

**LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO ESTATAL: SU
PROTECCIÓN PENAL E INCIDENCIA EN LA CORRUPCIÓN PÚBLICA**

Trabajo de investigación para optar al título de Magíster en Derecho Penal

**Presentado por:
JEOFREY ALFONSO TRONCOSO MOJICA**

**DIRECTOR:
CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS DE COLOMBIA EN CONVENIO CON LA
UNIVERSIDAD SALAMANCA DE ESPAÑA
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ D.C.
Diciembre de 2013**

NOTA DE ACEPTACIÓN

Director del Trabajo de Investigación

Jurado

Jurado

Jurado

Bogotá D.C., _____

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a Dios por ser la fuente de creación y quien siempre guía mi camino. A la memoria de mis padres quienes me dieron la vida e inculcaron prístinos valores basados en el respeto y el sentido crítico. A mi esposa Naty y a mis hijos Jeliam, Emilio, Jeofrey Jr. y Shania, por ser la razón de ser de tantos sacrificios y luchas.

AGRADECIMIENTOS

Al profesor CARLOS GUILLERMO CASTRO CUENCA su dedicación, enseñanza y paciencia. A los jurados de tesis doctores JOSÉ GUILLERMO EDUARDO FERRO TORRES, CARLOS ROBERTO SOLÓRZANO GARAVITO y JAIME ALBERTO SANDOVAL MESA, por sus valiosos comentarios y observaciones.

A los doctores MARTHA LILIANA ESCOBAR, FREDIS SUÁREZ SUÁREZ, JAVIER MÚNERA OVIEDO, JOSÉ FRANCISCO CASTILLO TUIRÁN, JAVIER FONTALVO LÓPEZ (Q.E.P.D), ÁNGEL ENRIQUE VÉLEZ, ÁLVARO MUÑIZ AFANADOR, JORGE MARTÍNEZ ACOSTA y ROSALBA ARRIETA DE VERA, por el apoyo incondicional para la culminación de este trabajo.

CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO: APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA PARA ABORDARLO.....	25
I. MARCO TEÓRICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES: SU NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN LEGAL.....	26
1.1 Naturaleza de los contratos del Estado.....	27
1.1.1 Actos de autoridad y actos de gestión.....	28
1.1.2 Teoría de la sustantividad del contrato de la Administración Pública....	30
1.1.3 Teoría de la unidad o identidad del contrato estatal y el privado.....	31
1.1.4 El individualismo jurídico.....	32
1.1.5 El unilateralismo jurídico.....	33
1.1.6 El interés público.....	34
1.1.7 El modelo anglosajón.....	35
1.1.8 En el derecho italiano.....	35
II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: DESARROLLO LEGAL.....	36
2.1 Antecedentes históricos y legislativos.....	36
2.2 Recepción de la teoría de la unidad o identidad del contrato.....	44
2.3 Influencia del neoliberalismo.....	46
III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTALIZACIÓN PARA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA.....	47
3.1 Corrupción pública y su relación con los contratos del Estado.....	48
3.2 Etiología de la corrupción en los contratos del Estado.....	51
3.2.1 Aspecto interno de la corrupción (motivación del sujeto).....	51
3.2.2 Aspecto externo de la corrupción (factores que la facilitan).....	53
3.2.3 Aspecto material (beneficio extraposicional).....	54
3.3 Efectos de la corrupción en la contratación estatal.....	55
3.3.1 Afectación de la libre competencia empresarial.....	55
3.3.2 Deslegitimación del sistema democrático.....	57
3.3.3 Ineficiencia de la Administración Pública.....	58

3.4. Medidas contra la corrupción contractual en Colombia.....	59
3.5 La corrupción en los tratados y convenios internacionales.....	62
 CAPÍTULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL DELITO Y LAS DESVIACIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	64
 I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL DELITO: PRESUPUESTO DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL.....	65
1.1 Contenido del principio de legalidad en el derecho penal.....	67
1.2 Teoría de las normas penales.....	70
1.2.1 Normas penales según su naturaleza.....	71
1.2.2 Normas según su ubicación y estructura del sistema jurídico.....	72
1.2.3 Normas según su estructura lógica.....	73
1.3 Principio de tipicidad.....	75
1.3.1 Elementos normativos del tipo.....	76
1.3.2 Técnica legislativa de los tipos en blanco.....	77
1.3.3 Posición de la Corte Constitucional frente a los tipos en blanco.....	78
1.3.4 Posición de la Corte Suprema de Justicia frente a los tipos en blanco.....	80
1.4 Determinación y precisión de los presupuestos del delito.....	82
 II. DEFRAUDACIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA ILEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL COMPARADO.....	85
2.1 En la legislación de Alemania.....	86
2.2 En la legislación de Francia.....	87
2.3 En la legislación de Estonia.....	88
2.4 En la legislación de México.....	88
2.5 En la legislación de Brasil.....	90
2.6 En la legislación de Colombia.....	90
 III. OTRAS DESVIACIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL COMPARADO.....	92
3.1 El fraude funcional.....	92
3.1.1 Código Penal de Guatemala.....	93
3.1.2 Código Penal de Honduras.....	93
3.1.3 Código Penal de Perú.....	94
3.1.4 Código Penal de Uruguay.....	94

3.2	La alteración de precios en concursos y subastas públicas.....	94
3.3	El favoritismo.....	96
3.4	El fraude en las licitaciones.....	97
3.5	El fraude durante la ejecución del contrato.....	98
CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL.....		100
I. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN.....		101
1.1	Delimitación de la teoría del bien jurídico.....	101
1.2	La Administración Pública como objeto de tutela penal.....	106
II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: BIEN JURÍDICO OBJETO DE TUTELA.....		111
2.1	El principio de legalidad en el derecho administrativo.....	112
2.2	El principio de legalidad en la contratación administrativa.....	114
2.3	Tutela penal de la legalidad contractual.....	117
III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL: ANTIJURIDICIDAD MATERIAL O FORMAL?.....		120
3.1	Análisis del bien jurídico de la legalidad contractual.....	121
3.2	Eficacia de otros instrumentos de protección.....	131
CAPÍTULO CUARTO: TIPIFICACIÓN PENAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL EN COLOMBIA Y SUS PROBLEMÁTICAS.....		136
I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO.....		137
1.1	Antecedentes legislativos.....	137
1.2	Requisitos esenciales según el Estatuto Contractual.....	140
1.3	Los requisitos esenciales según la jurisprudencia.....	145
1.4	Examen de constitucionalidad del tipo penal.....	150

II. LAS POSTURAS INTERPRETATIVAS DEL TIPO NORMATIVO: PROBLEMA DOGMÁTICO LATENTE.....	152
2.1. Salvamento de voto de la sentencia C-917 de 2001.....	152
2.2 Posiciones adversas de la doctrina.....	154
2.3 Criterio del Consejo de Estado.....	161
III. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DOMINANTE.....	164
3.1 En cuanto a la determinación judicial del tipo normativo.....	164
3.2 En cuanto a la tesis unitaria del contrato estatal.....	168
3.3 En cuanto al elemento normativo del tipo y la teoría del error.....	170
3.4 En cuanto a la autoría y participación.....	172
CAPÍTULO QUINTO: HACIA UN DELITO ACORDE CON LA REALIDAD Y LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS VIGENTES.....	177
I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: MEDIO Y FIN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.....	178
1.1 Jurisprudencia de conceptos.....	178
1.2 Jurisprudencia de intereses.....	179
1.3 Jurisprudencia de los valores.....	180
1.4 Panorámica teórico jurídica actual.....	180
1.5 Análisis del derecho colombiano.....	185
II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: REALIDAD OFICIAL.....	191
III. PROPUESTA INTERPRETATIVA: HACIA UN DELITO PARA AFRONTAR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	198
CONCLUSIONES.....	211
BIBLIOGRAFÍA.....	231

ABREVIATURAS

Art.: Artículo.

Arts.: Artículos.

EU o EEUU: Estados Unidos de América.

E.C.E.: Estatuto de Contratación Estatal.

CDP: Certificado de Disponibilidad Presupuestal.

CIIU: Clasificación Industrial Internacional Uniforme.

Conc.: Concordancia.

CONFECAMARAS: Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio.

C.P.: Código Penal.

CPA y CCA: Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

C. Pol.: Constitución o Carta Política.

C.S.J.: Corte Suprema de Justicia.

D.: Decreto o Decreto Reglamentario.

D.L.: Decreto Ley o Decreto Extraordinario.

DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

DNP: Departamento Nacional de Planeación.

Dr.: Doctor.

Dra.: Doctora.

D.O.: Diario Oficial.

D.O.F.: Diario Oficial de la Federación.

(E): Encargado o encargada.

ECE: Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993).

G-3: Grupo de los Tres (México, Colombia y Venezuela).

L.: Ley.

L.O.: Ley Orgánica.

Mod.: Modificado.

M.P.: Magistrado (a) Ponente.

Num. o Nral.: Numeral.

PIB: Producto Interno Bruto.

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

ONG.: Organización No Gubernamental.

Pág.: Página.

Págs.: Páginas.

RP: Registro Presupuestal.

SECOP: Sistema Electrónico para la Contratación Pública.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo Español.

TLC: Tratado de Libre Comercio.

UE: Unión Europea.

U.I. Única Instancia.

RESUMEN

El presente trabajo intenta identificar los requisitos legales *esenciales de los contratos* de la Administración Pública en Colombia, como núcleo de la protección penal y su incidencia en la corrupción pública, a fin de establecer si pueden los jueces por vía interpretativa definir los requisitos esenciales del contrato, sin vulnerar los principios de legalidad estricta y de reserva de ley, también analizar, si dogmáticamente resulta adecuada la protección del principio de legalidad de la Administración Pública para enfrentar la corrupción generada en las contrataciones estatales indebidas.

Para ello, fueron desarrollados cinco capítulos que corresponden a los objetivos específicos trazados en la investigación, así: en el primer capítulo se precisará la fundamentación teórica de los contratos de la Administración Pública y su instrumentalización en la corrupción del sector estatal. En el segundo capítulo se examinará el principio de legalidad en el derecho penal y su relación con las desviaciones en la contratación administrativa. En el tercer capítulo se revisará la antijuridicidad del tipo objeto de estudio y el alcance de la protección penal. En el cuarto capítulo se analizará la tipificación del delito y sus problemáticas en el derecho penal colombiano, y en el último capítulo, se aspira a describir una concepción del delito que se aproxime a las actuales interrelaciones sociales y las categorías dogmáticas vigentes, según los resultados de la política criminal actual y las variables correspondientes.

ABSTRACT

The present thesis intends to identify the essential legal requirements of the contracts of the public administration in Colombia, as the core of the penal protection and its effect on the public corruption, in order to do so, it will be determined whether judges can, through interpretation, define the essential requirements of the contracts without transgressing the principle of the legality, also analyze, if dogmatically this results in the adequate protection of the principle of legality of the public administration to confront corruption caused by unlawful contracting.

