciones temporales y permanentes, y la prevista en el art. 122 de la CN pertenece a las últimas, sin que ello afecte el ordenamiento jurídico nacional, pues en esos casos se trata de una reserva, no del legislador, sino del constituyente primario, por ello se encuentra adecuado el inciso final del artículo 92 del Código Penal que dice: no procede la rehabilitación en el evento contemplado en el inciso quinto del art. 122 de la CN.

Se Entiende entonces que algunas ocasiones, en los delitos contra la administración pública puede existir una doble afectación, tanto a la administración pública como a su patrimonio, y cuando este factor se verifica la inhabilitación que genera debe ser permanente, en el entendido de que la norma fundamental no consagra límites temporales cuando eso último sucede.

Por el Acto Legislativo No. 1 de 2004, el inciso quinto del art. 122 de la CN quedó redactado de la siguiente forma:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o

*por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.*⁸

Con lo anterior, se puede observar, que la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, que en casos de lesión a los recursos públicos es una condena a perpetuidad, es condicional, y necesariamente contribuye a los propósitos político-criminales de evitar que quienes lesionen el patrimonio público puedan volver a acceder a cargos oficiales, porque en fin, de condenar de esa manera a quienes atropellen el patrimonio público, a futuro se podrá considerar que son personas “muertas para la función pública”, en el entendido de que de ninguna manera podrán acceder a los fondos del Estado, ni por ellas, ni por persona interpuesta natural o jurídica.

De otro lado, y tratándose de conductas punibles que lesionen intereses patrimoniales del Estado, y cuando no se consagren en los tipos penales la inhabilitación, debe operar para estos casos la aplicación directa del inciso 5º. del art. 122 de la CN, no obstante que el legislador haya omitido consagrar esa pena en el art. 410 del Código Penal, la cual tiene como sanciones prisión entre 4 y 12 años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas entre 5 y 12 años. Cabe aclarar, que estas sanciones fueron incrementadas en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo, a partir del primero de enero de 2005, mediante la ley 890 de 2004, artículo 14.

2.3.- TIPOS PENALES EN MATERIA CONTRACTUAL EN EL CODIGO PENAL

Respecto a esta materia, el Libro Segundo del Código Penal o ley 599 de 2000, tipifica: De los delitos en particular, Título XV delitos contra la Administración Pública, capítulo 4 de la Celebración Indebida de Contratos, el cual contiene tres tipos penales a saber:

2.3.1.- VIOLACION DEL REGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES (ARTICULO 408). El texto con las sanciones aumentadas es el siguiente: El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato

⁸ Acto Legislativo No. 01 de 2004

con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses

2.3.2.- INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS (ARTICULO 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 y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses

2.3.3.- CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES (ARTICULO 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 sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses⁹.

Para efectos de la presente investigación, se tomará como base el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, por ser este tipo el de mayor frecuencia y en el que mas incurren los servidores públicos, según los datos estadísticos que reposan en las diferentes Direcciones Seccionales de Fiscalías que funcionan en el país. En este tópico es importante destacar que las irregularidades en las que comúnmente incurren los servidores públicos encargados del proceso de contratación son principalmente: Falta de expedición del certificado de disponibilidad presupuestal (CDP), ausencia de suscripción de pólizas de cumplimiento, celebración de contratos verbales, falta de firmas, fechas y objeto contractual en el contrato, ausencia de licitación, vulnerando con este último los principios de transparencia, imparcialidad, economía, selección objetiva, etc.

⁹ Op Cit. CASTAÑEDA DIAZ. Págs. 42 y 43.

Y Sentencia P27637 27/06/2007. MP Dr. MAURO SOLARTE PORTILLA. Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Colombia.

Esta clase de delitos admiten únicamente la modalidad dolosa, es decir que el autor sabe de su intención de delinquir, existe otra gama de estos delitos contra la administración pública que admiten la modalidad de culposo, como el peculado.

Estas normas no están orientadas a proteger directamente el interés pecuniario público al criminalizar estos comportamientos, sino, que en primer lugar, lo que se procura es elevar a un nivel social caro, alto, casi que sagrado, la misma imagen del Estado cuando funge como contratista y compromete a la función pública; la tutela al patrimonio económico allí está mediatizada. Y no excluida, por el mayor destacamento de la función administrativa¹⁰.

En consecuencia, se plantea el siguiente interrogante: ¿cómo saber en qué casos se afectó el patrimonio del Estado?. Y la respuesta la da el art. 38 del Código Disciplinario Unico que reza: Se entenderá por delitos que atenten contra el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión del erario público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

¹⁰ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Págs. 241 s.s.

CAPITULO III

3.- TIPOS DE RESPONSABILIDAD QUE GENERA LA CELEBRACION INDEBIDA DE CONTRATOS

3.1.- FUENTE DE RESPONSABILIDAD

A partir de lo que debe entenderse como acción penal, o de conducta punible de conformidad con los arts. 6, 29 y 95 de la Constitución Política, con los arts. 9, 20 y 25 del Código Penal¹¹.

En consecuencia, se plantea el siguiente interrogante ¿qué debe entenderse por fuente de responsabilidad?. La fuente es el origen de algo, en este caso, la causa que determina al Estado a intervenir, con el ejercicio legítimo de la fuerza, la fuerza del derecho penal. Es la conducta punible del ciudadano o del servidor público, la que le permite al Estado intervenir e imponer una pena, basado precisamente en ese comportamiento ilegítimo que da pábulo para la intervención penal.

Se estima que la consagración del sistema penal a partir de la Constitución Política es el artículo 29, donde expresamente se afirma que: “nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, por ello se ha afirmado que el sistema jurídico colombiano consagra un derecho penal de acto, pero a partir de allí debe modularse un concepto de acción penal que se compadezca integralmente con el espíritu mismo de la carta fundamental, que consagra igualmente deberes y responsabilidades de los ciudadanos, y deberes para los servidores públicos.

Las corrientes penales conocidas en la historia se han debatido siempre en torno a resolver el problema de ¿qué es lo que el derecho penal castiga?, y para ello han existido diversas posiciones tales como:

En un primer momento, se entendió que el hombre era responsable por lo que cause, por ello el derecho penal miraba la conducta de los hombres de atrás hacia adelante, hacía énfasis en los resultados, se trataba de una responsabilidad por lo

¹¹ Conceptos de la Constitución Política relacionados con Responsabilidad por infringir la ley; debido proceso y deberes y obligaciones de las personas.

Y Conceptos del Código Penal relacionados con Conducta Punible, Servidores Públicos y Acción y Omisión. Artículos 19, 20, 25.

que se produzca a partir de su movimiento muscular, haciendo caso omiso de su voluntad, es decir, se le castigaba por los resultados naturalísticamente tangibles, y de ahí nació una corriente filosófica penal, el causalismo, basada en el saber natural, causal, el delito ahí se fundamentaba a partir de los resultados penalmente relevantes.

Posteriormente en Alemania nació una corriente filosófica diferente, el finalismo, para intentar conjurar los problemas que el naturalismo trajo consigo, en el entendido de, a partir de esa escuela no era posible castigar conductas que eran relevantes para la disciplina penal, tales como la omisión, que no depende del saber causal, sino que precisamente consiste en dejar que la causalidad siga su curso, sin evitar consecuencias jurídico-penalmente relevantes; o las tentativas, donde precisamente no se produce un resultado natural tangible sino que el delito se queda en eso, en grado de tentativa, y no produce una lesión tangible al bien jurídico, sino una mera puesta en peligro sin materializar el riesgo.

A partir de este momento se agrega un aditamento nuevo en la estructura de los delitos, si antes era mera producción de resultados tangibles, ahora se dice que la representación psíquica es un aditivo nuevo que permite fundamentar el castigo a partir de la representación mental del delito, es decir que, para estructurar el delito, además de la causalidad, existe un remanente psicológico que también fundamenta la comisión de un delito y la justicia del castigo.

Una corriente en boga en la actualidad, surgida con base en el funcionalismo de Nikolas Lumman, y las doctrinas penales de Jakobs, Roxín, denominada el funcionalismo sistémico, pretende reunir todas las formas de conducta delictiva.

En consecuencia, existen varias maneras de cometer un delito, que pueden agruparse en lo que debe ser un verdadero sistema de imposición jurídica, como:

- Tipos dolosos de acción, de omisión o de infracciones al deber jurídico: En ella existe una base sociológica de representación que fundamenta la punibilidad.
- Tipo imprudente sin representación: Se elabora sobre el presupuesto de la representación.
- Tipo imprudente sin representación: Se elabora con criterios puramente normativos, en tanto que no hay un juicio de representación y se fundamenta el castigo a partir del deber jurídico que le imponía a la persona comportarse de forma tal que evitase un resultado lesivo al interés jurídico.
- Las tentativas; tienen su fundamento de imputación en una base de representación psíquica.
- Tipos de omisión sin representación: se elabora con criterios puramente normativos, su fuente es la exigibilidad, ellos no tienen ningún tipo de fundamentación ni en la causalidad, ni en un remanente psíquico.

Los criterios de imputación normativa han sido fuertemente criticados por la doctrina penal porque, en sentir de sus detractores ella instrumentaliza al hombre, en tanto que concibe como destinatario y obediente de las regulaciones normativas, algunas veces caprichosamente elaboradas por el legislador, pero independientemente de la construcción normativa de una expectativa, la validez de la imputación se refiere a partir de dar por supuesto un juicio de exequibilidad, de justicia social de la norma que funda la expectativa¹².

En este orden de ideas, el artículo 60. de la Constitución Política dice: “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”. Así entonces, con criterios puramente normativos, se dirá que infringir la Constitución o la ley, u omitir cumplir con las mismas, o extralimitarse en el cumplimiento o incumplimiento de las leyes, son las causas que legitiman al Estado para intervenir a través del sistema penal.

Por su parte el artículo 95 de la carta le fija deberes y obligaciones al nacional colombiano, y por esa mera condición debe respetar los derechos ajenos. No abusar de los propios, porque debe obrar conforme al principio de solidaridad social.

Con lo anterior se observa, que las conductas punibles relevantes en la actual legislación, es para el caso que atañe la prevista en el artículo 410 del Código Penal, denominado: contrato sin cumplimiento de requisitos legales, que a su tenor literal reza: El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses. (Art. 14 Ley 890 de 2004)

Se puede deducir entonces, que existen penas principales, sustitutivas y accesorias privativas de otros derechos.

Penas principales como la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás privativas de otros derechos que como tal se consagren en la parte especial del código. Penas sustitutivas como: la prisión domiciliaria es sustitutiva de la de prisión; el arresto de fin de semana es sustitutivo de la multa. Son penas privativas de otros derechos: La inhabilitación para el ejercicio de derechos y

¹² CASTAÑEDA DIAZ, Augusto y GOMEZ SEVILLA, Francy Eugenia. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006. Pág. 46.

funciones públicas, la pérdida del empleo o cargo público, la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas, y la expulsión del territorio nacional para los extranjeros. Y finalmente, penas accesorias las impondrá el Juez cuando tengan relación directa con la realización de la conducta punible, por haber abusado de ellos o haber facilitado su comisión, o cuando la restricción del derecho contribuya a la prevención de conductas similares a la que fue objeto de condena. En la imposición de las penas accesorias se observará estrictamente lo dispuesto en el artículo 59. En todo caso, la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede y hasta por una tercera parte más, sin exceder el máximo fijado en la ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2 del artículo 51¹³.

En consecuencia, se puede observar que el servidor público que cometa un delito contra la administración pública, mas concretamente de celebración indebida de contratos (contrato sin cumplimiento de requisitos legales), está sujeto a vinculación de tipo penal, proceso que actualmente se adelanta de manera oral y pública, en etapa investigativa por parte de la Fiscalía General de la Nación, y en etapa de juicio por los jueces penales en todos sus niveles. Se aclara que junto a la acción penal, es procedente adelantar acción contractual, civil, tendiente a que se indemnice los perjuicios que el agente haya ocasionado con su conducta dolosa.

Además de la acción penal, el servidor público involucrado en estas conductas, se verá avocado a que se le adelante un proceso disciplinario que lo adelanta el Ministerio Público representado para este caso, por la Procuraduría General de la Nación y sus delegados, personeros distritales y municipales, tendiente a sancionar al servidor público.

De igual manera, se verá avocado a que además se le adelante un proceso de responsabilidad fiscal que lo tramitará la Contraloría General de la República, o las Contralorías Departamentales o Municipales según el caso, procesos tendientes a recuperar los bienes que se hayan desviado con ocasión de la conducta del agente. Todas ellas siguiendo los parámetros del debido proceso establecido para cada caso.

¹³ ARBOLEDA VALLEJO, Código Penal Anotado. Bogotá: Décimo Novena Edición. Editorial Leyer, 2007. Ver artículos 34, 35, 36, 39, 43 y 52

Con lo anteriormente expuesto, es pertinente realizar una breve descripción del trámite de un proceso disciplinario. Pero antes de iniciar es importante conocer quiénes son servidores públicos, toda vez que ellos son los principales protagonistas de esta serie de procesos.

3.2.- SERVIDORES PUBLICOS

3.2.1.- CONCEPTO: En el aspecto objetivo del tipo, resulta determinante y relevante determinar los sujetos (activo y pasivo). En consecuencia un concepto de servidor público, entendiendo el término de sujeto activo cualificado que utiliza la legislación penal para reprimir este tipo de conductas.