To this end, five chapters were developed that correspond to the specific objectives laid out in the research. The first chapter will define the theoretical foundation of the Public Administration contracts and its application in the corruption of the state sector. The second will examine the principle of legality in criminal law and its relationship with the deviations in administrative contracting. The third chapter will review the unlawfulness of the type object of study and the reach of the penal protection. The fourth chapter will analyze the legal description of the crime and its problems in Colombian criminal law. The last chapter aspires to describe the conception of the crime that approaches the current social interrelationships and the existing dogmatic categories, according to the results of the actual criminal policy and the corresponding variables.

INTRODUCCIÓN

El auge de la contratación en la Administración Pública se remonta a la época comprendida entre la Edad Media e inicios del siglo XIX en Francia, donde la relación de negocios entre Estado y los particulares se hacía más frecuente, al presentarse los síntomas del debilitamiento institucional y el surgimiento del contractualismo social. La imposibilidad del Estado para cumplir directamente sus tareas industriales y el fortalecimiento de la economía burguesa, originaron el contrato de concesión de los servicios públicos y otras formas de contratación como la de obra, de suministro y de gestión de servicios públicos.

La ineficiencia del Estado en la prestación directa de los servicios públicos, conllevó a lo largo del tiempo al aumento progresivo de la contratación con los particulares, generando todo tipo de disertaciones teóricas en torno al derecho contractual y especialmente en la regulación de la contratación administrativa. Pero más allá de ese plano teórico sobre las nuevas prácticas de gestión pública, históricamente las transformaciones política-económicas del modelo de Estado, vienen incidiendo en el comportamiento de la contratación.

Paralelo al elevado índice de la contratación administrativa, por la eficacia en las políticas públicas y cumplimiento de fines estatales que ello significaba, se ejecutaban prácticas de corrupción con las cuales se satisfacían compromisos personales, familiares y políticos, contrariando los principios de igualdad e imparcialidad de la gestión administrativa, en algunos casos; o en otros, empezó a instrumentalizarse la contratación de la Administración, para la defraudación del patrimonio estatal. En suma, la corrupción por la contratación pública, de manera progresiva aumentaba como el nuevo instrumento eficaz para fines mezquinos de ciertos funcionarios del Estado, pero yacía en el plano de la impunidad por falta de una política-criminal, dado su reciente surgimiento y la orfandad de regulación.

En esta forma de corrupción, la doctrina delimita tres elementos presentes en cada una de las fases. Uno *interno de la corrupción* referido al motivo *ex ante* de la voluntad de la Administración, donde el interés personal del funcionario reemplaza la objetividad de la función pública. Un elemento *adjetivo de la corrupción*, que se manifiesta en las actuaciones irregulares desplegadas por el funcionario para conseguir sus propósitos, y un *aspecto material* referido a los beneficios extrapositionales derivados de la ejecución del contrato público.

En nuestro país, la política criminal de enfrentar la corrupción en la contratación estatal, tiene como primer antecedente legislativo el Código Penal del año 1936 que eleva a categoría de delito algunas conductas desviadas de la actividad contractual (artículo 162). Entre ellas, cuando en la licitación pública, celebración o liquidación del contrato de la Administración, se utilizaren maniobras engañosas o acuerdos clandestinos con los interesados, para obtener cualquier resultado; o cuando el funcionario o el particular que transitoriamente desempeñara funciones públicas, directa o indirectamente se interesaren en provecho propio, de cualquier clase de contrato u operación en que debían intervenir en ejercicio de su cargo.

Más tarde, el anteproyecto de Código Penal del año 1976, dedicó un capítulo a la celebración indebida de contratos de la Administración Pública, bajos las siguientes modalidades delictivas: 1) Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 172); 2) Concertación fraudulenta (artículo 172); 3) interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 173); 4) Aprobación o celebración indebida de contratos (artículo 174); 5) pactar precios superiores a los permitidos en los contratos de arrendamiento o enajenación de inmuebles (artículo 175); 6) Adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, inservible, innecesario o suntuario (artículo 176). Con este preproyecto, el Estado buscaba un mayor grado de intervención penal en la contratación pública.

En un tercer momento legislativo, dado el uso frecuente de la contratación con particulares y el desarrollo legal sobre la materia, se expide el Código Penal del año 1980 (D.L. 100 de 1980), que recogió -en un capítulo- tres modalidades delictivas, presentadas en el anteproyecto de Código Penal del año 1976, a saber: **1. Violación de régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (artículo 144); 2. Interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145); y 3. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales (artículo 146).** Estas tres conductas punibles aún subsisten, la última de ellas centrará el objeto de la presente investigación.

Meses más tarde, el Decreto 141 de 1980 “aclara” el originario artículo 146 del Código Penal de 1980. En realidad este Decreto hizo una reforma sustantiva al recién expedido Código Penal de 1980, en cuanto agregó al ingrediente normativo del tipo objetivo el adjetivo “*esenciales*”. A partir de esta reforma introducida al tipo normativo, no cualquier requisito legal de los contratos de las entidades oficiales era trascendente desde la perspectiva dogmática penal, ya que debía exigirse mayor rigurosidad en la cualificación del ingrediente valorativo: el requisito legal debía ser *esencial*, para poder adecuarse al tipo objetivo.

Con esta nueva valoración del tipo objetivo, adicionada al Código Penal de 1980, inician las disquisiciones sobre qué debe entenderse por requisitos *esenciales* del contrato de la Administración Pública. En principio no existía mayor controversia, pues la jurisprudencia había aceptado que por tratarse de un tipo en blanco debía acudir a las normas extrapenales del momento (artículos 13 y 17 del Decreto 150 de 1976), y éstas, aunque dispersas (unas para la Nación, los departamentos y municipios, otras para las intendencias y comisarías), fijaban de manera expresa algunos requisitos especiales que diferenciaban el contrato del derecho público del contrato del derecho común.

Luego surge el Decreto – Ley 222 de 1983, que si bien no definía taxativamente los requisitos esenciales de los contratos de la Administración Pública, traía unas exigencias específicas para el perfeccionamiento de estos negocios: de una parte, reenviaba a los mismos presupuestos señalados por el derecho común para las contrataciones entre los particulares, y de otra, enlistaba de forma expresa unos requisitos especiales para la celebración de la contratación pública.

Con la expedición de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Pública), surgen problemas hermenéuticos respecto del ingrediente normativo del tipo penal, por cuanto ninguna definición ni interpretación hizo el nuevo Estatuto Contractual sobre el tema. En su artículo 41, sin mayor aporte a la problemática dogmática que aquí se analizará, la Ley 80 dispuso que los contratos estatales se perfeccionan cuando se logra el acuerdo sobre el *objeto* y la *contraprestación* y se solemniza a través de *escrito*. Aparentemente este artículo 41, hacía la definición legal de los requisitos esenciales de las fases de celebración (perfeccionamiento) y de ejecución del contrato estatal.

Sin embargo, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que siguen vigentes, han ido más allá del precepto legal, señalando que además de la escritura y del acuerdo de voluntades, existen otros requisitos esenciales con relevancia penal, contenidos en la axiología de la Carta Política, que son previos, concomitantes o posteriores a la celebración del contrato estatal. En una sentencia del año 2000, la Sala de Casación Penal de la Corte, sentó el dogma conforme al cual los principios constitucionales y legales de la Administración Pública, son los requisitos esenciales a que hace referencia el tipo normativo.

Con la expedición del Código Penal del año 2000, Colombia, siguiendo el modelo Europeo del Derecho Penal, reformula el concepto de tipicidad acuñado en el Código Penal de 1980, concibiéndola como la definición *inequívoca, expresa y clara*

de las características básicas del tipo penal. Con esta nueva orientación dogmática, la conducta humana sólo puede reprocharse penalmente cuando infrinja los tipos de mandato o de prohibición descritos de manera expresa, previa e inequívoca en la ley penal, o en las normas extrapenales que excepcionalmente completan la prohibición legal, para el caso de los tipos en blanco.

A pesar de esa orientación de esencia demo – liberal, el Código Penal vigente, fue indiferente a la discusión suscitada en la contratación estatal, pues en líneas generales mantuvo la misma redacción del otrora artículo 146 del Código de 1980, salvo en lo que respecta al ingrediente subjetivo del tipo (*con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero*), que fue suprimido por el Legislador. De resto, la única referencia expresa al ingrediente normativo, la hizo en forma asistemática el Legislador Extraordinario en el artículo 25 del Decreto 2150 de 1995, cuando determinó: “...se entiende por formalidades plenas la elaboración de un documento escrito, firmados por las partes en el que además de establecer los elementos esenciales del contrato, se incluyen las demás cláusulas a que haya lugar, ...”. [Se destaca].

En suma, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con algunos matices concretados en ciertos fallos, ha fijado el criterio uniforme según el cual dentro de los requisitos esenciales del contrato estatal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y “por encima de los demás”, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que el *deber ser* de los trámites previos, de las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la Administración, devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas que sirven de fundamento al contemporáneo Estado Social y Democrático de Derecho.

Situación que ante la complejidad de la contratación administrativa y el desarrollo permanente de la legislación, lleva a la jurisprudencia penal al extremo de afirmar que la licencia ambiental constituye requisito legal esencial en ciertos contratos de obras civiles, no obstante que la exigencia de este permiso provenga de una regulación jurídica especial (Ley 99 de 1993) y no haga parte de los elementos o condiciones legales de validez de la contratación pública. Postura que igualmente sirve para deducir que cualquier otra exigencia instrumental, contenida en la ley o en los reglamentos administrativos es de la *esencia* del contrato estatal, facultando al juez penal para auscultar tanto el nacimiento como la liquidación del contrato y de acuerdo con su percepción jurídica, concluir si el delito se configuró o no.

Para el Consejo de Estado, en cambio, debe diferenciarse entre los requisitos de la *esencia* y la *validez* de los contratos, ya que si el negocio no reúne los primeros se reputa inexistente y por ende no produce efecto jurídico alguno, sin requerir de declaración judicial. Mientras que sin los segundos (de validez), el negocio alcanza su existencia y surte efectos, pero es susceptible de ser anulado por las causales de ilegalidad absoluta o relativa del contrato, ante el juez competente. De contera, el máximo Tribunal de lo contencioso administrativo, siendo fiel al artículo 41 de la Ley 80 de 1993, ha dejado claro que los únicos requisitos esenciales del contrato estatal, son el *objeto* y la *contraprestación*, elevados a documento escrito.

El debate jurídico es llevado al Tribunal Constitucional. Al enjuiciar la legitimidad del delito objeto de estudio, la Corte Constitucional no hizo un estudio de fondo respecto de los requisitos esenciales de los contratos estatales, pues la falta de formulación suficiente del cargo en la demanda, conllevó a que se refrendara la exequibilidad de la norma, fundada en la juridicidad de los tipos penales en blanco (sentencia C-917 de 2001). A consecuencia de este fallo, se dejó sin análisis el contenido de las normas extrapenales del Estatuto Contractual, para valorar la eventual ambigüedad demandada, la ponderación del ámbito de protección del tipo penal y de paso, si la prohibición debía ser retirada del ordenamiento.

A raíz de la decisión de la Corte Constitucional, se mantiene vigente la tesis de la Corte Suprema de Justicia, según la cual los requisitos esenciales de los contratos de la Administración Pública, engloban un concepto omnímodo disperso en varios ordenamientos jurídicos que, además de los trámites que deben agotarse en la respectiva etapa de la contratación, comprende todos los principios orientadores de la actividad contractual consagrados en nuestra Carta Política y desarrollados por el legislador a través del Código Contencioso Administrativo y del Estatuto de Contratación de la Administración Pública.

Pese a las variables introducidas en los casi veinte años de vigencia del actual régimen de contratación pública en Colombia, persiste la falta de determinación legal de los requisitos esenciales del contrato de la Administración Pública, ya que el juicio valorativo trazado por la jurisprudencia pacífica de los Tribunales Ordinario y Constitucional, bajo esa concepción omnicomprensiva del supuesto de hecho del tipo objetivo, simbólicamente funciona como “punta del *iceberg*” para las reiteradas condenas por el delito de *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*.

Las elaboraciones académicas y jurisprudenciales en torno a los requisitos esenciales del contrato estatal, buscan mecanismos o argumentos jurídicos para

diferenciar los elementos básicos del contrato de derecho privado de los propios del contrato público, resultando -en la mayoría de los casos- coincidentes respecto de los presupuestos de validez (competencia y capacidad respectivamente para consentir el negocio, objeto y causa lícita, solemnidades especiales en cuanto al objeto y las contraprestaciones), pero sin respuesta uniforme en cuanto al vacío normativo sobre la definición legal de los requisitos de la esencia del contrato estatal y cuál debe ser -materialmente- el bien jurídico objeto de protección penal.

De contera, desde el plano de la *tipicidad* que entre otros temas abordaremos, la definición inequívoca de tales requisitos esenciales -presupuesto estructurante del delito que se estudiará-, al no aparecer taxativa ni claramente definido en las reglas extrapenales de complemento (Estatuto Contractual), origina elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales, que únicamente ofrecen justificaciones teleológicas sentadas como dogmas institucionales, buscando soluciones pragmáticas ante la vaguedad del tipo normativo y con ello enviar un buen mensaje de respuesta a la sociedad frente al fenómeno de la corrupción pública.

Más allá del utilitarismo desde el punto de vista de la política criminal del Estado y de la eficacia mediática que representa la actual aplicación del tipo penal frente al fenómeno de la corrupción generada por la contratación pública, esta investigación se interesará por examinar si la intervención penal es dogmáticamente adecuada y legítima frente a los factores criminógenos presentes en la contratación estatal.

Ahora, en cuanto al bien jurídico objeto de tutela penal, la jurisprudencia considera que el tipo protege el *principio de legalidad*, entendido como la observancia de la axiología de la Constitución Política, de las normas legales y reglamentarias para la formación, celebración y liquidación de los contratos de la Administración Pública, dentro de ellos, los presupuestos de existencia y de validez establecidos en las reglas generales del derecho común. Aspectos que serán examinados en la investigación, para verificar el verdadero bien jurídico merecedor de la protección penal y no recaer ante la antijuridicidad formal o simple inconformidad entre la conducta y el precepto jurídico, enhorabuena superada, lo cual traería consigo una política criminal inadecuada frente a los nuevos retos del siglo XXI.

Si bien la tesis argumentativa expuesta por jurisprudencia para la aplicación de la norma, se asienta en la protección del bien jurídico de la Administración Pública y del principio de legalidad, analizaremos si ello corresponde a una interpretación dogmática penal de los tipos normativos, o si en el fondo se trata de una decisión político-criminal que sirve sólo para mostrar cuantitativamente la respuesta estatal

contra uno de los factores que más corrupción administrativa y desigualdad social genera en nuestro país, frente a los resultados de la percepción ciudadana (IPC) sobre la corrupción, realizada por la ONG Transparencia Internacional, cuyo índice ubicó a Colombia, en el puesto número 94 de 176 países evaluados en el Mundo y en el escaño 20 de 31 naciones del continente Americano, en el año 2012.

Con este trabajo se intentará verificar si la postura sentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para determinar los *requisitos legales esenciales* del contrato estatal, como ingrediente valorativo, -configurador de un delito contra la Administración Pública- deja zanjada la discusión con el rigor científico que el caso amerita, en especial desde el enfoque dogmático de la tipicidad y antijuridicidad material que aquí se abordará. Actualmente el tema reviste mayor importancia por dos factores. El primero porque la contratación representa un promedio del 12% del PIB¹ del país; y el segundo, porque la tendencia es que la contratación pública se perfila progresivamente en los compromisos de globalización económica.

Al estar en presencia de normas extrapenales de derecho administrativo, resulta ineludible dedicar un breve estudio teórico a la contratación pública. Es hora de abordar el problema con profundidad científica, para revivir los estudios y debates suscitados en el pasado, y con ello someterlos al escrutinio de la comunidad académica, a fin de perfilar conductas punibles que se aproximen al contexto político, económico y social actual, o de establecer si por vía interpretativa puede mantenerse la vigencia de un tipo penal de más treinta y cinco (35) años. Todo ello, conduce a formular los siguientes problemas de investigación:

¿Ante la falta de *taxatividad, claridad y univocidad* legal, pueden los jueces por vía interpretativa definir los requisitos esenciales del contrato de la Administración Pública, sin vulnerar los principios de legalidad estricta y de reserva de ley?

¿Será dogmáticamente adecuada la protección del principio de legalidad de la Administración Pública, para enfrentar la corrupción administrativa generada en las contrataciones estatales indebidas?

¹ Información tomada de la exposición del Dr. Álvaro Navas Patrón, Vicecontralor General de la República. (Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Página 92). Consultado de la siguiente página web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136

Los problemas anteriormente planteados, serán abordados considerando los siguientes juicios hipotéticos: 1) Si el delito de celebración de contratos *sin cumplimiento de los requisitos legales*, viola el principio de estricta legalidad por carecer de definición clara e inequívoca en el ingrediente normativo. 2) Si puede la jurisprudencia por vía hermenéutica determinar la significación y alcance de la prohibición penal, sin desconocer el principio de reserva de ley. 3) Si resulta dogmáticamente adecuada la protección del *principio de legalidad* de la Administración Pública, para contrarrestar la corrupción administrativa derivada de la contratación estatal indebida.

Para resolver la problemática, partiremos de un objetivo general que consistirá en identificar los requisitos *esenciales* de los contratos de la Administración Pública como núcleo de la protección penal y su incidencia en la corrupción pública.

Con tal propósito, se trazarán cinco objetivos específicos para ser desarrollados en los respectivos capítulos: en el primer objetivo, se precisará la fundamentación teórica de los contratos de la Administración Pública y su instrumentalización en la corrupción del sector estatal. El segundo, examinará el principio de legalidad en el derecho penal y su relación con las desviaciones en la contratación administrativa. En el tercero, se revisará la antijuridicidad del tipo objeto de estudio y el alcance de la protección penal. En el cuarto, se analizará la tipificación del delito y sus problemáticas en el derecho penal colombiano. Y en el último objetivo, se aspira a describir una concepción del delito que se aproxime a las actuales interrelaciones sociales y las categorías dogmáticas vigentes.

En el primer capítulo, las referencias al derecho administrativo resultan obligadas por cuanto debe abordarse la protección penal de los contratos estatales, a partir de dichas normas extrapenales. Por ello, se hará una breve revisión teórica del desarrollo de la contratación en el derecho administrativo dentro de un contexto histórico, político y socio económico, según la regulación de las legislaciones de Europa, Latinoamérica y Colombia. Luego, un breve estudio de la evolución del contrato público en nuestro país, desde la independencia hasta la actualidad. Al final se estudiará el fenómeno de la corrupción en la Contratación Pública, sus causas, efectos, las dificultades prácticas para identificar su ocurrencia, así como la respuesta político criminal y cumplimiento de los compromisos internacionales.

En el segundo capítulo, se retomará el principio de legalidad en el derecho penal y su relación con las desviaciones de la contratación administrativa. Se realizará un breve estudio de las normas penales y algunas formas de criminalización de la

celebración indebida de los contratos estatales en el derecho comparado, bajo la tutela del principio de legalidad administrativa en la tramitación, celebración y liquidación del contrato estatal. Por último, se expondrán otros instrumentos -en el derecho comparado- para enfrentar penalmente las irregularidades cometidas en el desarrollo de la contratación de las administraciones públicas.

En el tercer capítulo, se abordará el principio de legalidad de los contratos estatales, como bien jurídico objeto de tutela, según el tratamiento en el derecho comparado y la legislación Colombiana. Se ambientará la disertación con un breve estudio del bien jurídico desde el enfoque ontológico – naturalista con el que inicialmente fue concebido, hasta las teorías sociológicas que explican su legitimación en el derecho penal. Se examinará la evolución de la Administración Pública, como bien jurídico tutelado por el derecho penal que involucra componentes orgánicos, funcionales y misionales, por medio de los cuales el Estado busca la estabilidad de sus instituciones y el cumplimiento de sus cometidos político-sociales, en especial la satisfacción de necesidades colectivas.

Al final del tercer capítulo presentaremos un análisis dialéctico sobre el principio de legalidad de la contratación administrativa, como bien jurídico merecedor de tutela penal, según la interpretación judicial imperante, y destacaremos cómo la *libre competencia económica* se perfila en el verdadero núcleo de la protección penal, pues nuestro ordenamiento contempla diversas formas de protección del principio de legalidad y de los principios basilares de la Administración Pública.

En el cuarto capítulo, se analizará la tipificación del delito y sus problemáticas en el derecho penal colombiano. Se efectuará una exposición de los antecedentes legislativos de la conducta prohibida y del estado del arte. Se abordarán varias elaboraciones académicas frente a los requisitos esenciales de los contratos estatales como ingrediente normativo del tipo, en las cuales se revelan las posturas convergentes y divergentes sobre la temática, mirada desde varios sectores de la doctrina, desde el salvamento de voto dentro del juicio de constitucionalidad realizado al tipo penal y el criterio del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en cuanto al principio de legalidad contractual.

Por último se analizará, si la aplicación extensiva adoptada por la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema de Justicia y abrigada por la Corte Constitucional, basada en una interpretación axiológica del delito, guarda correspondencia dogmática con la conducta prohibida objeto de esta investigación (los requisitos esenciales del contrato estatal), especialmente se examinará la determinación

judicial del tipo valorativo, la visión unitaria del contrato estatal, la teoría del error frente al ingrediente normativo y las formas de coparticipación penal.

En el quinto capítulo, se evaluarán las respuestas político-criminales para contrarrestar el fraude a los procesos de contratación estatal y se auscultará una concepción que aproxime un delito acorde con las actuales interrelaciones sociales y las categorías dogmáticas vigentes. Para lo cual, se analizarán los modelos teóricos vigentes para la interpretación justa de las normas de derecho, en especial del derecho penal y con ello verificar si la solución hermenéutica dispensada por nuestra jurisprudencia -ante la falta de claridad y precisión del tipo normativo estudiado-, se acompasa a los postulados del moderno Estado social y democrático de derecho, adoptado en Colombia.