En este contexto, la normatividad colombiana recoge el concepto de servidor público de la siguiente forma:

El artículo 123 de la Constitución Política reza: Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

El artículo 20 del Código Penal dice: 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.

El artículo 20 de la ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Unico, por su parte dice: Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la Ley Disciplinaria los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se aplicará a 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 de Lucha Ciudadana contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional

El artículo 2º. de la Ley 80 de 1993, de la definición de entidades, servidores y servicios públicos. Para los solos efectos de esta ley: Se denominan servidores públicos:

- a). Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y en 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 y,
- b). Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

3.3.- PROCESO DISCIPLINARIO

Este proceso se encuentra regulado por la Ley 734 de 2002, o Código Disciplinario Unico, la cual servirá de base para conocerlo, y además se tomará información necesaria para tal fin, de la siguiente manera:

Como en todo proceso judicial, en los cuales se deben tener presente y observar las normas o principios rectores, que son el fundamento del mismo, el proceso disciplinario no es la excepción. En consecuencia, se dice que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria. Y sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias. La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta¹⁴.

Por lo tanto, la Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia. En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente.

¹⁴ Ver artículo 1º. s.s. de la ley 734 de 2002.

El servidor público y el particular en los casos previstos en la ley sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. (Legalidad).

Otras normas rectoras también importantes a observarse son: la del debido proceso, el reconocimiento de la dignidad humana, celeridad de la actuación disciplinaria, la favorabilidad, la igualdad ante la ley disciplinaria, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, que consiste en que durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. (Ejecutoriedad).

En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. (Culpabilidad).

La sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública. (Función de la sanción disciplinaria).

La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley. (Proporcionalidad).

En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen. (Interpretación de la ley disciplinaria).

El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes. (Art. 22)

Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o

comportamientos previstos en el código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del CDU.

3.3.1.- SUJETOS DISCIPLINABLES

Autores. Es autor quien cometa la falta disciplinaria o determine a otro a cometerla, aun cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función¹⁵.

Acción y omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones. Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.

Así como en el procedimiento penal existen las causales de ausencia de responsabilidad, y causales de extinción de la acción penal; en el proceso disciplinario también existen causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, como: La fuerza mayor o caso fortuito, en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales, por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad, por insuperable coacción ajena o miedo insuperable, con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria, y en situación de inimputabilidad. Igualmente existen causales de extinción de la acción disciplinaria como: Muerte del investigado, la prescripción de la acción disciplinaria,

3.3.2.- FALTAS Y SANCIONES. Las faltas disciplinarias son: gravísimas, graves y leves.

Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en el código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.

¹⁵ Ver artículo 26 s.s. de la ley 734 de 2002.

4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta. Los motivos determinantes del comportamiento.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave.

Además, el servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

3.3.3.- LIMITE DE LAS SANCIONES. La inhabilidad general será de diez a veinte años; la inhabilidad especial no será inferior a treinta días ni superior a doce meses; pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente. La suspensión no será inferior a un mes ni superior a doce meses. Cuando el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo o durante la ejecución del mismo, cuando no fuere posible ejecutar la sanción se convertirá el término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sin perjuicio de la inhabilidad especial. La multa no podrá ser inferior al valor de diez, ni superior al de ciento ochenta días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

3.3.4.- FALTAS DISCIPLINARIAS EN PARTICULAR

Para el caso en cuestión, son faltas gravísimas, entre otras las siguientes:

- Celebrar contrato de prestación de servicios cuyo objeto sea el cumplimiento de funciones públicas o administrativas que requieran dedicación de tiempo completo e impliquen subordinación y ausencia de autonomía respecto del contratista, salvo las excepciones legales.
- Intervenir en la tramitación, aprobación, celebración o ejecución de contrato estatal con persona que esté incurso en causal de incompatibilidad o inhabilidad prevista en la Constitución o en la ley, o con omisión de los estudios técnicos, financieros y jurídicos previos requeridos para su ejecución o sin la previa obtención de la correspondiente licencia ambiental.

- Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.
- Declarar la caducidad de un contrato estatal o darlo por terminado sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello.
- Aplicar la urgencia manifiesta para la celebración de los contratos sin existir las causales previstas en la ley.
- No exigir, el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad.
- Dar lugar a la configuración del silencio administrativo positivo¹⁶.

3.3.5.- PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. El procedimiento disciplinario establecido en la ley deberá aplicarse por las respectivas oficinas de control interno disciplinario, personerías municipales y distritales, la jurisdicción disciplinaria y la Procuraduría General de la Nación¹⁷.

La acción disciplinaria la ejerce la Procuraduría General de la Nación; los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura; la Superintendencia de Notariado y Registro; los personeros distritales y municipales; las oficinas de control disciplinario interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores y superiores jerárquicos inmediatos, en los casos a los cuales se refiere la presente ley.

La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, no procederá por anónimos, El servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, iniciará inmediatamente la acción correspondiente. Si no lo fuere, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere.

¹⁶ Ver artículo 48 ley 734 de 2002.

¹⁷ Ver artículo 66 s.s. de la ley 734 de 2002

Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política.

La calidad de investigado se adquiere a partir del momento de la apertura de investigación o de la orden de vinculación, según el caso. Esta decisión de apertura se notificará según lo ordena la ley.

Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos: Acceder a la investigación, designar defensor, a ser oído en versión libre en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia, a solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica, a rendir descargos, a impugnar y sustentar las decisiones cuando hubiere lugar a ello, a obtener copias de la actuación, y a presentar alegatos de conclusión antes del fallo de primera o única instancia. (art. 92). Y para garantizar el debido proceso, la ley establece la posibilidad de interponer los recursos de ley contra las decisiones que se tomen en el curso del proceso.

Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado. (art. 128)

3.3.6.- PROCEDIMIENTO ORDINARIO

3.3.6.1.- Indagación Preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar. La misma que tendrá como fin verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad. En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar. En estos eventos la indagación preliminar se adelantará por el término necesario para cumplir su objetivo. En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse a otros seis meses. Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervinientes en los hechos investigados¹⁸.

3.3.6.2.- Investigación Disciplinaria. El funcionario la iniciará cuando, con fundamento en la queja, en la información recibida o en la indagación preliminar, se identifique al posible autor o autores de la falta disciplinaria.

3.3.6.3.- Decisión de la Evaluación de la Investigación. Cuando se haya recaudado prueba que permita la formulación de cargos, o vencido el término de la investigación, dentro de los quince días siguientes, el funcionario de conocimiento, mediante decisión motivada, evaluará el mérito de las pruebas recaudadas y formulará pliego de cargos contra el investigado u ordenará el archivo de la actuación, según corresponda.

3.3.6.4.- Descargos, Pruebas y Fallo. Notificado el pliego de cargos, el expediente quedará en la Secretaría de la oficina de conocimiento, por el término de diez días, a disposición de los sujetos procesales, quienes podrán aportar y solicitar pruebas. Dentro del mismo término, el investigado o su defensor, podrán presentar sus descargos.

El fallo debe ser motivado y contener: La identidad del investigado, un resumen de los hechos, el análisis de las pruebas en que se basa, el análisis y la valoración jurídica de los cargos, de los descargos y de las alegaciones que hubieren sido presentadas, la fundamentación de la calificación de la falta, el análisis de

¹⁸ Ver artículo 150 s.s. de la ley 734 de 2002

culpabilidad, las razones de la sanción o de la absolución, y la exposición fundamentada de los criterios tenidos en cuenta para la graduación de la sanción y la decisión en la parte resolutive.

3.3.6.5.- segunda instancia. El funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la fecha en que hubiere recibido el proceso. Si lo considera necesario, decretará pruebas de oficio, en cuyo caso el término para proferir el fallo se ampliará hasta en otro tanto.

El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para revisar únicamente los aspectos impugnados y aquellos otros que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de impugnación.

3.3.6.6.- Ejecución y Registro de las Sanciones. La sanción impuesta se hará efectiva por: El Presidente de la República, respecto de los gobernadores y los alcaldes de Distrito, los gobernadores, respecto de los alcaldes de su departamento, el nominador, respecto de los servidores públicos de libre nombramiento y remoción o de carrera, los presidentes de las corporaciones de elección popular o quienes hagan sus veces, respecto de los miembros de las mismas y de los servidores públicos elegidos por ellas, el representante legal de la entidad, los presidentes de las corporaciones, juntas, consejos, quienes hagan sus veces, o quienes hayan contratado, respecto de los trabajadores oficiales, los presidentes de las entidades y organismos descentralizados o sus representantes legales, respecto de los miembros de las juntas o consejos directivos, y la Procuraduría General de la Nación, respecto del particular que ejerza funciones públicas¹⁹.

Una vez ejecutoriado el fallo sancionatorio, el funcionario competente lo comunicará al funcionario que deba ejecutarlo, quien tendrá para ello un plazo de diez días, contados a partir de la fecha de recibo de la respectiva comunicación.

3.4.- PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL

En primer lugar, es importante anotar, que esta clase de procesos se encuentran regulados por la ley 610 de 2000, cuya competencia para adelantarlos recae sobre la Contraloría General de la República.

En consecuencia, se afirma que la responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia

¹⁹ Ver artículo 172 s.s. de la ley 734 de 2002

de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal. La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad. El grado de culpa a partir de la cual se podrá establecer responsabilidad fiscal será el de la culpa leve²⁰.

3.4.1.- DEFINICIÓN. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.

3.4.2.- PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LA ACCIÓN FISCAL. En el ejercicio de la acción de responsabilidad fiscal se garantizará el debido proceso y su trámite se adelantará con sujeción a los principios establecidos en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política²¹ y a los contenidos en el Código Contencioso Administrativo.

3.4.3.- GESTIÓN FISCAL. Es el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.

3.4.4.- ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD FISCAL. Está integrada por los siguientes: Una conducta dolosa o culposa atribuible a una persona que realiza gestión fiscal, un daño patrimonial al Estado, y un nexo causal entre los dos elementos anteriores.

²⁰ Ver artículo 4 s.s. de la ley 610 de 2000

²¹ Conceptos referentes a debido proceso y función administrativa de la Constitución Política de Colombia.

El proceso de responsabilidad fiscal podrá iniciarse de oficio, como consecuencia del ejercicio de los sistemas de control fiscal por parte de las propias contralorías, de la solicitud que en tal sentido formulen las entidades vigiladas o de las denuncias o quejas presentadas por cualquier persona u organización ciudadana, en especial por las veedurías ciudadanas de que trata la Ley 563 de 2000. (art. 8º.)²².

En cualquier momento del proceso de responsabilidad fiscal se podrán decretar medidas cautelares sobre los bienes de la persona presuntamente responsable de un detrimento al patrimonio público, por un monto suficiente para amparar el pago del posible desmedro al erario, sin que el funcionario que las ordene tenga que prestar caución. Este último responderá por los perjuicios que se causen en el evento de haber obrado con temeridad o mala fe. Las medidas cautelares decretadas se extenderán y tendrán vigencia hasta la culminación del proceso de cobro coactivo, en el evento de emitirse fallo con responsabilidad fiscal.

Se ordenará el desembargo de bienes cuando habiendo sido decretada la medida cautelar se profiera auto de archivo o fallo sin responsabilidad fiscal, caso en el cual la Contraloría procederá a ordenarlo en la misma providencia. También se podrá solicitar el desembargo al órgano fiscalizador, en cualquier momento del proceso o cuando el acto que estableció la responsabilidad se encuentre demandado ante el tribunal competente, siempre que exista previa constitución de garantía real, bancaria o expedida por una compañía de seguros, suficiente para amparar el pago del presunto detrimento y aprobada por quien decretó la medida.

Cuando se hubieren decretado medidas cautelares dentro del proceso de jurisdicción coactiva y el deudor demuestre que se ha admitido demanda y que esta se encuentra pendiente de fallo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, aquellas no podrán ser levantadas hasta tanto no se preste garantía bancaria o de compañía de seguros, por el valor adeudado más los intereses moratorios.

En cualquier estado de la indagación preliminar o del proceso de responsabilidad fiscal, procederá el archivo del expediente cuando se establezca que la acción fiscal no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción, cuando se demuestre que el hecho no existió o que no es constitutivo de daño patrimonial al Estado o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, o se acredite la operancia de una causal eximente de responsabilidad fiscal o aparezca demostrado que el daño investigado ha sido resarcido totalmente²³.

²² Principio rector de autonomía. Ley sobre veedurías ciudadanas.

²³ Ver artículo 16 s.s. de la ley 610 de 2000, sobre cesación de la acción fiscal.

En el evento en que sobrevenga la muerte del presunto responsable fiscal antes de proferirse fallo con responsabilidad fiscal debidamente ejecutoriado, se citarán y emplazarán a sus herederos con quienes se seguirá el trámite del proceso y quienes responderán hasta concurrencia con su participación en la sucesión.

3.4.5.- PRUEBAS Toda providencia dictada en el proceso de responsabilidad fiscal debe fundarse en pruebas legalmente producidas y allegadas o aportadas al proceso.

El fallo con responsabilidad fiscal sólo procederá cuando obre prueba que conduzca a la certeza del daño patrimonial y de la responsabilidad del investigado.