Se mostrará cuantitativamente el comportamiento de las modalidades de selección para la escogencia de contratistas durante los últimos tres años, a fin de tener una visión contextualizada de la importancia del contrato estatal y de la eficacia del derecho penal en la lucha contra la corrupción que allí se genera, para así constatar si efectivamente se respetan los procesos de convocatoria pública de selección de los contratistas, impuestos por el Estatuto Contractual.

Al finalizar -y sin ninguna pretensión distinta a la exposición de ideas inherentes a la actividad académica, se harán algunas propuestas interpretativas para enfrentar el fenómeno de la corrupción en la contratación de la Administración Pública, a través de medidas que intenten involucrar en mayor medida los bienes realmente afectados, las conductas concretas y periféricas que inciden eficazmente en los actos corruptivos, especialmente la de los agentes públicos y ciertos particulares a quienes podrían calificarse de *genios invisibles de la contratación*²: comprometidos en la realización eficaz de la actividad desviada, pero cuya impunidad mantiene incólume las prácticas corruptivas.

En la presente investigación, se acudió a distintas fuentes bibliográficas de autores nacionales y extranjeros, a sentencias de altos Tribunales de la justicia, a legislaciones históricas y actualizadas, revistas, archivos e información estadística de organismos públicos y privados, entre otras bases del conocimiento, detalladas al final del trabajo. Material debidamente analizado y delimitado, en cuanto a su pertinencia con el tema objeto de esta tesis.

² Retomando el inmarcesible calificativo de “los genios invisibles de la ciudad” de Guglielmo Ferrero (Ferrero, Guglielmo. Poder – Los Genios invisibles del Ciudad. Traducción de Eloy García. Editorial Tecnos S.A., segunda edición revisada. Madrid – España. 1998. Páginas 72, 73).

Para desarrollar cada uno de los objetivos propuestos, se partió de conocimientos fundamentales del derecho penal, del derecho administrativo, de la sociología jurídica, de criminología, del derecho privado y de ciencias económicas, los cuales fueron analizados dentro de un razonamiento lógico, para finalmente formular juicios específicos frente a la hermenéutica trazada por la línea jurisprudencial. Para ello se aplicaron los métodos deductivo, analítico y sintético de investigación.

Por otra parte, se tomó la tesis expuestas por nuestra jurisprudencia respecto de la interpretación de la conducta prohibida y del núcleo de la tutela penal, y al ser confrontada con la tendencia de los procesos contractuales mediante convocatoria pública, -durante los últimos tres años- permitió inferir que la amenaza de pena no habría logrado su propósito disuasorio (prevención general negativa³), ni de prevención prospectiva del delito (prevención general positiva⁴), por cuanto la práctica de eludir los procesos contractuales públicos va en constante aumento.

Por consiguiente, al integrar la prohibición normativa adoptada hace más de treinta y cinco años de creación del delito con factores situacionales de tiempo, modo y el derecho comparado, permite inferir que fueron superados los motivos que dieron origen a la aparición del tipo penal, resultando necesario un replanteamiento de la política criminal vigente, para establecer nuevas alternativas de tipificación de las desviaciones ocurridas en las adjudicaciones de los contratos públicos, máxime en el contexto de la globalización de las relaciones económicas. A raíz de las distintas variables y complejos de procesos analizados durante este trabajo, se acudió a una valoración crítica de los fenómenos asociados al objeto de estudio, lo cual fue posible mediante el método dialéctico⁵.

Finalmente, atendiendo la interpretación gramatical del tipo normativo, en esta tesis se parte de dos conceptos sustancialmente diferenciados: la contratación pública y el contrato público. La contratación estatal, pública o administrativa, es el conjunto de procedimientos, trámites y gestiones de la Administración íntimamente ligados a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos que requiere el Estado. Los contratos estatales, públicos, de la Administración Pública o

³ Teoría surgida de J.P. Anselm Von Feurbach (Lesch, Heiko H. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2000. Página 41).

⁴ Lesch, Heiko H. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2000. Páginas 48, 49.

⁵ Giraldo Ángel, Jaime; Giraldo López Mónica; Giraldo López Alejandro. Metodología y técnica de la investigación sociojurídica. Legis Editores S.A., primera edición. Bogotá D.C., 1999. Páginas 34, 35.

administrativos, son en cambio, el acto jurídico individual generador de las obligaciones y prestaciones para las partes suscribientes.

De allí, que una primera precisión para adentrarnos a este complejo tema estribé, en que el objeto jurídico del tipo penal que se examinará (requisitos esenciales) debe recaer sobre el contrato y no sobre la contratación estatal. Dicho en otros términos, no es igual estudiar los requisitos legales de la contratación estatal (principios y reglas de procedimiento) que los requisitos esenciales del contrato estatal (acuerdo sobre el objeto y remuneración, elevado a escrito).

CAPÍTULO PRIMERO: UNA APROXIMACIÓN AL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN TEÓRICA PARA ABORDARLO

En este capítulo se desarrollará el primer objetivo de investigación, sobre la fundamentación teórica de los contratos estatales y su instrumentalización en la corrupción del sector público. Con tal fin, se partirá de una breve revisión teórica del desarrollo de la contratación en el derecho administrativo, sin desnaturalizar el contenido penal de esta elaboración académica, dentro de un contexto histórico, político y socio económico, hasta llegar a su regulación en las legislaciones de Europa, Latinoamérica y Colombia, habida cuenta que el presente trabajo está referido a la protección penal del *principio de legalidad* del contrato estatal, por cuenta del reenvío normativo dispuesto en la conducta punible identificada en el problema de investigación.

También se verá cómo los cambios de paradigmas políticos, económico y social de nuestro país, han incidido profundamente en la regulación de la contratación de la Administración Pública, frente al *raquitismo* de la política criminal del Estado en esa materia, por permanecer estática desde hace más de treinta y cinco años de vigencia del delito, pese a las permanentes transformaciones y reformas jurídicas del contrato estatal en el derecho público. Para lo cual, delimitaremos el estudio de la contratación administrativa en el derecho público, desde la independencia de Colombia hasta nuestros días.

Las referencias al derecho administrativo resultan obligadas, al haberse abordado el ámbito de protección penal de los contratos de la Administración, a través de las correspondientes normas extrapenales.

Al final, descenderemos al fenómeno de la corrupción en la Contratación Pública, sus causas, efectos, las dificultades prácticas para identificar su ocurrencia, así como la respuesta político criminal y los compromisos internacionales dispuestos para enfrentar dicho fenómeno, ante la simulación de procesos contractuales aparentemente ajustados a derecho, prácticas de sobornos, lavados de activos y la imperceptibilidad del tráfico ilícito de voluntades, asociado al impacto económico y social que la corrupción representa.

I. MARCO TEÓRICO DE LOS CONTRATOS ESTATALES: SU NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y REGULACIÓN LEGAL

Sobre la definición del contrato estatal, entendido como el instrumento más común empleado por la Administración Pública para la satisfacción de sus cometidos, la opinión no es del todo uniforme. En efecto, la primera apreciación sería la de concebir al contrato estatal como un acuerdo de voluntades encaminado a crear obligaciones recíprocas de *dar, hacer o no hacer*⁶, entre las partes suscribientes. Esta simple definición, sería adecuada atendiendo las características generales de los contratos en cuanto a los requisitos de validez, su onerosidad, los elementos esenciales y de la naturaleza, y la concepción sinalagmática del mismo.

No obstante y he aquí el punto de partida del presente trabajo, dada la *teleología* de los contratos de la Administración Pública y los beneficios económicos que reportan para el contratista, bien por la prestación de servicios o la enajenación de bienes requeridos por las entidades estatales, el legislador reguló tanto la parte sustantiva como procedimental de estos negocios jurídicos *sui generis*, con miras a la satisfacción de los derechos e intereses colectivos⁷ y a la protección del patrimonio público.

De suerte que al existir una regulación propia para la escogencia del contratista, para la instrumentalidad de los actos previos y conclusivos, y para la ejecución del contrato, no parece del todo apropiado referirse a esta tipología contractual como un acuerdo de voluntades dirigido a crear obligaciones y derechos, sino que dada la especialidad del derecho administrativo, se hace referencia al contrato estatal como aquél acto jurídico –bilateral- generador de obligaciones que celebran las entidades públicas⁸ previstos en el derecho privado o en reglas especiales, para la satisfacción de las necesidades colectivas de los coasociados.

Esa diferencia conceptual entre *acuerdo de voluntades* y *acto jurídico* generador de obligaciones no es aparente, pues desde el punto de vista sustancial ello está significando que el derecho administrativo no admite la libre discusión inherente a los contratos bilaterales. Por contera, el contratista simplemente se adhiere a las

⁶ El artículo 1495 del Código Civil colombiano, señala: “*Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa...*”;

⁷ *Liber Amicorum* en Homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa. Teoría Constitucional. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 2006. Página 331.

⁸ Ramos Acevedo, Amparo y Jairo. Contratación Estatal – Teoría General y Especial. Grupo Editorial Ibáñez, 2009. Página 177.

reglas confeccionadas por la entidad desde la fase preparatoria del contrato, bajo la imposición de ciertas prerrogativas y condiciones que subordinan jurídicamente a la parte cocontratante⁹. Por ello, el primer referente para el entendimiento de la presente investigación, sería dejar de lado el paradigma de concebir al contrato estatal como “*un acuerdo de voluntades*”, y en cambio, examinarlo como el “*acto jurídico*” generador de obligaciones entre Administración Pública y particular.

1.1. Naturaleza de los contratos del Estado

En el contexto histórico de la negociación estatal, existen estudios bien elaborados según los cuales los contratos de la Administración Pública tuvieron sus primeros antecedentes en el derecho romano, a través de la *lex Locationis* y la *lex Operis Locandi*. La primera referida a la contratación del Estado con una sociedad privada para el arrendamiento de un bien, y la segunda para la realización de obras públicas por parte de particulares¹⁰.

Luego, en la edad media y en la primera parte del siglo XIX se evidencia el auge de la relación negocial entre Estado y particulares, al presentarse los síntomas del debilitamiento institucional y el máximo florecimiento del contractualismo social. La incapacidad del Estado para cumplir directamente sus propias tareas industriales y el fortalecimiento de la economía burguesa, originaron el contrato de concesión de los servicios públicos y otras formas de contratación como la de obras, la de suministro y la de gestión de servicios públicos. Sin embargo, la verdadera aparición del contrato administrativo *-strictu sensu-* está aparejada a la creación de la jurisdicción contencioso administrativa, fruto de la Revolución Francesa en la que se proclamó la separación de los poderes y el inicio del Estado de Derecho¹¹.

El profesor ESCOBAR GIL, delimita la teoría del contrato estatal a las entrañas de los derechos francés y español. Lo califica de ser el más brillante ejemplo del origen y de la evolución dogmática del derecho administrativo, agrega que su aparición en Francia obedeció a los conflictos entre los poderes ejecutivo y judicial, durante el periodo revolucionario y napoleónico (siglos XVIII y XIX), que realmente fueron la

⁹ Dromi, José Roberto. La licitación Pública. Editorial Astrea. 2ª Edición. 2002. Página 50. Citado por Ruth Stella Correa Palacio, en las V Jornadas de Contratación Estatal. Cartagena, octubre 1º y 2 de 2007. Página 2: http://incoes.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=46&Itemid=16

¹⁰ Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la Administración Pública en Derecho Colombiano y Español. Universidad Externado de Colombia. 2003. Páginas 96, 97, 107.

¹¹ *Ibidem*. Páginas 101 y 102.

causa de la separación de ambos poderes y no por las ideas promulgadas por el Barón de *Montesquieu*, como históricamente se nos enseña, pues la tensión entre las dos ramas estaba fundada en la desconfianza de los revolucionarios hacia los parlamentos judiciales -que provenían del antiguo régimen monárquico- quienes se encargaron de obstaculizar las políticas del rey¹².

Esa conquista en la separación de los poderes ejecutivo y judicial en la Francia postrevolucionaria que como vimos, más que el triunfo de ideas liberales de los iluministas, respondían al conflicto de intereses y desconfianza en los poderes, condujo a la división del poder judicial en dos secciones independientes. Una de ellas encargada de juzgar las causas civiles y penales (actual justicia ordinaria), y la otra sección, sería una tercera rama del poder público, instituida para conocer los litigios en que era parte la Administración Pública¹³. En este sentido, para identificar los requisitos de la esencia de los contratos del Estado, habrá de acudirse a la etiología de este nuevo modelo de contratación.

1.1.1 Actos de autoridad y actos de gestión

A partir de la división de poderes, la doctrina converge en afirmar que a inicios del siglo XIX surge la sistematización del derecho administrativo y se distinguen los *actos de autoridad* de los *actos de gestión*, para significar que si la Administración expide actos de autoridad actúa como titular del poder público y de máxima soberana, quedando el control de sus actos sometido a la nueva justicia especializada (contenciosa administrativa). En cambio, cuando los entes públicos expedían actos de gestión (bilaterales), se despojaban del *imperium* soberano ubicándose en igualdad de condiciones frente a los demás sujetos de derecho y por ende, sujetándose al control de la justicia ordinaria¹⁴.

Bajo ese entendido, los contratos celebrados por la Administración Pública, al involucrar un acuerdo de voluntades con particulares, en el que ambas partes estaban en aparente igualdad de condiciones, eran actos de gestión y de contera, la justicia ordinaria debía ventilar los conflictos entre el ente público y el particular. No obstante tal punto de partida, la ley determinó que por razones de política y de conveniencia pública los contratos de suministro al ejército, de venta de bienes

¹² Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 35.

¹³ *Ibidem*. Página 35.

¹⁴ *Ibidem*. Página 36.

nacionales y los contratos de concesiones de obra, excepcionalmente serían sometidos al control de la justicia administrativa (Consejo de Estado). En el fondo, se buscaba evitar el conocimiento y revisión de los contratos públicos por parte de la justicia ordinaria (Tribunal de Conflictos)¹⁵.

A partir de allí surge la caracterización entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración Pública (concepto utilizado en nuestro país hasta el año 1998 con la reforma introducida por el artículo 17 de la Ley 446), en virtud de la cual se denominaron contratos administrativos aquellos sometidos excepcionalmente al control de la justicia especializada. En efecto, mediante Decreto del 11 de junio de 1808¹⁶, se le otorga al Consejo de Estado francés la competencia para conocer todas *“las contestaciones o demandas, bien sea relativas a los mercados pasados con nuestros ministros, con el intendente de nuestra casa, o en su nombre, o sean trabajos o suministros hechos por el servicio de sus respectivos departamentos”*. Era una caracterización por factor orgánico.

En esencia los contratos administrativos, como actos de gestión estatal que eran, seguían siendo regulados por el derecho privado, pero sometidos a una justicia *sui generis* por coyuntura política e histórica (desconfianza en el aparato judicial del antiguo régimen), y no razones objetivas ni de conveniencia social. Por lo cual, se estaba en presencia de una contratación de la Administración Pública inspirada en criterios eminentemente *ius* civilistas. Sin embargo, a lo largo del siglo XIX por vía pretoriana se aplicaron reglas de derecho público a determinados contratos del Estado, *verbi gracia*, al de obras, al de concesión y a los de suministro¹⁷.

Lo anterior se remonta a la teoría del fisco en Alemania, donde la actividad pública se sometía al derecho privado y al control judicial ordinario, por tratarse de actuaciones eminentemente patrimoniales del Estado (fisco), quien actuaba de manera similar a los particulares¹⁸. Al fisco se le reconoció personería jurídica y por ello era sujeto de derecho y de obligaciones en las relaciones del derecho común, ya que en tal calidad, actuaba por medio de actos de disposición y administración

¹⁵ *Ibidem*. Página 36.

¹⁶ Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español – Análisis de la selección de contratistas. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2003. Página 108.

¹⁷ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 37.

¹⁸ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 24.

de los bienes inmuebles del Estado y realizaba los gastos necesarios para el desarrollo de sus actividades públicas.

De ahí que como lo señalara GASPAR ARIÑO¹⁹, se introdujo la teoría de la doble personalidad del príncipe (Estado), pues de un lado actuaba con personalidad jurídica de fisco para los aspectos patrimoniales inherentes a la Corona y de otro, como poder público depositario del mando y de la fuerza, ejecutor de actos de poder. En el primer caso, sus actuaciones estaban reguladas por el derecho privado y en el segundo, se regían por el Derecho Público.

1.1.2 Teoría de la sustantividad del contrato de la Administración Pública

En el siglo XX los dos organismos del poder jurisdiccional estaban colapsados por la tarea de diferenciar los contratos administrativos de los del derecho privado de la Administración Pública, pues la clasificación era estrictamente formal. Con el auge de la doctrina del *servicio público*, se comienza en Francia a construir la teoría del contrato administrativo, como resultado del desarrollo jurisprudencial del Consejo de Estado (Conseil d'Etat) y de los juristas de la Escuela de Burdeos, encabezados por GASTON JÈZE, con su obra titulada "*Principios Generales de Derecho Administrativo*", inspirada en la noción de los servicios públicos, que dio a los contratos administrativos un sistema normativo específico que trascendió el tratamiento puramente casuístico y la regulación *ius civilista* del pasado²⁰.

Ello significó abandono de los criterios formales y de las instituciones del derecho privado²¹ y la implementación de un nuevo paradigma en la naturaleza jurídica del contrato administrativo: "*desigualdad a favor del interés que implica todo servicio público*". De manera que el contratista, además de las obligaciones normales de todo contrato, le surge el deber especial de asegurar el funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos, sometido a unas prerrogativas exorbitantes de la Administración, quien cuenta con poderes para unilateralmente imponerse en la relación negocial con ese particular. Se perfila entonces, una teoría del contrato de derecho administrativo con rasgos y caracterizaciones propias.

¹⁹ Citado por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 24, 25.

²⁰ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 37.

²¹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 24, 25.

A partir de esa construcción científica de la contratación administrativa, se incluyen las *cláusulas exorbitantes del derecho común*, como criterio diferenciador entre los contratos públicos y los del derecho privado; por consiguiente el contratista deja de ser la parte que actuaba en igualdad de condiciones frente a la entidad pública, para convertirse ahora en un *colaborador* de ésta. No obstante el cambio de pensamiento, no era tan cierta la autonomía del contrato administrativo frente al contrato civil -promulgada por la teoría de la sustantividad-, pues era imposible que las entidades públicas dejaran de seguir utilizando estos contratos²².

De suerte que si bien la teoría se esforzó por conseguir un criterio diferenciador de ambos contratos, en la práctica terminó aceptando el enfoque histórico a partir de los actos de poder y de gestión, para encontrar respuesta jurídica a determinados contratos que no podían explicarse con la teoría de los servicios públicos. De ahí que se afirme²³ que “[e]n la práctica esta división no hizo otra cosa que abrir una enorme zanja conceptual entre dos fenómenos contractuales que en la realidad de las cosas no eran más que una sola institución vista y analizada desde dos perspectivas diferentes: la de la administración pública y la de los particulares;...”.

Por consiguiente, ante la indeterminación o falta de definición uniforme de *servicio público* en el derecho administrativo, resultaron infructuosos los esfuerzos teóricos del momento para conseguir la línea divisoria entre los contratos administrativos (hoy de la Administración Pública o estatales) y los contratos de derecho privado de la administración, pues era imposible que las entidades públicas pudieran prescindir de las instituciones contractuales propias del derecho privado, bajo la excusa de tratarse de actuaciones propias del derecho público.

1.1.3 Teoría de la unidad o identidad del contrato estatal y el privado

Para esta teoría²⁴, el contrato celebrado por el Estado sustancialmente sigue siendo del derecho civil y lo único diferenciador son los principios del derecho público, con algunas singularidades propias de la administración. El principal defensor de este planteamiento es GARCÍA DE ENTERRÍA, para quien la doctrina de los actos de

²² Castro Cuenca, Carlos Guillermo; García López, Luisa Fernanda; y Martínez Vargas, Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General “Perspectiva comparada y regulación internacional”. Página 31.

²³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 31.

²⁴ *Ibídem*. Páginas 33, 34.

poder y de gestión significó la decantación del contrato del Estado y su régimen. Sostiene esta teoría que el conocimiento del litigio contractual a la jurisdicción administrativa, no fue por haber perdido el contrato su esencia del derecho civil, sino por problemas eminentemente procesales de la época, a los que JOSÉ LUIS VILLAR PALASÍ y JOSÉ LUIS VILLAR EZCURRA denominaron la pugna entre el poder ejecutivo y el órgano judicial de finales del siglo XVIII²⁵.

Los defensores de esta tesis criticaron fuertemente la teoría de la sustantividad del derecho francés, al considerar que éstos crearon un *“falso problema para el derecho administrativo”*, con lo cual denotaban -por decirlo de alguna manera- un aparente “complejo de inferioridad” del derecho administrativo frente al derecho privado. Bajo esa perspectiva, consideraron que²⁶ *“[e]l contrato administrativo, en sí, no es más que una especie de la figura jurídica del contrato, singularizada por dos notas fundamentales: la presencia de la Administración Pública como sujeto contratante y la particular incidencia con la que se manifiestan los privilegios posicionales...”*. Es decir, de acuerdo con esta teoría no existía razón válida para separar los dos regímenes de contratación.