El investigado o quien haya rendido exposición libre y espontánea podrá pedir la práctica de las pruebas que estime conducentes o aportarlas. La denegación total o parcial de las solicitadas o allegadas deberá ser motivada y notificarse al peticionario, decisión contra la cual proceden los recursos de reposición y apelación.

3.4.6.- TRÁMITE DEL PROCESO

3.4.6.1.- INDAGACIÓN PRELIMINAR. Si no existe certeza sobre la ocurrencia del hecho, la causación del daño patrimonial con ocasión de su acaecimiento, la entidad afectada y la determinación de los presuntos responsables, podrá ordenarse indagación preliminar por un término máximo de seis (6) meses, al cabo de los cuales solamente procederá el archivo de las diligencias o la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

La indagación preliminar tendrá por objeto verificar la competencia del órgano fiscalizador, la ocurrencia de la conducta y su afectación al patrimonio estatal, determinar la entidad afectada e identificar a los servidores públicos y a los particulares que hayan causado el detrimento o intervenido o contribuido a él²⁴.

3.4.6.2.- Apertura del Proceso de Responsabilidad Fiscal. Cuando de la indagación preliminar, de la queja, del dictamen o del ejercicio de cualquier acción de vigilancia o sistema de control, se encuentre establecida la existencia de un daño patrimonial al Estado e indicios serios sobre los posibles autores del mismo, el funcionario competente ordenará la apertura del proceso de responsabilidad fiscal. El auto de apertura inicia formalmente el proceso de responsabilidad fiscal.

²⁴ Ver artículo 39 s.s. de la ley 610 de 2000

En el evento en que se haya identificado a los presuntos responsables fiscales, a fin de que ejerzan el derecho de defensa y contradicción, deberá notificárseles el auto de trámite que ordene la apertura del proceso. Contra este auto no procede recurso alguno.

Si con posterioridad a la práctica de cualquier sistema de control fiscal cuyos resultados arrojen dictamen satisfactorio, aparecieren pruebas de operaciones fraudulentas o irregulares relacionadas con la gestión fiscal analizada, se desatenderá el dictamen emitido y se iniciará el proceso de responsabilidad fiscal.

Quien tenga conocimiento de la existencia de indagación preliminar o de proceso de responsabilidad fiscal en su contra y antes de que se le formule auto de imputación de responsabilidad fiscal, podrá solicitar al correspondiente funcionario que le reciba exposición libre y espontánea, para cuya diligencia podrá designar un apoderado que lo asista y lo represente durante el proceso, y así se le hará saber al implicado, sin que la falta de apoderado constituya causal que invalide lo actuado.

En todo caso, no podrá dictarse auto de imputación de responsabilidad fiscal si el presunto responsable no ha sido escuchado previamente dentro del proceso en exposición libre y espontánea o no está representado por un apoderado de oficio si no compareció a la diligencia o no pudo ser localizado.

Cuando el presunto responsable, o el bien o contrato sobre el cual recaiga el objeto del proceso, se encuentren amparados por una póliza, se vinculará al proceso a la compañía de seguros, en calidad de tercero civilmente responsable, en cuya virtud tendrá los mismos derechos y facultades del principal implicado.

El término para adelantar estas diligencias será de tres (3) meses, prorrogables hasta por dos (2) meses más, cuando las circunstancias lo ameriten, mediante auto debidamente motivado.

3.4.6.3.- Decisión. Vencido el término anterior, se procederá al archivo del proceso o a dictar auto de imputación de responsabilidad fiscal, mediante providencia motivada, según sea el caso.

Habrá lugar a proferir auto de archivo cuando se pruebe que el hecho no existió, que no es constitutivo de detrimento patrimonial o no comporta el ejercicio de gestión fiscal, se acredite el resarcimiento pleno del perjuicio o la operancia de una causal excluyente de responsabilidad o se demuestre que la acción no podía iniciarse o proseguirse por haber operado la caducidad o la prescripción de la misma.

El funcionario competente proferirá auto de imputación de responsabilidad fiscal cuando esté demostrado objetivamente el daño o detrimento al patrimonio económico del Estado y existan testimonios que ofrezcan serios motivos de credibilidad, indicios graves, documentos, peritación o cualquier medio probatorio que comprometa la responsabilidad fiscal de los implicados.

El auto de imputación deberá contener: La identificación plena de los presuntos responsables, de la entidad afectada y de la compañía aseguradora, del número de póliza y del valor asegurado, la indicación y valoración de las pruebas practicadas, la acreditación de los elementos constitutivos de la responsabilidad fiscal y la determinación de la cuantía del daño al patrimonio del Estado.

3.4.6.4.- Fallo con Responsabilidad Fiscal. El funcionario competente proferirá fallo con responsabilidad fiscal al presunto responsable fiscal cuando en el proceso obre prueba que conduzca a la certeza de la existencia del daño al patrimonio público y de su cuantificación, de la individualización y actuación cuando menos con culpa leve del gestor fiscal y de la relación de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño ocasionado al erario, y como consecuencia se establezca la obligación de pagar una suma líquida de dinero a cargo del responsable.

Los fallos con responsabilidad deberán determinar en forma precisa la cuantía del daño causado, actualizándolo a valor presente al momento de la decisión, según los índices de precios al consumidor certificados por el DANE para los períodos correspondientes²⁵.

3.4.6.5- Ejecutoriedad de las Providencias. Quedarán ejecutoriadas: Cuando contra ellas no proceda ningún recurso; cinco (5) días hábiles después de la última notificación, cuando no se interpongan recursos o se renuncie expresamente a ellos; y, cuando los recursos interpuestos se hayan decidido.

3.4.6.6- Segunda Instancia. Recibido el proceso, el funcionario de segunda instancia deberá decidir dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes. Este funcionario podrá decretar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias para decidir la apelación, por un término máximo de diez (10) días hábiles libres de distancia, pudiendo comisionar para su práctica.

3.4.6.7- Consecuencias de la Declaración de Responsabilidad Fiscal. Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los

²⁵ Ver artículo 53 s.s. de la ley 610 de 2000

responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías.

3.4.6.8- Impugnación Ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En materia del proceso de responsabilidad fiscal, solamente será demandable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el acto administrativo con el cual termina el proceso, una vez se encuentre en firme.

3.4.6.9- Caducidad del Contrato Estatal.

Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado.

3.4.6.10- Constitución en Parte Civil.

Los contralores, por sí mismos o por intermedio de sus apoderados, podrán constituirse en parte civil dentro de los procesos penales que se adelanten por delitos que atenten contra intereses patrimoniales del Estado, tales como enriquecimiento ilícito de servidores públicos, peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, contrato celebrado sin requisitos legales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, siempre y cuando la entidad directamente afectada no cumpliera con esta obligación. Las entidades que se constituyan en parte civil deberán informar a las contralorías respectivas de su gestión y resultados. La parte civil al solicitar el embargo de bienes como medida preventiva no prestará caución²⁶.

²⁶ Ver artículo 65 s.s. de la ley 610 de 2000

CAPITULO IV

4. ELEMENTOS DE LA CONDUCTA PUNIBLE

Continuando con el desarrollo del presente trabajo, se hará a continuación una descripción de los principales elementos de los cuales consta una conducta punible, toda vez que se cree de gran importancia en el desarrollo del mismo, para finalmente desarrollar las diferencias que existen entre el sistema procesal penal que se tramita bajo el sistema de ley 600 de 2000 y el que se tramita bajo el sistema de ley 906 de 2004, contentiva del sistema penal oral acusatorio.

En este contexto, se tiene que el derecho penal es una ciencia al igual que todas las jurídicas, porque constituye un sistema de conocimientos que refleja una realidad objetiva: el ordenamiento jurídico vigente en un determinado Estado.

Esta ciencia tiene por objeto el estudio del contenido de las normas que constituyen, dentro del ordenamiento jurídico vigente en un Estado, su derecho penal; por eso es una ciencia normativa, su ámbito de acción se circunscribe así a la legislación penal positiva del Estado, en este caso al Código Penal colombiano, ley 599 de 2000 y demás leyes que lo han adicionado y reformado.

Su finalidad es la de lograr el mas completo conocimiento posible de las disposiciones que forman el derecho penal vigente, y la de dirimir las controversias que surjan de la aplicación e interpretación de sus normas²⁷.

Para lograr el fin perseguido, el derecho penal se encuentra acompañado de las fuentes formales del derecho y de las ciencias auxiliares que le son útiles. Fuentes formales como la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho, la equidad, entre otras. Ciencias auxiliares como: la medicina legal, balística, sicología judicial, psiquiatría forense, la informática jurídica, la dactiloscopia, documentoscopia, etc, que a la postre son disciplinas extrajurídicas que le brindan una serie de conocimientos técnico científicos para el mejor conocimiento del delincuente y para una mayor comprensión de los fenómenos criminosos.

Por lo anteriormente expuesto, se puede decir que el mundo de los fenómenos está constituido por hechos, tales hechos son naturales o humanos, según que su causa sea debida a un fenómeno de la naturaleza o a una actividad del hombre; los hechos humanos, a su vez, pueden o no interesar al derecho, en el primer

²⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General. Bogotá Colombia: Décimo Primera Edición. Editorial Temis S.A., 1997. Pág. 8 s.s.

caso se los llama jurídicos, en el segundo, extrajurídicos, Los hechos jurídicos humanos son voluntarios e involuntarios, en la medida en que sean o no el producto de un querer racional. Los voluntarios, por su parte, son lícitos y se acomodan al ordenamiento jurídico, e ilícitos si lo contrarían, entonces, el más importante de todos estos es el delito, reato o hecho punible

En consecuencia, los elementos de la conducta punible, se pueden agrupar de la siguiente manera:

4.1.- TÍPICIDAD: Es el estudio de los tipos penales; y el tipo, ha de entenderse como la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible. La abstracción se refiere al contenido general y amplio de la conducta normada para que dentro de su marco quepa el singular y concreto comportamiento, la connotación descriptiva puntualiza el carácter preferentemente objetivo del tipo, y dicese preferentemente, porque algunas veces aparecen en él referencias normativas y subjetivas, la reprochabilidad pretende mostrar cómo el legislador ordinariamente describe conductas que merecen rechazo social y son, por lo mismo, dignas de reproche; finalmente se menciona que la conducta es punible porque de esa naturaleza es la respuesta estatal complementaria del tipo.

En complemento de lo anterior, el artículo 9 del Código Penal vigente, o ley 599 de 2000, establece que para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado. Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad.

A su vez el artículo 10 como norma rectora de la misma obra dice: Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal. En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley²⁸.

4.1.1.- ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

4.1.1.1.- Sujetos: Como quiera toda conducta humana es realizada por una persona respecto de otra y todo tipo legal describe un comportamiento, tiénese la presencia de dos sujetos:

²⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General. Bogotá Colombia: Décimo Primera Edición. Editorial Temis S.A., 1997. Pág. 94 s.s.

SUJETO ACTIVO: Es el que actúa, con él se conoce al autor de la conducta típica, se lo llama también agente, actor o sujeto-agente.

SUJETO PASIVO: Es aquel en relación con el cual la conducta produce un determinado efecto jurídico. Es la persona titular del bien jurídico que el legislador protege en el respectivo tipo legal y que resulta afectada por la conducta del sujeto agente.

4.1.1.2.- Conducta. Está regida por un verbo rector y puntualiza comportamiento de acción o de omisión. El verbo rector desde el punto de vista gramatical la conducta típica es una oración, su contexto gira en rededor del verbo principal o único que la gobierna, se llama también núcleo rector del tipo.

4.1.1.3.- Pena: Es la sanción a la que se ve expuesta una persona que ha vulnerado o violado una norma penal. En consecuencia, existen penas principales como: la privativa de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa; penas sustitutivas como: la prisión domiciliaria es sustitutiva de la pena de prisión y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido es sustitutivo de la multa. Penas accesorias o privativas de otros derechos como: La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, la pérdida del empleo o cargo público, la inhabilitación para el ejercicio de profesión, arte, oficio, industria o comercio, la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría, la privación del derecho a conducir vehículos automotores y motocicletas, la prohibición de salir del país, la privación del derecho a la tenencia y porte de arma, la privación del derecho a residir en determinados lugares o de acudir a ellos, la prohibición de consumir bebidas alcohólicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas y la expulsión del territorio nacional para los extranjeros.

4.2.- ANTIJURIDICIDAD. Es el desvalor de una conducta típica en la medida en que ella lesiona o pone en peligro, sin justificación jurídicamente atendible, el interés legalmente tutelado. Se habla de un desvalor porque la naturaleza de la conducta lleva a un enjuiciamiento negativo de la misma, desde el momento en que ella se pone en contradicción con el ordenamiento jurídico-penal.

Se dice que es conducta típica, porque la antijuridicidad penalmente relevante solo se predica de aquella conducta que sea subsumible dentro de un tipo penal determinado. Una antijuridicidad atípica no tiene significación alguna en el ámbito del derecho penal.

Se hace referencia a la lesión o al peligro de lesión que se ocasiona a un bien jurídicamente tutelado, porque en ese daño de lesión o de peligro lo que configura el germen de su ilicitud.

La expresión “sin justificación jurídicamente entendible”, para indicar que cuando se vulnera un interés jurídicamente protegido en circunstancias que legitimen la lesión (las llamadas causales de justificación), la agresión respectiva no puede ser calificada de antijurídica.