1.1.4 El individualismo jurídico

La doctrina clásica italiana consideró al contrato del Estado como un problema de derecho privado, desconociendo su posibilidad de autonomía como institución de derecho público. Sobre el particular ENTRENA CUESTA, citado por SANTOFIMIO GAMBOA²⁷, defiende una teoría radical según la cual, el contrato celebrado por el Estado, era un verdadero contrato bilateral donde éste se despojaba de sus prerrogativas de autoridad y debía respetar la autonomía individual de la parte contratista. Es decir, descarta la idea del *contrato administrativo* acuñada por el

²⁵ *Ibidem*. Página 34.

²⁶ *Ibidem*. Página 34.

²⁷ De manera expresa señala el autor citado: *“al decantar las diferentes concepciones que comenzaron a surgir a partir del siglo XIX respecto de la existencia e individualización del Estado, identifica la que en su opinión es una típica concepción individualista que dominó varios sectores de la doctrina italiana, que partían para sus fundamentaciones de una estricta frontera entre el Estado y el individuo, y que consideraban siempre el contrato como una institución propia del individuo, a la cual debía doblegarse por completo el Estado cuando pretendiese contratar... El Estado se encuentra, respecto del individuo, en una situación de contraste esencial; el Estado comienza donde termina la libertad, la igualdad, la autonomía de las personas, y de la misma forma el individuo comienza a desarrollar su actividad donde cesa la zona del Estado. Existe un dique entre el Estado y el individuo; y este dique implica la imposibilidad de toda colaboración. (...)”*. (*Ibidem*. Página 35).

derecho francés, para negar una caracterización propia a los contratos públicos y reconocer la regulación inherente al tráfico jurídico de los particulares²⁸.

1.1.5 El unilateralismo jurídico

Esta corriente fue totalmente adversa a los estudios elaborados sobre el contrato del Estado, pues parte del dogma de que toda actuación y decisión de los órganos públicos sólo puede expresarse a través de actos administrativos unilaterales. Los unilateralistas rechazaron -en forma vehemente- la celebración de contratos con entidades del Estado, al considerar que no existía un verdadero acuerdo de voluntades por cuanto la administración actuaba en ejercicio del poder soberano, mientras que el particular simplemente aceptaba la voluntad expresada por el Estado, en lo que a juicio de esta doctrina constituía un *acto condición*²⁹.

Es más, una corriente alemana cuyo máximo exponente fue OTTO MAYER, niega rotundamente la existencia de contratos públicos por considerar que la idea de contrato es exclusiva del derecho privado y cuando se aplica a las relaciones con el Estado “...*nada tiene de contrato*...”, porque los entes públicos sólo mandan en forma unilateral. Para el profesor SANTOFIMIO GAMBOA, esas corrientes unilateralistas con que se pretendió recoger la idea del contrato administrativo, enhorabuena y para el desarrollo del derecho administrativo fueron derrotadas y corresponden a una época histórica superada³⁰.

No obstante, considero que en nuestra legislación tenemos ciertos vestigios de la corriente unilateralista de los contratos del Estado, aparentemente superados. En efecto, los incisos 4º y 5º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 disponen que en caso de situaciones constitutivas de *urgencia manifiesta* que no permitan suscribir el contrato, la entidad estatal impartirá orden escrita al particular para que ejecute las obras públicas correspondientes, cuyo precio será acordado con posterioridad al inicio de los trabajos y que de no lograrse el acuerdo entre las partes sobre las contraprestaciones a favor del particular –quien no puede denominarse contratista

²⁸ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 36.

²⁹ *Ibidem*. Página 36.

³⁰ *Ibidem*. Página 37.

porque no ha celebrado contrato alguno—, se someterá al justiprecio del cuerpo consultivo del Gobierno, o en últimas, por un perito designado por las partes³¹.

Incluso, en la contratación de mínima cuantía prevista en el artículo 94 de la recién expedida Ley 1474 de 2011 (reforma al Estatuto Anticorrupción), se observa que la entidad estatal, sólo publica una invitación a ofertar en la cual señala el objeto requerido, el presupuesto destinado para tal fin, así como las condiciones técnicas exigidas y luego mediante un acto unilateral denominado aceptación de oferta, el particular que propuso el menor precio se obliga a cumplir con las prestaciones que necesita la entidad pública. Es decir, las partes no firman contrato alguno por cuanto el particular simplemente se adhiere a las exigencias de la convocante.

1.1.6 El interés público

Este sector de la doctrina encabezado por el italiano RENATO ALESSI³², admite la existencia de contratos administrativos únicamente cuando la relación negocial vincula sólo a sujetos de derecho público (interés público colectivo primario) y no a particulares (intereses públicos colectivos secundarios). Por consiguiente, rechaza la calificación de la contratación administrativa en la relación del Estado con los particulares, al considerar que se está ante un interés público secundario, y por consiguiente mal podían tener la misma cualificación y regulación jurídica.

El fundamento de esta teoría estriba en la distinción de dos clases de intereses públicos colectivos, relacionados con la Administración Pública: los intereses primarios y los secundarios. Los primarios, están referidos a la vinculación contractual exclusiva de entidades de derecho público, de ahí se derivan los contratos administrativos³³; en cambio, cuando en esa relación negocial participa un particular directamente con la administración, nace a la vida jurídica un contrato de derecho privado, pero jamás de naturaleza administrativa.

³¹ Los incisos 4º y 5º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, literalmente disponen: “...En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta Ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante. A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste por un perito designado por las partes. (...)”.

³² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 37.

³³ *Ibidem*. Página 38.

1.1.7 El modelo anglosajón

En el modelo anglosajón por regla general el derecho administrativo se somete al sistema jurídico del *common law* o derecho común, por consiguiente los asuntos contencioso administrativos son de conocimiento de los jueces ordinarios, en virtud del carácter consuetudinario de este sistema jurídico. Sin embargo, la tendencia es aceptar la existencia de una administración con poderes exorbitantes y discrecionales sujetos a normas legales diferentes de las del *common law* y con tribunales especiales que atienden asuntos netamente administrativos³⁴.

En la contratación del Estado a pesar del concepto generalizado de estar sujetos a las reglas del derecho privado, las investigaciones de expertos como GASPAR ARIÑO³⁵ revelan la tendencia tanto inglesa como norteamericana de crear reglas de derecho público para regular aspectos importantes de los contratos del Estado, refiriéndose a contratos de la Corona en los cuales se fijan privilegios especiales, o en el caso de Estados Unidos, a la Ley de Contratos para las Fuerzas Armadas. Por ello, pese a que el derecho administrativo anglosajón ha sido fiel al sistema jurídico del *common law* o derecho común, la contratación del Estado se perfila hacia la creación de nuevas normas jurídicas sobre privilegios y prerrogativas para éste, en su relación negocial con los particulares.

1.1.8 En el derecho italiano

En Italia se expidieron normas especiales para la contratación del Estado basadas en los trabajos públicos, a través de los denominados *Contratti ad evidenza pubblica*, codificados en la Ley 2245 de marzo 20 de 1865 y el reglamento del 5 de mayo de 1895, en las cuales se establecieron dos procedimientos paralelos: uno para la *formación de la voluntad* contractual, regido por el derecho privado, y el otro adelantado entre la autoridad competente y la entidad que ejercitaba el control sobre ésta, regido por el derecho administrativo. Legislación que fue aplicada a las concesiones ferroviarias³⁶.

³⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 38, 39.

³⁵ *Ibidem*. Página 40.

³⁶ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; García López, Luisa Fernanda; y Martínez Vargas, Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General “Perspectiva comparada y regulación internacional”. Páginas 55, 56.

Posteriormente, entre los años 1923 a 1928 se expidieron varias normatividades que culminaron con la implementación de tres formas de selección de contratistas, a saber: la *licitazione*, *trattativa privata* y el *appalto concorso*, en las que se exigía la realización de un concurso, especificaciones generales y la participación en el proceso de un órgano consultivo denominado *corpi consultivi tecnici*. No obstante el avance de la doctrina italiana en implementar normas especiales a los contratos públicos, esta actividad de la administración se consideró como acto de gestión, regulado por el derecho privado³⁷.

Con lo visto, podemos apreciar que hasta este momento histórico no existe un referente teórico ni menos formal, para determinar los requisitos de la esencia o esenciales de los contratos de la Administración. Por el contrario, la tendencia es interrelacionar la contratación estatal y la privada o reconocer la autonomía del contrato del derecho común, pues la tesis del unilateralismo ha sido casi de modo unánime descartada, debido a la presencia en el contrato de la voluntad de un particular³⁸, como requisito para su existencia. Por tanto, además de la entidad contratante, los únicos elementos distintivos del régimen de contratación estatal serían la publicidad, la selección objetiva, las potestades excepcionales de la administración y el juez competente para conocer las diferencias entre las partes.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: DESARROLLO LEGAL

Dada la historia de nuestro país, que cimienta sus raíces en el año 1492 con el descubrimiento de América por parte de Cristóbal Colón, resulta innegable la injerencia del derecho público español y por supuesto de la extrapolación del derecho francés en ambos ordenamientos. Sin embargo, para los fines de esta investigación delimitaremos el estudio a las etapas posteriores de la organización republicana del Estado Colombiano, luego de consolidarse nuestra independencia.

2.1. Antecedentes históricos y legislativos

Retomando el estudio sistemático del profesor RODRIGO ESCOBAR GIL, quien clasifica en cinco fases la evolución del contrato público en Colombia³⁹, parte de

³⁷ *Ibidem*. Página 56.

³⁸ *Ibidem*. Página 74.

³⁹ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Páginas 50 a 53.

una primera etapa que delimita al siglo XIX, donde los contratos de los entes públicos estuvieron sometidos exclusivamente al Derecho Civil. Cita a ARDILA DUARTE, quien señala que en el periodo del Estado Federal de 1859 a 1886, las concesiones de servicios públicos como salinas, petróleos o bitúmenes de la tierra eran reguladas por el derecho privado.

Para otros autores, la configuración de los contratos administrativos inicia con el Código Fiscal de 1912 y otras normas posteriores como las leyes 61 de 1921 y 106 de 1931 que exigieron la licitación pública en algunos contratos del Estado⁴⁰. No obstante esta reseña, desde la Constitución Política de 1830 (artículo 110-2º), ya se evidenciaba la potestad del poder ejecutivo para celebrar todo tipo de contratos y negocios con los particulares⁴¹.

En igual sentido, el artículo 131-3º de la Constitución Política del Estado de Nueva Granada (1832), reiteró la competencia del Gobierno para celebrar los contratos del Estado, al señalar como atribución de la Corte Suprema de Justicia, la de conocer de las controversias que se susciten por los contratos o negociaciones celebrados por el Poder Ejecutivo por sí, por sus agentes, o por orden especial suya⁴². En tal sentido, se tendría que los primeros antecedentes normativos de la contratación pública en Colombia se remontan incluso al año 1830.

De las normas anteriores, se advierten tres situaciones bien definidas: La primera, es que a partir de 1830 se constitucionalizó la contratación pública en Colombia; la segunda, es que ya estaban los primeros antecedentes de la delegación para contratar a nombre del Estado; y la tercera, que el control de legalidad sobre los contratos del poder ejecutivo lo ejercía exclusivamente la justicia ordinaria, pese a que en lustros pasados el derecho administrativo francés había creado una justicia especializada para los otros actos de gestión estatal.

Más tarde, en la Constitución Política del 1843 se observa un retroceso desde el punto de vista de la contratación pública, pues el Presidente de la República de la Nueva Granada, sólo podía celebrar contratos relacionados con el endeudamiento del Estado, como medida contra el déficit de tesorería, o de la hipoteca de bienes o

⁴⁰ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; García López, Luisa Fernanda; y Martínez Vargas, Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General “Perspectiva comparada y regulación internacional”. Página 67.

⁴¹ La Constitución Política de 1830, señalaba: “*Artículo 110.- Habrá en la capital de la República una Alta Corte de Justicia, cuyas atribuciones son: ...2. Conocer de las controversias que resultaren de los contratos y negocios celebrados por el Poder Ejecutivo o a su nombre;...*”. Información tomada de la siguiente página web: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13692>

⁴² Página web: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=13694#0>

rentas nacionales, para la garantía de las operaciones de crédito público, previa autorización expresa del Congreso⁴³.

En la Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1863 o de “Río Negro”, se retoman las competencias del ejecutivo para celebrar contratos con los particulares, sin embargo las mismas quedaron sujetas a la aprobación previa del Congreso y al control de legalidad por parte de la Corte Suprema Federal, en caso de controversias contractuales. Con lo cual, la contratación entre el Estado y los particulares mantenía una aplicación supremamente restringida y regulada por las normas del derecho privado en el aspecto sustantivo y procedimental⁴⁴.

Con la Constitución de 1886, la contratación de la Administración Pública fue entregada a un excesivo control político, pues los artículos 76 numerales 9º y 14, y el 120 numeral 16, establecieron un control previo y posterior a cargo del Congreso de la República en materia de contratación, conforme al cual el Presidente, como suprema autoridad administrativa del país estaba facultado para celebrar los contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias⁴⁵.

⁴³ La Constitución Política de 1843, textualmente dispuso: “*Artículo 67.- Son atribuciones exclusivas del Congreso: ... 4. Autorizar empréstitos u otros contratos para llenar el déficit del tesoro nacional, cuando lo haya, obligando a la Nación a su pago; y permitir que se hipotequen los bienes y rentas nacionales, para la seguridad del pago de dichos empréstitos o contratos; (...)*”.

⁴⁴ La Constitución Política de 1863, establecía: “*Artículo 49.- Son atribuciones exclusivas del Congreso: ...12. Resolver sobre los Tratados y convenios públicos que el Presidente de la Unión celebre con otras naciones, y sobre los contratos que haga con los Estados y con los particulares, bien sean nacionales o extranjeros, que deba someter a su consideración; (...)*”... “*Artículo 66.- Son atribuciones del Presidente de la Unión: ...4. Celebrar cualesquiera convenios o contratos relativos a los negocios que son de la competencia del Gobierno de la Unión, sometiénolos a la aprobación del Congreso para llevarlos a efecto, salvo que las estipulaciones en ellos contenidas se hayan prefijado en una ley; (...)*”. ... “*Artículo 71.- Son atribuciones de la Corte Suprema Federal: ... 8. Conocer de las controversias que se susciten sobre los contratos y convenios que el Gobierno de la Unión celebre con los Estados, o con los particulares, y en última instancia, en toda cuestión en que deban aplicarse las estipulaciones de los Tratados públicos; (...)*”.

⁴⁵ La Constitución Política de 1886, en materia de contratación pública dispuso: “*Artículo 76.- Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes atribuciones: ... 9. Conceder autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional; ...14. Aprobar o desaprobar los contratos o convenios que celebre el Presidente de la República con particulares, compañías o entidades políticas, en los cuales tenga interés el fisco nacional, si no hubieren sido previamente autorizados, o si no se hubieren llenado en ellos las formalidades prescritas por el Congreso, o si algunas estipulaciones que contengan no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones; (...)*”. “*Artículo 120.- Corresponde al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa: ...16. Celebrar contratos administrativos para la prestación de servicios y ejecución de obras públicas, con arreglo a las leyes fiscales y con la obligación de dar cuenta al Congreso en sus sesiones ordinarias; (...)*”.

Por los antecedentes constitucionales anteriores y al existir reformas normativas sobre el régimen de contratación pública que debía adoptar el nuevo Estado independiente, podría concluirse que el tema fue de suma importancia y estuvo a la orden del día del desarrollo político del país, al punto que el artículo 120-16 de la citada Constitución de 1886, ya hacía mención de los contratos administrativos para la prestación de servicios y la ejecución de obras civiles.

El profesor ESCOBAR GIL, delimita una segunda etapa histórica en el régimen de contratación pública del país, que denomina el origen de la transformación *ius publicista* de los contratos de la Administración Pública, a partir del artículo 5º de la Ley 53 de 1909 que consagró la facultad de los ministerios para declarar la caducidad de los contratos de “construcción de obras, ejecución de hechos y otros análogos”, cuando los contratistas incumplieran el objeto por causas imputables a ellos⁴⁶. Hecho reiterado en el Código Fiscal del año 1912, con el cual se impuso la obligatoriedad de pactar la cláusula de caducidad en los contratos de obra pública y de prestación de servicios (artículo 41).

Es decir, frente a estos contratos había un régimen especial que diferenciaba la contratación de derecho público de la privada, en cuanto a la primera se privilegió a la Administración de poderes exorbitantes para proteger el interés general frente a los intereses del contratista. Otro aspecto importante destacado por el profesor ESCOBAR GIL, en esta segunda etapa de evolución de la contratación en nuestro país, es que el Consejo de Estado acoge la doctrina francesa del servicio público difundida por el profesor CARLOS H. PAREJA y propone un cambio legislativo luego de apartarse de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según el cual todas las controversias derivadas de los contratos de la Administración Pública debían regularse por el derecho privado⁴⁷.

Dada esa tensión de criterios jurídicos, se expide la Ley 167 de 1941 y se hace la diferenciación entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la Administración Pública, para significar que los primeros eran únicamente aquellos que se identificaban por la obligatoriedad de incluir la cláusula de caducidad (artículo 254), como fueron los de construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de bienes del Estado. De resto, eran contratos de derecho privado de la Administración Pública.

⁴⁶ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 50.

⁴⁷ *Ibidem*. Página 51.

Sin embargo, al examinar legislaciones anteriores a la Constitución Política de 1886, puede advertirse que más allá de lo expuesto por el Profesor ESCOBAR GIL, el verdadero origen de la cláusula exorbitante de caducidad administrativa en el derecho colombiano, se remonta al contrato de arrendamiento de las salinas previsto en el artículo 462 de la Ley 106 de junio 13 de 1873 (Código Fiscal)⁴⁸, y no simplemente al artículo 5º de la Ley 53 de 1909⁴⁹.

En dicha norma, existía una condición resolutoria tácita que se entendía pactada en los contratos de arrendamiento de salinas, según la cual el Poder Ejecutivo, mediante acto motivado, podía declarar el incumplimiento del contrato con las indemnizaciones correspondientes, haciendo efectivas las fianzas y demás garantías constituidas a favor del fisco, sin necesidad de acudir previamente a la justicia, ya que el contratista era la única parte obligada a demandar la resolución sancionatoria ante los jueces competentes.

En cuanto a la diferenciación entre los contratos públicos y privados desde la óptica del juez competente para dirimir los conflictos contractuales, no debe perderse de vista que el proceso de formación de los contratos marcaba una ostensible diferencia respecto de los dos regímenes, pues de un lado, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, actuaba como cuerpo consultivo del Ejecutivo y aprobaba algunos contratos del Estado, y de otra parte, los ministros o el Consejo de Ministros, según el caso, era tan imprescindible en la formación de estos contratos, como las autorizaciones previas del Congreso (artículos 31 a 39 Ley 110 de 1912).

Corolario de lo expuesto, desde finales del siglo XIX (Ley 106 de junio 13 de 1873) e inicios del siglo XX (leyes 53 de 1909 y 110 de 1912), ya existían disposiciones procesales para la *formación* del contrato público (aprobaciones, autorizaciones, licitaciones y fianzas de seriedad), y otras de carácter sustantivas (cláusulas de caducidad y penal, de reversión, constitución de garantías), que demarcaban la diferencia normativa entre los contratos de derecho público y los del derecho privado de la Administración Pública.

⁴⁸ La Ley 106 de 1873, dispuso lo siguiente: “*Artículo 462.- Serán condiciones de los contratos de arrendamiento, además de las que el Poder Ejecutivo tenga á (sic) bien establecer: ...5. Que el Poder Ejecutivo pueda rescindir el contrato en el caso de no haberse cumplido todas ó (sic) alguna ó (sic) algunas de las condiciones estipuladas, aplicando como indemnización á (sic) favor del Tesoro Nacional los valores en que hayan consistido las fianzas, las hipotecas ó (sic) las prendas; quedando á (sic) los interesados libre el recurso para ante el Tribunal competente, si no se conformaren con la resolución ejecutiva;(...)*”.

⁴⁹ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 50.

Ahora bien, la competencia adscrita a la justicia ordinaria para dirimir los conflictos contractuales de derecho público, para nada trasmutaba al derecho privado esta modalidad de contratación. Basta con examinar el artículo 40 del Código Judicial de 1931 (Ley 105), conforme al cual, la Sala Civil de única instancia conocía privativamente de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebrara la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la entidad haya transferido en todo o en parte, sus derechos.

De otra parte, en realidad la única novedad del artículo 254 de la Ley 167 de 1941⁵⁰, fue la obligación de incluir la cláusula de caducidad para los contratos de explotación de bienes de la Nación⁵¹ y de establecer una cláusula general de caducidad por: a) La muerte del contratista, en caso de que ésta debía conducir a la terminación del contrato, y b) La quiebra del mismo, judicialmente declarada. Con anterioridad el artículo 41 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), sólo había consagrado la caducidad para los contratos de obras y de prestación de servicios.

De contera, desde el siglo XIX se perfila en Colombia una regulación propia para la contratación estatal, en la cual no podía aplicarse del todo las instituciones del derecho común, por estar privilegiado el interés general de la Nación, y si bien la justicia ordinaria tenía la competencia exclusiva para conocer de las controversias contractuales entre el Estado y el particular, tal situación en nada desnaturalizaba el carácter *ius administrativista* de los contratos de la Administración Pública.

La tercera etapa se encuentra demarcada por el Decreto 528 de 1964⁵², que le asigna la competencia al Consejo de Estado para conocer de las controversias que se suscitaran en los contratos administrativos. Al respecto, el artículo 30-1,a) de dicho Decreto, dispuso que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, conocía en única instancia de las controversias relativas a *contratos administrativos* celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional, cuando la cuantía fuera igual o excediera de cien mil pesos (\$100.000.00).

⁵⁰ “Artículo 254. En todo contrato celebrado por la Administración Nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad. (...)”.

⁵¹ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 51.

⁵² *Ibidem*. Página 51.