Se corrobora lo anterior, y para mayor claridad, con lo preceptuado en el artículo 11 del Código Penal que dice: Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal²⁹.

4.3.- CULPABILIDAD. Para que una determinada conducta humana pueda ser calificada como delictuosa no basta que ella se adecue a un tipo penal y además lesione o ponga en peligro, sin justificación jurídicamente relevante, el interés que el legislador quiso tutelar; es indispensable que a mas de estos requisitos de tipicidad y antijuridicidad, exista una voluntad dirigida a realizar dicha conducta. Solo entonces podría decirse que el comportamiento pertenece a alguien, que es suyo, y que por lo tanto, de él debe responder.

En consecuencia, la ejecución del hecho típico y antijurídico por alguien que lo hizo como resultado de operación mental en la que intervinieron consciente y libremente las esferas intelectual, afectiva y volitiva de su personalidad, es lo que se conoce con el nombre genérico de culpabilidad; y porque tal fenómeno se origina en el siquismo del hombre que realiza la conducta, se habla de él como aspecto subjetivo del delito.

Con base en lo anterior, se puede observar que en el Código Penal se encuentran establecidas y como normas rectoras, tres formas de culpabilidad a saber:

4.3.1.- DOLO. Artículo 22: La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.

4.3.2.- CULPA. Artículo 23: La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo. En esta forma de culpabilidad se presentan unos hechos generadores de

²⁹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General. Bogotá Colombia: Décimo Primera Edición. Editorial Temis S.A., Pág. 153 s.s.

culpa entre los que se destacan: la negligencia, la imprudencia, la impericia, la inobservancia de los reglamentos, etc.

4.3.3.- PRETERINTENCION. Artículo 24: La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente. Se dice que es un punto intermedio entre el dolo y la culpa³⁰.

Otro concepto fundamental que se debe tener en cuenta en este tópico es lo relacionado con la legalidad, que como norma rectora de la ley penal se la puede definir de la siguiente forma:

4.4.- LEGALIDAD. Se afirma, que la única fuente de conocimiento del derecho penal es la ley en sentido amplio; en efecto, un derecho penal sin normas positivas que señalen las figuras delictivas y puntualicen las sanciones en caso de trasgresión, no tiene sentido alguno. Tal principio de origen inglés y plasmado luego de la Revolución Francesa en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se enuncia así: “nullum crimen, nulla pena sine lege”. Ella constituye una garantía para los ciudadanos en cuanto les asegura que no serán castigados sino en las situaciones previamente señaladas en la ley, y en tales casos, que sus derechos no sufrirán restricciones fuera de aquellas que la misma ley establece³¹.

Dicho principio tiene sustento constitucional en el artículo 29, inciso segundo de la carta, que dice: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Corroborado lo anterior, en el principio de legalidad, artículo 6º. norma rectora del Código Penal que dice: Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados. La analogía sólo se aplicará en materias permisivas.

³⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General. Bogotá Colombia: Décimo Primera Edición. Editorial Temis S.A., 1997, Pág. 203 s.s.

³¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal, Parte General. Bogotá Colombia: Décimo Primera Edición. Editorial Temis S.A., 1997, Pág. 49 s.s.

CAPITULO V

5. SISTEMAS PROCESALES PENALES VIGENTES

Como es conocido, en Colombia actualmente se vienen tramitando dos sistemas procesales penales: Uno bajo la ley 600 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, y el Sistema Penal Oral Acusatorio que se está tramitando a partir de la vigencia de la ley 906 de 2004, procedimiento que se ha venido implementando de forma gradual en todo el territorio nacional desde el año dos mil cinco, y que para el presente año dos mil ocho, debe complementarse en todo el territorio.

Es por ello, y como tema central del trabajo de investigación, a continuación se describirá tangencialmente el trámite de los dos procedimientos penales vigentes, con ello se extraerán las diferencias y similitudes entre uno y otro.

5.1.- SISTEMA PROCESAL PENAL BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 600 DE 2000

En primer lugar, se hace indispensable realizar algunas consideraciones previas, como: destacar que para el trámite de este proceso se deben observar y de preferencia las normas rectoras, entre otras: dignidad humana, integración, libertad, habeas corpus, igualdad, legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, presunción de inocencia, celeridad, imparcialidad, investigación integral³².

De otra parte, es importante destacar que un proceso penal se inicia con una denuncia, querrela o petición especial, en consecuencia, por la comisión de un delito cometido por una persona, se origina acción penal y acción civil. La acción penal corresponde al Estado y se ejerce por la Fiscalía General de la Nación durante la etapa de la investigación y los jueces competentes durante la etapa del juzgamiento; la Corte Suprema de Justicia adelanta la investigación y el juzgamiento en los casos contemplados en la Constitución Política. El Congreso ejerce la acción penal excepcionalmente. Por su parte, la acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos. En este

³² ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Consultar artículos del 1 al 24 sobre normas rectoras.

último evento, sólo podrá actuar un ciudadano y será reconocido quien primero se constituya.

Para que lo anterior se cumpla y se desarrolle, a través de dicho procedimiento, se requiere obviamente de la concurrencia de sujetos procesales:

Fiscalía General de la Nación compuesta por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal General de la Nación, y Fiscales Delegados ante la Corte Suprema de Justicia, ante los Tribunales Superiores de Distrito, ante los Juzgados Penales del Circuito Especializados, ante los Juzgados Penales del Circuito y ante los Juzgados Penales Municipales y Promiscuos Municipales, cuya competencia, atribuciones y funciones se encuentra especificada en la misma ley.

Ministerio Público, el cual actuará dentro del proceso penal en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales, podrá intervenir en todas las etapas de la actuación, con plenas facultades de sujeto procesal y será ejercido por el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes.

Sindicado Se denomina así, a la persona a quien se le atribuye autoría o participación en la conducta punible. Este adquiere la calidad de sindicado y *será sujeto procesal* desde su vinculación mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente.

Defensor. Salvo las excepciones legales, para intervenir como defensor o apoderado de cualesquiera de los sujetos procesales se requiere ser abogado titulado.

Parte Civil. Cuya finalidad de obtener el restablecimiento del derecho y el resarcimiento del daño ocasionado por la conducta punible, el perjudicado o sus sucesores, a través de abogado, podrán constituirse en parte civil dentro de la actuación penal.

Tercero Incidental. Que es toda persona natural o jurídica, que sin estar obligada a responder penalmente por razón de la conducta punible, tenga un derecho económico afectado dentro de la actuación procesal. El tercero incidental podrá personalmente o por intermedio de abogado, ejercer las pretensiones que le correspondan dentro de la actuación. Podrá solicitar la práctica de pruebas relacionadas con su pretensión, intervenir en la realización de las mismas, interponer recursos contra la providencia que decida el incidente y contra las demás que se profieran en su trámite, así como formular alegaciones de conclusión cuando sea el caso. Su actuación queda limitada al trámite del incidente.

Tercero Civilmente Responsable. Es quien sin ser autor o partícipe de la comisión de la conducta punible tenga la obligación de indemnizar los perjuicios³³.

Para el cumplimiento de las actuaciones que se lleven a efecto dentro del procedimiento, se deben observar y cumplir los términos procesales, que serán de horas, días, meses y años y se computarán de acuerdo con el calendario. Para efectos del código, el término de la distancia será el necesario para la movilización de las personas o cosas.

Las decisiones que tome el funcionario judicial se hacen a través de providencias, las cuales se dictan en la actuación y se denominarán autos y sentencias y se clasifican así:

Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o segunda instancia, en virtud de la casación o de la acción de revisión.

Autos interlocutorios, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.

Autos de sustanciación, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitan el entorpecimiento de la misma.

Las anteriores providencias a su vez, deben ser notificadas a los sujetos procesales; se notificarán las sentencias, las providencias interlocutorias y las siguientes providencias de sustanciación: la que suspende la investigación previa, la que pone en conocimiento de los sujetos procesales la prueba trasladada o el dictamen de peritos, la que declara cerrada la investigación, la que ordena la práctica de pruebas en el juicio, la que señala día y hora para la celebración de la audiencia pública, la que declara desierto el recurso de apelación, la que deniega el recurso de apelación, la que declara extemporánea la presentación de la demanda de casación, la que admite la acción de revisión y la que ordena el traslado para pruebas dentro de la acción de revisión. Dichas providencias deben notificarse, y éstas pueden hacerse de forma personal, por estado, por edicto, por conducta concluyente y en estrados

Tales notificaciones se hacen con el fin de que los sujetos procesales y dentro del término oportuno presenten los respectivos recursos en contra de las providencias dictadas. Recursos tales como: De reposición, de apelación, de queja,

³³ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Consultar artículos del 112 al 141.

El C.P.P. en su artículo 232 dice que toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación. No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado. A su vez establece los diferentes medios probatorios tales como: documentos, prueba pericial, indicios, confesión, testimonios, reconocimiento en fila de personas, inspección judicial, entre otras.

Con toda esta serie de conceptos anotados anteriormente, se procede a describir las etapas del proceso penal; el cual consta de dos: Una primera denominada de investigación que la adelanta la Fiscalía General de la Nación, y otra etapa denominada de causa o juicio, la que es adelantada por los Juzgados Penales; ambas instituciones en sus diferentes categorías. Para una mayor comprensión se detallará cada una de ellas.

5.1.1.- INVESTIGACION. El Fiscal General de la Nación o sus delegados tienen a su cargo dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente o especial cumplen los organismos previstos en la ley y los restantes entes públicos a los cuales de manera transitoria el Fiscal General de la Nación les haya atribuido tales funciones.

El Fiscal General de la Nación, bajo su responsabilidad, separará en forma inmediata de las funciones de policía judicial al servidor público que omite o se extralimite en el cumplimiento de sus funciones para el desarrollo investigativo específico que se le haya dado. (art. 311 C.P.P.) Cabe aclarar, que policía judicial significa que existen organismos que desempeñan funciones de investigación, son ellos: el Cuerpo Técnico de Investigaciones CTI de la Fiscalía, el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, la Policía Judicial de la Policía Nacional, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación, las autoridades de tránsito, los alcaldes e inspectores de policía, los Directores Nacional y regional del INPEC.

Esta etapa de investigación a su vez consta de dos fases: una denominada investigación previa o preliminar, y otra denominada de instrucción.

5.1.1.1.- Investigación Previa. Cuya finalidad es la de que en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la instrucción, tendrá como finalidad determinar si ha tenido ocurrencia la conducta que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si está descrita en la ley penal como punible, si se ha actuado al amparo de una causal de ausencia de responsabilidad, si cumple el requisito de procesabilidad para iniciar la acción penal y para recaudar las

pruebas indispensables para lograr la individualización o identificación de los presuntos autores o partícipes de la conducta punible³⁴.

Cuando lo considere necesario el Fiscal General de la Nación o su delegado podrá recibir versión libre y espontánea al imputado, la que se practicará en presencia de su defensor. La aceptación de la autoría o coparticipación por parte del imputado en la versión rendida dentro de la investigación previa, tendrá valor de confesión.

La investigación previa se realizará en el término máximo de seis (6) meses, vencidos los cuales se dictará resolución de apertura de instrucción si se encuentra mérito para continuar con la investigación, o de lo contrario dictará resolución inhibitoria, ésta no hace tránsito a cosa juzgada.

Tal decisión se tomará mediante resolución interlocutoria contra la cual proceden los recursos de reposición y de apelación por parte del Ministerio Público, del denunciante o querellante y del perjudicado o sus apoderados constituidos para el efecto.

5.1.1.2.- Instrucción. El funcionario judicial que haya dirigido o realizado la investigación previa, si fuere competente, será el mismo que abra y adelante la instrucción, salvo que se haya dispuesto su desplazamiento. El término de instrucción no podrá exceder de dieciocho (18) meses, contados a partir de la fecha de su iniciación. No obstante, si se tratare de tres (3) o más sindicados o delitos, el término máximo será de veinticuatro (24) meses. Vencido el término de instrucción, la única actuación procedente será la calificación del mérito del sumario que se efectúa de dos formas: Precluyendo la investigación, o profiriendo resolución acusatoria, la misma que una vez en firme, pasarán las diligencias al juez competente para que se adelante la respectiva etapa de juicio³⁵.

Mediante providencia de sustanciación, el Fiscal General de la Nación o su delegado, dispondrá la apertura de instrucción indicando los fundamentos de la decisión, las personas por vincular y las pruebas a practicar. La instrucción tendrá como fin determinar: Si se ha infringido la ley penal, quién o quiénes son los autores o partícipes de la conducta punible, los motivos determinantes y demás factores que influyeron en la violación de la ley penal, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó la conducta, las condiciones sociales, familiares o individuales que caracterizan la personalidad del procesado, su conducta anterior, sus antecedentes judiciales, de policía y sus condiciones de vida, los daños y perjuicios de orden moral y material que causó la conducta punible. En los

³⁴ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Consultar artículo 322 s.s.

³⁵ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Consultar artículos 39, y 329 s.s. sobre etapa de instrucción.

procesos por delitos contra la administración pública se ordenará comunicar al representante legal de la entidad supuestamente perjudicada y a la Contraloría sobre la apertura de la investigación. (art. 331 C.P.P.)

El imputado quedará vinculado al proceso de dos formas, mediante indagatoria, o mediante declaratoria de persona ausente.

El funcionario judicial recibirá indagatoria a quien en virtud de antecedentes y circunstancias consignadas en la actuación o por haber sido sorprendido en flagrante conducta punible, considere que puede ser autor o partícipe de la infracción penal. Dicha diligencia se adelantará en presencia de su abogado defensor, siguiendo las reglas y formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Penal (arts 333, 337 y 338)

En todo caso, se podrá ampliar la indagatoria, de oficio o a petición del sindicado o de su defensor, cuando se considere conveniente y sin necesidad de motivación alguna. Aquella se recibirá dentro del menor tiempo posible y observando los requisitos pertinentes. También se ampliará la indagatoria cuando aparezcan fundamentos para modificar la imputación jurídica provisional.

Como se dijo anteriormente, otra forma de vinculación al proceso es como persona ausente, que consiste en que si ordenada la captura no fuere posible hacer comparecer al imputado que deba rendir indagatoria, vencidos diez (10) días contados a partir de la fecha en que la orden haya sido emitida a las autoridades que deban ejecutar la aprehensión sin que se haya obtenido respuesta, se procederá a su vinculación mediante declaratoria de persona ausente. Esta decisión se adoptará por resolución de sustanciación motivada en la que se designará defensor de oficio, se establecerán de manera sucinta los hechos por los cuales se lo vincula, se indicará la imputación jurídica provisional y se ordenará la práctica de las pruebas que se encuentren pendientes. Esta resolución se notificará al defensor designado y al Ministerio Público y contra ella no procede recurso alguno.

De la misma manera se vinculará al imputado que no haya cumplido la citación para indagatoria dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha fijada para el efecto, cuando el delito por el que se proceda no sea de aquellos para lo que es obligatoria la resolución de situación jurídica. En ningún caso se vinculará a persona que no esté plenamente identificada.

Una vez, el imputado sea escuchado en diligencia de indagatoria o declarado persona ausente, el funcionario judicial procederá a definirle su situación jurídica, que consiste en imponerle una medida de aseguramiento, que puede ser de detención preventiva o una caución prendaria.

5.1.1.2.1.- Definición de Situación Jurídica. Esta deberá ser definida en aquellos eventos en que sea procedente la detención preventiva, y consiste en imponerle al sindicado una medida de aseguramiento. Cuando la persona se encuentre privada de la libertad, rendida la indagatoria, el funcionario judicial deberá definir la situación jurídica por resolución interlocutoria, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, indicando si hay lugar o no a imponer medida de aseguramiento si hubiere prueba que la justifique u ordenando su libertad inmediata. En este último caso, el sindicado suscribirá un acta en la que se comprometa a presentarse ante la autoridad competente cuando así se le solicite³⁶.

Si el sindicado no estuviere privado de la libertad, el plazo para resolver situación jurídica será de diez (10) días contados a partir de la indagatoria o de la declaratoria de persona ausente. El Fiscal General de la Nación o su delegado dispondrán del mismo término cuando fueren cinco (5) o más las personas aprehendidas, siempre que la captura de todas se hubiere realizado en la misma fecha.

Tales medidas de aseguramiento son:

La detención preventiva, cuyo fin es para garantizar la comparecencia del sindicado al proceso, la ejecución de la pena privativa de la libertad o impedir su fuga o la continuación de su actividad delictual o las labores que emprenda para ocultar, destruir o deformar elementos probatorios importantes para la instrucción, o entorpecer la actividad probatoria.

Cabe aclarar, que no procederá la medida de aseguramiento cuando la prueba sea indicativa de que el imputado pudo haber actuado en cualquiera de las causales de ausencia de responsabilidad.

Procede en los siguientes eventos:

1. Cuando el delito tenga prevista pena de prisión cuyo mínimo sea o exceda de cuatro (4) años.

Por los delitos de: Homicidio culposo agravado, cuando en contra del sindicado estuviere vigente sentencia condenatoria ejecutoriada por delito doloso o preterintencional que tenga pena de prisión; esta causal sólo procederá en los casos en que la conducta punible tenga asignada pena privativa de la libertad.

³⁶ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Ver artículo 354 s.s. sobre definición de situación jurídica.

La detención preventiva podrá ser sustituida por detención domiciliaria en los mismos eventos y bajo las mismas condiciones consagradas para la pena sustitutiva de prisión domiciliaria.

Otra medida de aseguramiento es la caución prendaria, Consiste en el depósito de dinero o la constitución de una póliza de garantía, en cuantía de hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que se fijará de acuerdo a las condiciones económicas del sindicado y la gravedad de la conducta punible.

5.1.1.2.2.- Cierre de investigación. Una vez definida la situación jurídica al sindicado, se procede a la etapa de calificación, que comienza con el cierre de investigación, que es un auto de sustanciación, que se notifica a los sujetos procesales, cuyo fin es que: Cuando se haya recaudado la prueba necesaria para calificar o vencido el término de instrucción, mediante providencia de sustanciación que se notificará personalmente, la cual sólo admite el recurso de reposición, se declarará cerrada la investigación y se ordenará que el expediente pase al despacho para su calificación.

Ejecutoriada la providencia de cierre de investigación, se ordenará traslado por ocho (8) días a los sujetos procesales, para presentar las solicitudes que consideren necesarias en relación con las pretensiones sobre la calificación que deba adoptarse. Vencido el término anterior, la calificación se verificará en un plazo máximo de quince (15) días hábiles³⁷.

5.1.1.2.3.- Calificación. El sumario se calificará profiriendo resolución de acusación, la cual se notificará a los sujetos procesales, y una vez ejecutoriada, se remitirá el expediente al juzgado competente para la respectiva etapa de juicio, o se puede calificar profiriendo resolución de preclusión de la instrucción, igualmente se notificará, y una vez ejecutoriada se archivarán las diligencias y hace tránsito a cosa juzgada.

5.1.2.- ETAPA DE CAUSA O JUICIO

Con la ejecutoria de la resolución de acusación comienza la etapa del juicio y adquieren competencia los jueces encargados del juzgamiento y el Fiscal General de la Nación o su delegado la calidad de sujeto procesal. Al día siguiente de recibido el proceso por secretaría se pasarán las copias del expediente al despacho y el original quedará a disposición común de los sujetos procesales por el término de quince (15) días hábiles, para preparar las audiencias preparatoria y

³⁷ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Ver artículo 393 s.s. sobre cierre de investigación y calificación del merito del sumario.

pública, solicitar las nulidades originadas en la etapa de la investigación y las pruebas que sean procedentes³⁸.

Finalizado el término de traslado común, y una vez se haya constatado que la competencia no corresponde a una autoridad judicial de mayor jerarquía, el juez citará a los sujetos procesales para la realización de una audiencia preparatoria dentro de los cinco (5) días siguientes, cuyo fin es decretar nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, El juez podrá decretar pruebas de oficio. Además, se fijará fecha y hora para la celebración de la audiencia pública dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.

Llegado el día y la hora se celebrará la audiencia pública, y el juez interrogará personalmente al sindicado acerca de los hechos y sobre todo aquello que conduzca a revelar su personalidad. De igual manera se podrá escuchar a los funcionarios de policía judicial que intervinieron en la investigación y esclarecimiento de los hechos. Los sujetos procesales podrán interrogar al sindicado, e inmediatamente se procederá a la práctica de las pruebas, de lo cual se dejará constancia en acta, pudiendo utilizarse los medios mecánicos autorizados en la ley. En este momento se podrá variar la calificación jurídica provisional, una vez concluida la práctica de pruebas.

Seguidamente el juez concederá la palabra en el siguiente orden: fiscal, representante del ministerio público, apoderado de la parte civil, sindicado y defensor. El sindicado podrá, en el momento de concedérsele la palabra, designar un vocero para que lo haga en su representación, quien deberá tener las mismas calidades del defensor.

Cabe mencionar que, le corresponde al juez la dirección de la audiencia pública, y además, es obligatoria la asistencia del fiscal y la del defensor. La presencia del procesado privado de la libertad será necesaria, salvo su renuencia a comparecer. Finalizada la práctica de pruebas y la intervención de los sujetos procesales en la audiencia, el juez decidirá dentro de los quince (15) días siguientes.

En los casos en que el Juez tenga certeza acerca de la responsabilidad o de la inocencia del procesado, al finalizar la audiencia anunciará el sentido de su fallo y procederá a su redacción y motivación dentro de los cinco días siguientes. En todo caso dicha sentencia será condenatoria o absolutoria, y además es irreformable por el mismo juez o sala de decisión. (art. 412 C.P.P.).

³⁸ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Ver artículo 400 s.s. sobre etapa de juicio.

Una vez la ejecución de la sanción penal, impuesta mediante sentencia debidamente ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el ministerio público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios.

Es de anotar que, la ley penal contempla unos mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad, subrogados penales o beneficios a los condenados, entre los que se encuentran: la libertad condicional, la cual podrá solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, la libertad condicional acompañando la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario, copia de la cartilla biográfica y los demás documentos que prueben los requisitos exigidos en el Código Penal, los que deberán ser entregados a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes. Una vez, recibida la solicitud, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, resolverá dentro de los tres (3) días siguientes, mediante auto interlocutorio en el cual se impondrán las obligaciones a que se refiere el Código Penal, cuyo cumplimiento se garantizará mediante caución. (arts 480, 481 CPP)

El Juez concederá la libertad condicional al condenado a pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años, cuando haya cumplido las tres quintas partes de la condena, siempre que de su buena conducta en el establecimiento carcelario pueda el Juez deducir, motivadamente, que no existe necesidad para continuar con la ejecución de la pena. El período de prueba será el que falte para el cumplimiento total de la condena.

Otro beneficio es la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y que para que proceda, se hace necesario cumplir algunos requisitos tales como: Que la pena impuesta sea de prisión que no exceda de tres años y que los antecedentes personales, sociales y familiares del sentenciado, así como la modalidad y gravedad de la conducta punible sean indicativos de que no existe necesidad de ejecución de la pena. Además, se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con la conducta punible³⁹.

El reconocimiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la libertad condicional comporta las siguientes obligaciones para el beneficiario: Informar todo cambio de residencia, observar buena conducta, reparar los daños ocasionados con el delito, a menos que se demuestre que está en imposibilidad económica de hacerlo, comparecer personalmente ante la autoridad judicial que

³⁹ ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Editorial Leyer, 2007. Ver artículo 63 sobre mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad.

vigile el cumplimiento de la sentencia, cuando fuere requerido para ello, y no salir del país sin previa autorización del funcionario que vigile la ejecución de la pena. Estas obligaciones se garantizarán mediante caución.

5.2.- SISTEMA PROCESAL PENAL BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 906 DE 2004

Antes de iniciar con la descripción de este sistema, es importante anotar, que el mismo tuvo su origen con la modificación de los artículos 250 y 251 de la Constitución Política, mediante Acto Legislativo No. 03 de 2002, los cuales quedaron de la siguiente forma:

“ARTICULO 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por Miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas. El juez que ejerza las funciones de control de garantías, no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento, en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función. La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

PARÁGRAFO. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional”.

“ARTICULO 251. Son funciones especiales del Fiscal General de la Nación:

1. Investigar y acusar, si hubiere lugar, a los altos servidores que gocen de fuero constitucional, con las excepciones previstas en la Constitución.

2. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, a los servidores bajo su dependencia.

3. Asumir directamente las investigaciones y procesos, cualquiera que sea el estado en que se encuentren, lo mismo que asignar y desplazar libremente a sus servidores en las investigaciones y procesos. Igualmente, en virtud de los principios de unidad de gestión y de jerarquía, determinar el criterio y la posición que la Fiscalía deba asumir, sin perjuicio de la autonomía de los fiscales delegados en los términos y condiciones fijados por la ley.

4. Participar en el diseño de la política del Estado en materia criminal y presentar proyectos de ley al respecto.

5. Otorgar, atribuciones transitorias a entes públicos que puedan cumplir funciones de Policía Judicial, bajo la responsabilidad y dependencia funcional de la Fiscalía General de la Nación.

*6. Suministrar al Gobierno información sobre las investigaciones que se estén adelantando, cuando sea necesaria para la preservación del orden público”.*⁴⁰

Con este preámbulo, se pasará a continuación a describir el trámite del procedimiento penal oral acusatorio. Igualmente se hacen algunas precisiones como las siguientes. De la misma manera que en el anterior sistema, se deben observar las normas rectoras como: dignidad humana, libertad⁴¹, igualdad, imparcialidad, oralidad, defensa, lealtad, intimidad, gratuidad, publicidad, juez natural, integración, presunción de inocencia, entre otros.

Cabe destacar que un proceso penal se inicia con una denuncia, querrela o petición especial, en consecuencia, por la comisión de un delito cometido por una persona, se origina acción penal y acción civil

Por lo tanto, existe la jurisdicción penal ordinaria que tiene por objeto, la persecución y el juzgamiento de los delitos cometidos en el territorio nacional, y los cometidos en el extranjero en los casos que determinen los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Colombia y la legislación interna.

⁴⁰ Acto Legislativo N. 03 de 2002

⁴¹ El artículo 3º. del Código de Procedimiento Penal, fue modificado por el artículo 1º. de la ley 1142 de 2007.

Esta jurisdicción penal está compuesta por los siguientes organismos: La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, los Juzgados Penales de Circuito Especializados, los Juzgados Penales de Circuito, los Juzgados Penales Municipales, los Juzgados Promiscuos Municipales cuando resuelven asuntos de carácter penal, los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y los Jurados en las causas criminales, en los términos que determine la ley. También ejercerán jurisdicción penal las autoridades judiciales que excepcionalmente cumplen funciones de control de garantías y el Congreso de la República y la Fiscalía General de la Nación ejercerán determinadas funciones judiciales. Y la competencia de ellos, está determinada en la misma ley⁴².

Como novedad se incluye, para el engranaje del sistema, la creación del juez de control de garantías, cuya función será ejercida por un juez penal municipal del lugar en que se cometió el delito. El juez que ejerza el control de garantías quedará impedido para conocer del mismo caso en su fondo.

Como se mencionó anteriormente, la comisión de una conducta punible genera acción penal, y es el Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, quien está obligada a ejercerla y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en el Código de P. Penal. Y no podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías.

5.2.1.- PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO

5.2.1.1.- Ministerio Público. Intervendrá en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. El Procurador General de la Nación directamente o a través de sus delegados constituirá agencias especiales en los procesos de significativa y relevante importancia, de acuerdo con los criterios internos diseñados por su despacho, y sin perjuicio de que actúe en los demás procesos penales. Además, los personeros distritales y municipales actuarán como agentes del Ministerio Público en el proceso penal y ejercerán sus competencias en los

⁴² TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Consultar artículos 31, 32 s.s.

Juzgados Penales y Promiscuos del Circuito y Municipales y ante sus Fiscales Delegados, sin perjuicio de que en cualquier momento la Procuraduría General de la Nación los asuma y en consecuencia los desplace.

5.2.1.2.- Fiscalía General de la Nación. Está integrada por el Fiscal General de la Nación, el Vicefiscal, los fiscales y los funcionarios que él designe y estén previstos en el estatuto orgánico de la institución para esos efectos.

Para el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, tiene las siguientes atribuciones: (se complementa con las descritas en el art. 251 CN (ver páginas No. 76 a 78)

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito.
2. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones definidos por en la misma ley.
3. Ordenar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, y poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
4. Asegurar los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando su cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción.
5. Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente ejerce su cuerpo técnico de investigación, la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.
6. Velar por la protección de las víctimas, testigos y peritos que la Fiscalía pretenda presentar.
7. Ordenar capturas, de manera excepcional y en los casos previstos en el código, y poner a la persona capturada a disposición del juez de control de garantías, a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
8. Solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
9. Presentar la acusación ante el juez de conocimiento para dar inicio al juicio oral.
10. Solicitar ante el juez del conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiere mérito para acusar.

11. Intervenir en la etapa del juicio en los términos establecidos en la ley.

12. Solicitar ante el juez del conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

13. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos por la ley.

14. Solicitar nulidades cuando a ello hubiere lugar.

5.2.1.3.- La Defensa. Estará a cargo del abogado principal que libremente designe el imputado o, en su defecto, por el que le sea asignado por el Sistema Nacional de Defensoría Pública. La designación del defensor del imputado deberá hacerse desde la captura, si hubiere lugar a ella, o desde la formulación de la imputación. En todo caso deberá contar con este desde la primera audiencia a la que fuere citado. El presunto implicado en una investigación podrá designar defensor desde la comunicación que de esa situación le haga la Fiscalía. (art. 118)

5.2.1.4.- Imputado. El carácter de parte como imputado se adquiere desde su vinculación a la actuación mediante la formulación de la imputación o desde la captura, si esta ocurriere primero. A partir de la presentación de la acusación adquirirá la condición de acusado. (art. 126)

Cuando al fiscal no le haya sido posible localizar a quien requiera para formularle imputación o tomar alguna medida de aseguramiento que lo afecte, solicitará ante el juez de control de garantías que lo declare persona ausente adjuntando los elementos de conocimiento que demuestren que ha insistido en ubicarlo. La Fiscalía General de la Nación estará obligada a verificar la correcta identificación o individualización del imputado, a fin de prevenir errores judiciales.

5.2.1.5.- Víctimas. Para efectos legales, son las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño directo como consecuencia del injusto. La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este. (art. 132)

5.2.2.- ORALIDAD EN LA ACTUACIÓN. Todos los procedimientos de la actuación, tanto preprocesales como procesales, serán orales. Se dispondrá el empleo de los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado, de conformidad con las siguientes reglas, y se prohíben las reproducciones escritas, salvo los actos y providencias que el código expresamente autorice:

1. En las actuaciones de la Fiscalía General de la Nación o de la Policía Judicial que requieran declaración juramentada, conservación de la escena de hechos delictivos, registro y allanamiento, interceptación de comunicaciones o cualquier otro acto investigativo que pueda ser necesario en los procedimientos formales, será registrado y reproducido mediante cualquier medio técnico que garantice su fidelidad, genuinidad u originalidad.

2. En las audiencias ante el juez que ejerce la función de control de garantías se utilizará el medio técnico que garantice la fidelidad, genuinidad u originalidad de su registro y su eventual reproducción escrita para efecto de los recursos. Al finalizar la diligencia se elaborará un acta en la que conste únicamente la fecha, lugar, nombre de los intervinientes, la duración de la misma y la decisión adoptada.

3. En las audiencias ante el juez de conocimiento, además de lo anterior, deberá realizarse una reproducción de seguridad con el medio técnico más idóneo posible, la cual solo se incorporará a la actuación para el trámite de los recursos consagrados en el mismo código.

4. El juicio oral deberá registrarse íntegramente, por cualquier medio de audio video, o en su defecto audio, que asegure fidelidad.

El registro del juicio servirá únicamente para probar lo ocurrido en el juicio oral, para efectos del recurso de apelación.

Una vez anunciado el sentido del fallo, el secretario elaborará un acta del juicio donde constará la individualización del acusado, la tipificación dada a los hechos por la Fiscalía, la autoridad que profirió la decisión y el sentido del fallo. Igualmente, el secretario será responsable de la inalterabilidad del registro oral del juicio.

5. Cuando la ley exija la presencia del imputado ante el juez para efectos de llevar a cabo la audiencia preparatoria o cualquier audiencia anterior al juicio oral, a discreción del juez dicha audiencia podrá realizarse a través de comunicación de audio video, caso en el cual no será necesaria la presencia física del imputado ante el juez.

El dispositivo de audio video deberá permitirle al juez observar y establecer comunicación oral y simultánea con el imputado y su defensor, o con cualquier testigo. El dispositivo de comunicación por audio video deberá permitir que el imputado pueda sostener conversaciones en privado con su defensor.

La señal del dispositivo de comunicación por audio video se transmitirá en vivo y en directo, y deberá ser protegida contra cualquier tipo de interceptación.

La conservación y archivo de los registros será responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación durante la actuación previa a la formulación de la imputación. A partir de ella, del secretario de las audiencias. En todo caso, los intervinientes tendrán derecho a la expedición de copias de los registros⁴³.

En las audiencias que tengan lugar con ocasión de la persecución penal, las cuestiones que se debatan serán resueltas en la misma audiencia. Las personas allí presentes se considerarán notificadas por el solo proferimiento oral de una decisión o providencia.

5.2.3.- PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. Todas las audiencias que se desarrollen durante la etapa de juzgamiento serán públicas y no se podrá denegar el acceso a nadie, sin decisión judicial previa. Aun cuando se limite la publicidad al máximo, no podrá excluirse a la Fiscalía, el acusado, la defensa, el Ministerio Público, la víctima y su representación legal.

El juez podrá limitar la publicidad de todos los procedimientos o parte de ellos, previa audiencia privada con los intervinientes, y sin limitar el principio de contradicción. No se podrá, en ningún caso, presentar al indiciado, imputado o acusado como culpable. Tampoco se podrá, antes de pronunciarse la sentencia, dar declaraciones sobre el caso a los medios de comunicación so pena de la imposición de las sanciones que corresponda.

5.2.4.- AUDIENCIAS PRELIMINARES. Las actuaciones, peticiones y decisiones que no deban ordenarse, resolverse o adoptarse en audiencia de formulación de acusación, preparatoria o del juicio oral, se adelantarán, resolverán o decidirán en audiencia preliminar, ante el juez de control de garantías⁴⁴. En consecuencia, se tramitará en audiencia preliminar:

1. El acto de poner a disposición del juez de control de garantías los elementos recogidos en registros, allanamientos e interceptación de comunicaciones ordenadas por la Fiscalía, para su control de legalidad dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
2. La práctica de una prueba anticipada.

⁴³ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Consultar artículo 146 s.s.

⁴⁴ El artículo 154 del Código de Procedimiento Penal, fue modificado por el artículo 12 de la ley 1142 de 2007.

3. La que ordena la adopción de medidas necesarias para la protección de víctimas y testigos.
4. La que resuelve sobre la petición de medida de aseguramiento.
5. La que resuelve sobre la petición de medidas cautelares reales.
6. La formulación de la imputación.
7. El control de legalidad sobre la aplicación del principio de oportunidad.
8. Las que resuelvan asuntos similares a los anteriores.

Esas audiencias preliminares deben realizarse con la presencia del imputado o de su defensor. La asistencia del Ministerio Público no es obligatoria.

Cabe destacar, que las actuaciones se desarrollarán con estricto cumplimiento de los términos procesales, y que su inobservancia injustificada será sancionada.

Las decisiones que se adopten en el trámite del proceso se denominan providencias judiciales, y son de diferentes clases:

Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en única, primera o segunda instancia, o en virtud de la casación o de la acción de revisión.

Autos, si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.

Ordenes, si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación o evitar el entorpecimiento de la misma. Serán verbales, de cumplimiento inmediato y de ellas se dejará un registro.

Dichas providencias deben notificarse, y por regla general se notifican a las partes en estrados. En caso de no comparecer a la audiencia a pesar de haberse hecho la citación oportunamente, se entenderá surtida la notificación salvo que la ausencia se justifique por fuerza mayor o caso fortuito. En este evento la notificación se entenderá realizada al momento de aceptarse la justificación. y se deberá llevar un registro de las notificaciones realizadas tanto en audiencia como fuera de ella, para lo cual podrá utilizar los medios técnicos idóneos.

5.2.5.- DURACIÓN DE LA ACTUACIÓN. El término de que dispone la Fiscalía para formular la acusación, solicitar la preclusión o aplicar el principio de oportunidad, no podrá exceder de treinta (30) días contados desde el día siguiente a la formulación de la imputación, salvo lo previsto en el artículo 294. La audiencia preparatoria deberá realizarse por el juez de conocimiento a más tardar dentro de

los treinta (30) días siguientes a la audiencia de formulación de acusación. La audiencia del juicio oral tendrá lugar dentro de los treinta (30) días siguientes a la conclusión de la audiencia preparatoria⁴⁵.

Para garantizar el debido proceso, contra las decisiones de los funcionarios judiciales, proceden los recursos ordinarios de ley, como reposición y apelación; extraordinarios como el de casación y la acción de revisión.

5.2.6.- ETAPA DE INDAGACION E INVESTIGACION. Como se ha observado existen órganos encargados de adelantar esta función, tales como la Fiscalía General de la Nación quien es la encargada de realizar la indagación e investigación de los hechos que revistan características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, querrela, petición especial o por cualquier otro medio idóneo. En desarrollo de esta función, por conducto del fiscal director de la investigación, le corresponde la dirección, coordinación, control jurídico y verificación técnico-científica de las actividades que desarrolle la policía judicial, en los términos previstos en la ley. Por policía judicial se entiende la función que cumplen las entidades del Estado para apoyar la investigación penal y, en ejercicio de las mismas, dependen funcionalmente del Fiscal General de la Nación y sus delegados.

Para tal efecto, ejercen permanentemente las funciones de policía judicial los servidores investidos de esa función, pertenecientes al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación, a la Policía Nacional y al Departamento Administrativo de Seguridad, por intermedio de sus dependencias especializadas. En los lugares del territorio nacional donde no hubiere miembros de policía judicial de la Policía Nacional, estas funciones las podrá ejercer la Policía Nacional. Además de los anteriores, ejercen funciones de policía judicial de manera especial y dentro de sus competencias, los siguientes órganos: La Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, las autoridades de tránsito, las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control, los directores nacional y regional del INPEC, los directores de los establecimientos de reclusión y el personal de custodia y vigilancia, conforme con lo señalado en el Código Penitenciario y Carcelario, los alcaldes y los inspectores de policía. Los directores de estas entidades, en coordinación con el Fiscal General de la Nación, determinarán los servidores públicos de su dependencia que integrarán las unidades correspondientes.

Además de los anteriores, ejercen funciones de policía judicial, de manera transitoria, los entes públicos que, por resolución del Fiscal General de la Nación,

⁴⁵ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 175 s.s.

hayan sido autorizados para ello. Estos deberán actuar conforme con las autorizaciones otorgadas y en los asuntos que hayan sido señalados en la respectiva resolución.

El objeto de esta etapa es la de determinar si ha existido conducta, si es típica, y de ser positivo lo anterior, identificar e individualizar al autor del mismo, para ello se recolectarán los elementos materiales probatorios y evidencias físicas

Para lo anterior, se hace necesario adelantar diligencias como entrevistas a testigos y víctimas, investigación de campo, investigación de laboratorio, inspección a lugar del hecho, o a lugar diferente, peritazgos, registros o allanamientos, interceptación de comunicaciones, etc. En cuanto a estas dos últimas diligencias, de encontrarse elementos materiales probatorios y evidencia física se embalarán y rotularán para el registro de cadena de custodia y para su control de legalidad se hará en una audiencia preliminar ante juez de control de garantías dentro de las 24 horas siguientes a la diligencia.

Se entiende por elementos materiales probatorios y evidencia física, los siguientes: Huellas, rastros, manchas, residuos, vestigios y similares, dejados por la ejecución de la actividad delictiva; Armas, instrumentos, objetos y cualquier otro medio utilizado para la ejecución de la actividad delictiva; Dinero, bienes y otros efectos provenientes de la ejecución de la actividad delictiva; Los elementos materiales descubiertos, recogidos y asegurados en desarrollo de diligencia investigativa de registro y allanamiento, inspección corporal y registro personal; Los elementos materiales obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, video o cualquier otro medio avanzado, utilizados como cámaras de vigilancia, en recinto cerrado o en espacio público; entre otros.

5.2.7.- INTERROGATORIO AL INDICIADO. El fiscal o el servidor de policía judicial, según el caso, que tuviere motivos fundados de acuerdo con los medios cognoscitivos previstos en la ley, para inferir que una persona es autora o partícipe de la conducta que se investiga, sin hacerle imputación alguna, le dará a conocer que tiene derecho a guardar silencio y que no está obligado a declarar contra sí mismo ni en contra de su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad. Si el indiciado no hace uso de sus derechos y manifiesta su deseo de declarar, se podrá interrogar en presencia de un abogado. En este punto el imputado puede aceptar los cargos, que lo debe hacer de manera libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga⁴⁶.

⁴⁶ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículos 282, 283 s.s.

5.2.8.- FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN. El fiscal hará la imputación fáctica y jurídica cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la información legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga. De ser procedente, el fiscal podrá solicitar ante el juez de control de garantías la imposición de la medida de aseguramiento que corresponda.

La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia oral y pública que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías. (art. 286). Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:

1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.
2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.
3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351. Rebaja que podría ser hasta de la mitad de la pena a imponer.

La formulación de la imputación se cumplirá con la presencia del imputado o su defensor, ya sea de confianza o, a falta de este, el que fuere designado por el sistema nacional de defensoría pública.

Con la formulación de la imputación la defensa podrá preparar de modo eficaz su actividad procesal, sin que ello implique la solicitud de práctica de pruebas, salvo las excepciones reconocidas en el código.

Si el indiciado, habiendo sido citado, y, sin causa justificada así sea sumariamente, no compareciere a la audiencia, esta se realizará con el defensor que haya designado para su representación. Si este último tampoco concurriere a la audiencia, sin que justifique su inasistencia, el juez procederá a designarle defensor en el mismo acto, de la lista suministrada por el sistema nacional de defensoría pública, en cuya presencia se formulará la imputación.

Si el imputado, por iniciativa propia o por acuerdo con la Fiscalía acepta la imputación, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación.

Examinado por el juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo sin que a partir de entonces

sea posible la retractación de alguno de los intervinientes, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y sentencia.

Vencido el término previsto en el artículo 175 el fiscal deberá solicitar la preclusión o formular la acusación ante el juez de conocimiento. De no hacerlo, perderá competencia para seguir actuando de lo cual informará inmediatamente a su respectivo superior.

En este evento el superior designará un nuevo fiscal quien deberá adoptar la decisión que corresponda en el término de treinta (30) días, contados a partir del momento en que se le asigne el caso. Vencido el plazo, si la situación permanece sin definición el imputado quedará en libertad inmediata, y la defensa o el Ministerio Público solicitarán la preclusión al juez de conocimiento.

5.2.9.- MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO. El fiscal solicitará al juez de control de garantías imponer medida de aseguramiento, indicando la persona, el delito, los elementos de conocimiento necesarios para sustentar la medida y su urgencia, los cuales se evaluarán en audiencia permitiendo a la defensa la controversia pertinente⁴⁷.

Para el efecto, son medidas de aseguramiento: Privativas de la libertad, como detención preventiva en establecimiento de reclusión y detención preventiva en la residencia señalada por el imputado, siempre que esa ubicación no obstaculice el juzgamiento. Y no privativas de la libertad como: la obligación de someterse a un mecanismo de vigilancia electrónica, la obligación de someterse a la vigilancia de una persona o institución determinada, la obligación de presentarse periódicamente o cuando sea requerido ante el juez o ante la autoridad que él designe, la obligación de observar buena conducta individual, familiar y social, con especificación de la misma y su relación con el hecho, la prohibición de salir del país, del lugar en el cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o lugares, la prohibición de comunicarse con determinadas personas o con las víctimas, siempre que no se afecte el derecho a la defensa, la prestación de una caución real adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, entrega de bienes o la fianza de una o más personas idóneas y la prohibición de salir del lugar de habitación entre las 6:00 p.m. y las 6:00 a.m.⁴⁸

⁴⁷ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 306 s.s.

⁴⁸ El artículo 313 del Código de Procedimiento Penal, fue modificado por el artículo 27 de la ley 1142 de 2007.

Para la procedencia de una medida de aseguramiento, es necesario el cumplimiento de unos requisitos como:

1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.
2. Que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.
3. Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia.

Una figura novedosa que se debe observar en este sistema, es el llamado principio de oportunidad, y consiste básicamente en que la Fiscalía General de la Nación está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación de éste principio. En consecuencia La Fiscalía podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

Para la aplicación del principio de oportunidad se deben dar, entre otras las siguientes causales: que el delito sea sancionado con pena privativa de la libertad que no exceda en su máximo de seis (6) años y se haya reparado integralmente a la víctima, de conocerse esta, además, pueda determinarse de manera objetiva la ausencia o decadencia del interés del Estado en el ejercicio de la correspondiente acción penal⁴⁹; cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de la misma conducta punible; cuando la persona fuere entregada a la Corte Penal Internacional a causa de la misma conducta punible. Tratándose de otra conducta punible solo procede la suspensión o la interrupción de la persecución penal; cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción a la que pudiera llevar la persecución en Colombia carezca de importancia al lado de la sanción que le hubiera sido impuesta con efectos de cosa juzgada contra él en el extranjero; cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada; cuando el imputado sirva como testigo principal de cargo contra los demás intervinientes, y su declaración en la causa contra ellos se haga bajo inmunidad total o parcial; cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva; cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia

⁴⁹ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 324 s.s.

restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas; cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado; cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

A su vez, el juez de control de garantías deberá efectuar el control de legalidad respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía de dar aplicación al principio de oportunidad, siempre que con esta se extinga la acción penal. Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía General de la Nación para sustentar la decisión. El juez resolverá de plano y contra esta determinación no procede recurso alguno.

La aplicación de este principio, tiene unos efectos, y es que la decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

5.2.10.- LA PRECLUSIÓN. Al igual que en el anterior sistema, en el presente también existe ésta figura. Y se presenta en cualquier momento, el fiscal solicitará al juez de conocimiento la preclusión, si no existiere mérito para acusar. Evento que se da a través de las siguientes causales: Imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, existencia de una causal que excluya la responsabilidad, de acuerdo con el Código Penal, inexistencia del hecho investigado, atipicidad del hecho investigado, ausencia de intervención del imputado en el hecho investigado, imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, vencimiento del término máximo previsto en el inciso segundo del artículo 294. Se puede dar también en la etapa de juicio⁵⁰.

Su trámite es: Previa solicitud del fiscal el juez citará a audiencia, dentro de los cinco (5) días siguientes, en la que se estudiará la petición de preclusión. Instalada la audiencia, se concederá el uso de la palabra al fiscal para que exponga su solicitud con indicación de los elementos materiales probatorios y evidencia física

⁵⁰ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 332 s.s.

que sustentaron la imputación, y fundamentación de la causal incoada. Acto seguido se conferirá el uso de la palabra a la víctima, al agente del Ministerio Público y al defensor del imputado, en el evento en que quisieren oponerse a la petición del fiscal.

La decisión de la preclusión produce unos efectos tales como: En firme la sentencia que decreta la preclusión, cesará con efectos de cosa juzgada la persecución penal en contra del imputado por esos hechos. Igualmente, se revocarán todas las medidas cautelares que se le hayan impuesto.

5.2.11.- ETAPA DE JUICIO

5.2.11.1.- La Acusación. El fiscal presentará el escrito de acusación ante el juez competente para adelantar el juicio cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe⁵¹. Por lo tanto, el escrito de acusación deberá contener:

1. La individualización concreta de quiénes son acusados.
2. Una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes.
3. El nombre y lugar de citación del abogado de confianza o, en su defecto, del que le designe el Sistema Nacional de Defensoría Pública.
4. La relación de los bienes y recursos afectados con fines de comiso.
5. El descubrimiento de las pruebas. Para este efecto se presentará documento anexo que deberá contener: Los hechos que no requieren prueba; La transcripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir al juicio, siempre y cuando su práctica no pueda repetirse en el mismo; El nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio; Los documentos, objetos u otros elementos que quieran aducirse, junto con los respectivos testigos de acreditación; La indicación de los testigos o peritos de descargo indicando su nombre, dirección y datos personales; Los demás elementos favorables al acusado en poder de la Fiscalía; y Las declaraciones o deposiciones.

La Fiscalía solamente entregará copia del escrito de acusación con destino al acusado, al Ministerio Público y a las víctimas, con fines únicos de información.

⁵¹ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 336 s.s.

Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo del escrito de acusación, el juez señalará fecha, hora y lugar para la celebración de la audiencia de formulación de acusación.

Abierta por el juez la audiencia, ordenará el traslado del escrito de acusación a las demás partes; concederá la palabra a la Fiscalía, Ministerio Público y Defensa para que expresen oralmente las causales de incompetencia, impedimentos, recusaciones, nulidades, si las hubiere, y las observaciones sobre el escrito de acusación, si no reúne los requisitos establecidos en el artículo 337, para que el fiscal lo aclare, adicione o corrija de inmediato. Resuelto lo anterior concederá la palabra al fiscal para que formule la correspondiente acusación. El juez deberá presidir toda la audiencia y se requerirá para su validez la presencia del fiscal, del abogado defensor y del acusado privado de la libertad.

Concluida la audiencia de formulación de acusación, el juez fijará fecha, hora y sala para la celebración de la audiencia preparatoria, la cual deberá realizarse en un término no inferior a quince (15) días ni superior a los treinta (30) días siguientes a su señalamiento.

Dentro de la audiencia de formulación de acusación se cumplirá lo relacionado con el descubrimiento de la prueba. A este respecto la defensa podrá solicitar al juez de conocimiento que ordene a la Fiscalía, o a quien corresponda, el descubrimiento de un elemento material probatorio específico y evidencia física de que tenga conocimiento, y el juez ordenará, si es pertinente, descubrir, exhibir o entregar copia según se solicite, con un plazo máximo de tres (3) días para su cumplimiento.

La Fiscalía, a su vez, podrá pedir al juez que ordene a la defensa entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en el juicio. Así mismo cuando la defensa piense hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes entregará a la Fiscalía los exámenes periciales que le hubieren sido practicados al acusado.

5.2.12.- PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES. Otra innovación de este sistema son los llamados preacuerdos y negociaciones, que se dan entre la fiscalía y el imputado o el acusado y que tienen por finalidad la de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la

definición de su caso, la Fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso⁵².

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la Nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.

Desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación, la Fiscalía y el imputado podrán llegar a un preacuerdo sobre los términos de la imputación. Obtenido este preacuerdo, el fiscal lo presentará ante el juez de conocimiento como escrito de acusación.

El fiscal y el imputado, a través de su defensor, podrán adelantar conversaciones para llegar a un acuerdo, en el cual el imputado se declarará culpable del delito imputado, o de uno relacionado de pena menor, a cambio de que el fiscal: Elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o algún cargo específico y tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena.

La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación.

5.2.13.- AUDIENCIA PREPARATORIA. El juez declarará abierta la audiencia con la presencia del fiscal, el defensor, el acusado, el Ministerio Público y la representación de las víctimas, si la hubiere. Para la validez de esta audiencia será indispensable la presencia del juez, fiscal y defensor. En desarrollo de la audiencia el juez dispondrá:

1. Que las partes manifiesten sus observaciones pertinentes al procedimiento de descubrimiento de elementos probatorios, en especial, si el efectuado fuera de la sede de la audiencia de formulación de acusación ha quedado completo. Si no lo estuviere, el juez lo rechazará.

2. Que la defensa descubra sus elementos materiales probatorios y evidencia física.

3. Que la Fiscalía y la defensa enuncien la totalidad de las pruebas que harán valer en la audiencia del juicio oral y público.

⁵² TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 348 s.s.

4. Que las partes manifiesten si tienen interés en hacer estipulaciones probatorias. En este caso decretará un receso por el término de una (1) hora, al cabo de la cual se reanudará la audiencia para que la Fiscalía y la defensa se manifiesten al respecto. Se entiende por estipulaciones probatorias los acuerdos celebrados entre la Fiscalía y la defensa para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

5. Que el acusado manifieste si acepta o no los cargos. En el primer caso se procederá a dictar sentencia reduciendo hasta en la tercera parte la pena a imponer, conforme lo previsto en el artículo 351. En el segundo caso se continuará con el trámite ordinario.

El juez decretará la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de pertinencia y admisibilidad. A solicitud de las partes, los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados.

Concluida la audiencia preparatoria, el juez fijará fecha, hora y sala para el inicio del juicio que deberá realizarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la terminación de la audiencia preparatoria

5.2.14.- ETAPA DE JUICIO ORAL. El día y hora señalados en la audiencia preparatoria, el juez instalará el juicio oral, previa verificación de la presencia de las partes⁵³.

Una vez instalado el juicio oral, el juez advertirá al acusado, si está presente, que le asiste el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse, y le concederá el uso de la palabra para que manifieste, sin apremio ni juramento, si se declara inocente o culpable. La declaración podrá ser mixta, o sea, de culpabilidad para alguno de los cargos y de inocencia para los otros. De declararse culpable tendrá derecho a la rebaja de una sexta parte de la pena imponible respecto de los cargos aceptados. Si el acusado se declara inocente se procederá a la presentación del caso.

De reconocer el acusado su culpabilidad, el juez deberá verificar que actúa de manera libre, voluntaria, debidamente informado de las consecuencias de su decisión y asesorado por su defensor. Igualmente, preguntará al acusado o a su

⁵³ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 366 s.s.

defensor si su aceptación de los cargos corresponde a un acuerdo celebrado con la Fiscalía.

5.2.14.1.- Presentación del Caso. Antes de proceder a la presentación y práctica de las pruebas, la Fiscalía deberá presentar la teoría del caso. La defensa, si lo desea, podrá hacer lo propio. Al proceder a la práctica de las pruebas se observará el orden señalado en audiencia preparatoria y las reglas previstas en el código.

5.2.14.2.- Práctica de Pruebas. Tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.

Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en el código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.

Toda prueba deberá ser solicitada o presentada en la audiencia preparatoria, salvo lo dispuesto en el inciso final del artículo 357, y se practicará en el momento correspondiente del juicio oral y público. Además en este punto deben observarse los principios de pertinencia, admisibilidad, publicidad, inmediación, contradicción de la prueba. Los medios de prueba, los elementos materiales probatorios y la evidencia física, se apreciarán en conjunto.

Para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio. La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Y para ello, es fundamental los medios de conocimiento; la prueba testimonial, la prueba pericial, la prueba documental, la prueba de inspección, los elementos materiales probatorios, evidencia física, el interrogatorio, contrainterrogatorio, o cualquier otro medio técnico o científico, que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se hacen efectivos de manera oral y pública en la respectiva audiencia, por parte de quien la presenció o la practicó.

5.2.14.3.- Alegatos de las Partes e Intervinientes. Terminada la práctica de las pruebas, el fiscal o el defensor podrán solicitar al juez la absolución perentoria cuando resulten ostensiblemente atípicos los hechos en que se fundamentó la acusación, y el juez resolverá sin escuchar alegatos de las partes e intervinientes⁵⁴.

⁵⁴ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 442 s.s.

El fiscal expondrá oralmente los argumentos relativos al análisis de la prueba, tipificando de manera circunstanciada la conducta por la cual ha presentado la acusación. Seguidamente, se dará el uso de la palabra al representante legal de las víctimas, si lo hubiere, y al Ministerio Público, en este orden, quienes podrán presentar sus alegatos atinentes a la responsabilidad del acusado. Finalmente, la defensa, si lo considera pertinente, expondrá sus argumentos los cuales podrán ser controvertidos exclusivamente por la Fiscalía. Si esto ocurriere la defensa tendrá derecho de réplica y, en todo caso, dispondrá del último turno de intervención argumentativa. Una vez presentados los alegatos, el juez declarará que el debate ha terminado y, de ser necesario, podrá decretar un receso hasta por dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo.

5.2.15.- DECISIÓN O SENTIDO DEL FALLO. La decisión será individualizada frente a cada uno de los enjuiciados y cargos contenidos en la acusación, y deberá referirse a las solicitudes hechas en los alegatos finales. El sentido del fallo se dará a conocer de manera oral y pública inmediatamente después del receso anterior, y deberá contener el delito por el cual se halla a la persona culpable, o inocente.

5.2.16.- INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA Y SENTENCIA. Si el fallo fuere condenatorio, o si se aceptare el acuerdo celebrado con la Fiscalía, el juez concederá brevemente y por una sola vez la palabra al fiscal y luego a la defensa para que se refieran a las condiciones individuales, familiares, sociales, modo de vivir y antecedentes de todo orden del culpable. Si lo consideraren conveniente, podrán referirse a la probable determinación de pena aplicable y la concesión de algún subrogado.

Escuchados los intervinientes, el juez señalará el lugar, fecha y hora de la audiencia para proferir sentencia, en un término que no podrá exceder de quince (15) días calendario contados a partir de la terminación del juicio oral.

5.2.17.- EJECUCION DE SENTENCIAS. La ejecución de la sanción penal impuesta mediante sentencia ejecutoriada, corresponde a las autoridades penitenciarias bajo la supervisión y control del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, en coordinación con el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad. En todo lo relacionado con la ejecución de la pena, el Ministerio Público podrá intervenir e interponer los recursos que sean necesarios. Para la aplicación de penas accesorias.

Al igual que en el sistema de ley 600 de 2000, en el presente, también se otorga unos beneficios o subrogados penales a los condenados como: La libertad condicional. En consecuencia, el condenado que se hallare en las circunstancias

previstas en el Código Penal podrá solicitar al juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la libertad condicional, acompañando la resolución favorable del consejo de disciplina, o en su defecto del director del respectivo establecimiento carcelario, copia de la cartilla biográfica y los demás documentos que prueben los requisitos exigidos en el Código Penal, los que deberán ser entregados a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes. Si se ha impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la libertad condicional.

Recibida la solicitud, el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad resolverá dentro de los ocho (8) días siguientes, mediante providencia motivada en la cual se impondrán las obligaciones a que se refiere el Código Penal, cuyo cumplimiento se garantizará mediante caución. La reducción de las penas por trabajo y estudio, al igual que cualquier otra rebaja de pena que establezca la ley, se tendrá en cuenta como parte cumplida de la pena impuesta o que pudiere imponerse

Otro beneficio es el de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, y para que proceda, se dará cumplimiento a lo dispuesto en el Código Penal (Arts. 63 y 64) y se fijará el término dentro del cual el beneficiado debe reparar los daños ocasionados con el delito, salvo que haya bienes secuestrados, decomisados o embargados, que garanticen íntegramente la indemnización. Si se ha impuesto pena accesoria de multa, su pago es requisito imprescindible para poder otorgar la condena de ejecución condicional, salvo las excepciones de ley⁵⁵.

⁵⁵ TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código de Procedimiento Penal Comentado. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Ver artículo 63 sobre suspensión condicional de la ejecución de la pena.

CONCLUSION

Las personas que intervienen en el proceso de contratación con el Estado, ya sea como contratistas, consultores, interventores, asesores externos, son consideradas de manera general como servidores públicos (art. 56 ley 80 de 1993), por ende la inhabilitación supone la prohibición de contratar directamente o por interpuesta persona, en tanto que la interdicción de derechos y funciones públicas, priva de la facultad de elegir y ser elegido, del ejercicio de cualquier otro derecho político función pública u oficial; y quien propone y celebra contratos con la administración ejerce una función pública.

La celebración indebida de contratos para el servidor público que vulnera la ley, durante la vigencia del nuevo sistema procesal penal oral acusatorio, le genera responsabilidad penal, civil, contractual, disciplinaria y fiscal principalmente.

Según la sistematización que se hace en el Libro Segundo, Título XV del Código Penal el bien jurídico tutelado en los delitos contra la administración pública, es un interés jurídico de orden funcional, en el sentido de que lo tutelado no son los órganos administrativos o la relación de poder entre ellos, sino la correcta función administrativa pública, como condición necesaria para que el Estado pueda enfrentar jurídicamente los conflictos sociales.

En cuanto a la celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, se observa que el sujeto activo es inicialmente calificado, toda vez que es un servidor público el autor del delito, el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico tutelado como lo es la administración pública, la conducta está regida por un verbo rector como: tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, y la pena que es la sanción a que se ve enfrentado el servidor publico que ha infringido la ley, son ellas: la prisión, la multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Las similitudes que existen entre el sistema de procedimiento penal previsto en la ley 600 de 2000 y el sistema vigente de ley 906 de 2004 son básicamente: La Fiscalía General de la Nación sigue siendo organismo de investigación los diferentes medios probatorios se mantienen, y se practican de la misma forma, existen los mismos sujetos procesales, existen los mismos recursos para impugnar las decisiones.

Las diferencias que existen entre el sistema de procedimiento penal previsto en la ley 600 de 2000 y el sistema vigente de ley 906 de 2004 son básicamente: El primero es un sistema acusatorio mixto, existen dos etapas; una de investigación adelantada por la Fiscalía General de la Nación y otra de causa o juicio

adelantada por los juzgados. La Fiscalía dicta medidas de aseguramiento y órdenes de captura de forma autónoma, versiona, indaga, precluye investigaciones, los términos para el cumplimiento de las actuaciones son demasiado largos. En el segundo sistema prevalece la oralidad y publicidad en el trámite del proceso, es un sistema eminentemente garantista. La Fiscalía General de la Nación es un ente investigativo exclusivamente, en el que todas las actuaciones de fondo que pretenda ejecutar debe solicitarlas ante un juez de Control de Garantías o ante Juez de Conocimiento, como la de formular una imputación, solicitar una medida de aseguramiento, una orden de captura, formular un desistimiento, una preclusión, una acusación, etc. Los términos de duración del proceso son reducidos.

La presente investigación se convierte en una herramienta de gran utilidad tanto para estudiantes de pregrado, servidores públicos, contratistas, consultores, interventores, asesores, para la administración pública en general y para la sociedad. Con ello lo que se ha pretendido inicialmente es socializar el sistema penal oral acusatorio.

BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA VALLEJO, Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal. Décimo Novena Edición. Bogotá Editorial Leyer, 16 de enero de 2007. 794 p.p.

CASTAÑEDA DIAZ Augusto y GOMEZ SEVILLA Francy Eugenia. Delitos Contra la Administración Pública. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2006. 361 p.p.

ARBOLEDA VALLEJO, Mario y RUIZ SALAZAR, José Armando. Nuevo Código Penal Comentado. Bogotá, Editorial Leyer mayo de 2006. 968 p.p.

IGUARAN ARANA, Mario Germán. Manual de Procedimientos de la Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio. Bogotá D.C. Colombia, mayo de 2005. 226 p.p.

TORO LUCENA, Oscar y CAJICA, Eduardo. Código Penal y Código de Procedimiento Penal. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, febrero de 2007. 542 p.p.

MARTINEZ RAVE, Gilberto. Procedimiento Penal Colombiano. Bogotá Colombia: Editorial Temis, abril de 2006. 824 p.p.

CARDENAS GONZALES, Alberto. Procedimiento Penal Teórico Práctico. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez C. Ltda. febrero de 2006. 803 p.p.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal Parte General. Bogotá: Editorial Temis S.A., Décimo Primera Edición, 1987. 328 p.p.

COMISION INSTITUCIONAL PARA LA IMPLEMENTACION DEL SISTEMA ACUSATORIO. Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Bogotá: septiembre de 2005. 298 p.p.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE COLOMBIA Y DEPARTAMENTO DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS. Seminario Taller Sistema Acusatorio y Técnicas en el Juicio Oral. Bogotá: junio de 2006. 357 p.p.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial LEGIS, Bogotá: 2007. p.p.p 417

LEY 890 de 2004, por medio de la cual se modificó y adicionó el Código Penal, y aumentó las penas en las conductas punibles.

LEY 1142 de 2007 por medio de la cual se reforma parcialmente la ley 906 de 2004 y la ley 599 de 2000.

MORALES RESTREPO, Didier Régimen de la Contratación Estatal Anotado. Ley 80 de 1993, Editorial Leyer. Décimo Quinta Edición. Bogotá: Septiembre de 2007. 398 p.p.

MORALES RESTREPO, Didier Ley 1150 de 2007, Editorial Leyer. Bogotá: Septiembre de 2007. 38 p.p.

LEY 734 de 2002, o Código Disciplinario Unico, Editorial DMS Ediciones e Investigaciones.

LEY 610 de 2000, Trámite de procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Editorial DMS Ediciones e Investigaciones.

DECRETO 01 de 1980 o Código Contencioso Administrativo. Editorial DMS Ediciones e Investigaciones.

PEÑA PEÑA. Rogelio Enrique. Código Civil Colombiano. ECOE Ediciones. Bogotá: 2004. 511 p.p.

CODIGO DE COMERCIO. Editorial DMS Ediciones e Investigaciones.

SENTENCIA 18911 del 13 de octubre de 2004 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Colombia. Magistrado Ponente, Doctor Mauro Solarte Portilla.

SENTENCIA P27637 del 27 de junio de 2007 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Colombia. Magistrado Ponente, Doctor Mauro Solarte Portilla.

SENTENCIA C-592 del 9 de junio de 2005. Corte Constitucional, Colombia. Magistrado Ponente Doctor. Alvaro Tafur Galvis.