Sin embargo, normativamente no se habían definido los contratos administrativos, lo que conllevó a establecer por vía jurisprudencial que eran únicamente aquellos negocios jurídicos en los cuales se pactaba la cláusula de caducidad, por existir la potestad exorbitante para el Estado contratante⁵³. Criterio ratificado después con el artículo 36 del Decreto-Ley 3130 de 1968, según el cual las controversias relativas a contratos administrativos de los establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, en los que se hubiere pactado la cláusula de caducidad, conocería la justicia administrativa; en tanto que la justicia ordinaria, tendría las controversias originadas en los demás contratos y en los de las sociedades de economía mixta.

Para algunos autores⁵⁴, a mediados del siglo XX se expidieron varias regulaciones en materia de contratación pública, *verbigracia*, el “Estatuto Nacional de Compras” (Decreto 351 de 1955), el “Estatuto de Empréstito o de Operaciones de Crédito” (Decreto 1050 de 1955), el “Estatuto de los Contratos Interadministrativos” (Decreto Legislativo 550 de 1960), el “Estatuto Sobre Obras Públicas” (Ley 4 de 1964, modificada por la Ley 36 de 1966), y el Decreto Reglamentario 518 de 1965. Más tarde, con el Decreto 150 de 1976, se estableció una regulación unificada para los contratos de la Nación (ministerios y departamentos administrativos) y los establecimientos públicos, que contemplaba una especial normatividad para la licitación pública, la licitación privada y la contratación directa.

El Decreto-Ley 150 de 1976, en el fondo ratificaba las mismas previsiones del Decreto 1670 de 1975, pero la importancia estriba en que los dos ordenamientos diferenciaron -según el objeto-, los contratos administrativos, de los de derecho privado celebrados por la Administración, al señalar que los primeros podían ser de obras públicas, de suministros, de compraventa o permuta de inmuebles, de empréstito, de arrendamiento, de prestación de servicios, de venta de bienes muebles, de donación y para la recuperación de bienes ocultos, y que “... *las demás clases de contratos, continuarán rigiéndose por las normas generales o especiales vigentes para los mismos.*” (Artículo 67 de ambos decretos).

La cuarta etapa de evolución de la contratación administrativa⁵⁵ en la legislación nacional, inicia con la expedición de la Ley 19 de 1982 y su Decreto Extraordinario

⁵³ *Ibídem*. Página 52.

⁵⁴ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; García López, Luisa Fernanda; y Martínez Vargas, Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General. Perspectiva comparada y regulación internacional. Página 67.

⁵⁵ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 52.

0222 de 1983, con las cuales se persistió en mantener la teoría de la dualidad entre los contratos administrativos y de derecho privado celebrados por la Administración, fijándose determinados criterios y consecuencias jurídicas para diferenciar cada uno de estos negocios, sin mayor rigurosidad teórica ni técnica.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 19 de 1982, se consideraban contratos administrativos los de obra pública, de prestación de servicios, los de concesión de servicios públicos, los de explotación de bienes del Estado y los de suministros, sometidos a los principios de interpretación por parte de la administración y de terminación por inconveniencia o por incumplimiento del contratista, amén de la cláusula de caducidad prevista en el Decreto 150 de 1976 (artículo 2º L. 19 de 1982). Sin embargo, para el Profesor ESCOBAR GIL el legislador no fue armónico ni coherente con los postulados dogmáticos, pues se apartó de su propia clasificación, dada su tendencia eminentemente *ius administrativista*⁵⁶.

El artículo 3º de la Ley 19 *supra*, consagró que a los contratos de derecho privado de la Administración se aplicarían las normas del proceso gubernativo, cuando en la formación o adjudicación se expidieran actos administrativos. En los demás aspectos, estaban sujetos a las disposiciones civiles, comerciales o laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo lo relativo a la caducidad. En cuanto a la competencia para conocer los conflictos contractuales, el artículo 4º de la citada Ley estableció que la justicia administrativa conocería de los conflictos originados de los contratos administrativos y del derecho privado con cláusula de caducidad. Los demás contratos eran de conocimiento de la justicia ordinaria.

Ante la falta de claridad, el Decreto 222 de 1983⁵⁷ de manera taxativa enlistó los contratos de la Administración Pública. En cuanto a la jurisdicción competente para conocer las controversias contractuales, el artículo 17 del citado Decreto 222 redujo

⁵⁶ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 53.

⁵⁷ El Decreto Extraordinario 222 de 1983, estableció: “*Artículo 16. De la clasificación y de la naturaleza de los contratos.- Son contratos administrativos: 1. Los de concesión de servicios públicos. 2. Los de obras públicas. 3. Los de prestación de servicios. 4. Los de suministros. 5. Los interadministrativos internos que tengan estos mismos objetos. 6. Los de explotación de bienes del Estado. 7. Los de empréstito. 8. Los de crédito celebrados por la Compañía de Fomento Cinematográfico FOCINE. 9. Los de conducción de correos y asociación para la prestación del servicio de correo aéreo; y 10. Los que celebren instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y los organismos internacionales, con entidades colombianas, cuando no se les considere como tratados o convenios internacionales. Son contratos de derecho privado de la administración los demás, a menos que ley especial disponga en sentido contrario, y en sus efectos estarán sujetos a las normas civiles, comerciales y laborales, según la naturaleza de los mismos, salvo en lo concerniente a la caducidad. Parágrafo. Los contratos de explotación de bienes del Estado se rigen por las normas especiales de la materia.*”.

notoriamente la competencia residual que en principio había adscrito a la justicia ordinaria la Ley 19 de 1982, ya que el juez administrativo además de los litigios surgidos de los contratos de derecho privado, donde se hubiere pactado la cláusula de caducidad, conocería de estos contratos cuando en su formación o adjudicación se expidieran actos administrativos. Ello, por cuanto a los actos, se aplican las reglas del procedimiento gubernativo y de las acciones administrativas, cuyo control de legalidad estaba a cargo de la justicia contenciosa.

La quinta y actual etapa de evolución de los contratos de la Administración Pública en Colombia, es la *teoría de la unidad* de los contratos⁵⁸ o teoría mixta para otros tratadistas⁵⁹, adoptada mediante la Ley 80 de 1993 (E.C.E.), con la cual se supera la clasificación asistemática entre contratos administrativos y contratos privados de la administración, para sustituirla por la noción unitaria de “*contratos estatales*”. En dicha ley se definieron como tales, “*todos los actos jurídicos generadores de obligaciones*” celebrados por las entidades estatales, previstos en el derecho privado y las leyes especiales (artículo 32), adscribiéndose a la justicia de lo contencioso administrativa, la competencia para conocer de los conflictos y de los procesos ejecutivos surgidos del contrato de la Administración (artículo 75).

Esta legislación nacida de la Constitución Política de 1991 y vigente desde hace más de dos décadas, parte de criterios orgánicos y funcionales para caracterizar la contratación de la Administración Pública. Orgánicos, por cuanto el Estatuto de Contratación Estatal (Ley 80 de 1993), salvo los casos expresamente excluidos, regula las etapas precontractual, contractual y post-contractual de todas las entidades oficiales. Funcional, porque el Estatuto engloba los roles institucionales encaminados al cumplimiento de la nueva teleología estatal.

2.2 Recepción de la teoría de la unidad o identidad del contrato

Como se advirtió en precedencia, Colombia progresivamente ha evolucionado por las diversas posturas ideológicas que a través de la historia se han presentado. Bajo esa perspectiva, con la entrada de la Ley 80 de 1993, mal podría hablarse de una

⁵⁸ Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Página 53.

⁵⁹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 46, 47.

teoría unitaria del contrato de la Administración Pública, en sentido estricto⁶⁰, pues en el fondo se presenta una integración normativa entre las reglas del contrato administrativo y el privado para privilegiar el interés general⁶¹.

Pese a los esfuerzos por concebir una teoría contractual propia del derecho administrativo (artículos 23, 28 y 77 Ley 80/1993), los artículos 13, 32 y 40 *ibídem* evidencian que las reglas del derecho privado están presentes en el contenido de los contratos estatales⁶², resultando impropio admitir la existencia de una nueva legislación exclusiva del derecho público, máxime si se considera que con la Ley 80 el Legislador desde la perspectiva teleológica, privilegió los cometidos estatales consagrados en el artículo 2º de la Constitución Política.

Por consiguiente, con la nueva Carta Política y el desarrollo legal introducido con la Ley 80 de 1993, la tendencia está orientada en concebir los contratos estatales como una categoría especial del derecho administrativo⁶³, con principios y reglas propias tanto de perfeccionamiento como de ejecución del acto jurídico y con una justicia especializada encargada de juzgar las controversias que se susciten. Con lo cual el derecho privado se reduce a una aplicación eminentemente subsidiaria.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2001 con ponencia del Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL, precisó que el régimen de contratación estatal no se funda únicamente en las orientaciones normativas desarrolladas en los códigos Civil y de Comercio, sino que lo integra igualmente aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia, en cuanto que cumplen el objetivo de trasladar a la Administración Pública la carga del daño antijurídico sufrido por el contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular⁶⁴.

⁶⁰ No obstante, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de casación de agosto 20 de 1998, radicación 10.295, con ponencia del Magistrado Fernando E. Arboleda Ripoll, afirmó que Colombia a partir de la Ley 80 de 1993, adoptó un “criterio unitario” para los contratos de la administración.

⁶¹ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 41.

⁶² Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español – Análisis de la selección de contratistas. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2003. Página 255.

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 2011, expediente 15686, Consejera Ponente (E) Gladys Agudelo Ordóñez.

⁶⁴ Respecto a los principios del contrato de la administración pública, la Corte enfatizó: “(...) *Así las cosas, se tiene que los principios integradores del régimen jurídico de los contratos estatales son: (i) el principio de la autonomía de voluntad, en virtud del cual la Administración pública está en capacidad de celebrar todos los contratos que resulten necesarios para satisfacer los intereses de la comunidad; (ii) el principio de la*

Ahora bien, no podemos perder de vista que no obstante ser la Ley 80 de 1993 el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, expedido por virtud de la cláusula de competencia legislativa prevista en la parte final del artículo 150 de la Carta Política, hay algunos ordenamientos legales que contienen regímenes especiales de contratación⁶⁵, atendiendo el carácter funcional de determinadas entidades y organismos de la Administración; como sucede por ejemplo, con las empresas sociales del estado, universidades oficiales, empresas industriales y comerciales del estado, y sociedades de economía mixta, entre otras.

2.3 Influencia del neoliberalismo

Sin duda, a partir de la actual Constitución de 1991, el cambio de paradigma en la política y economía del Estado, incidió directamente en el tratamiento jurídico de la contratación de la Administración Pública. Ello es así porque en la medida en que el Estado intervenga más en la economía del país, menor será la posibilidad de contratación con los particulares. El neoliberalismo se apoya entonces en el derecho privado para el logro de sus propósitos contractuales (art. 13 Ley 80), porque gran parte de las cargas públicas son asumidas por los particulares, a raíz de que el Estado deja de ser ejecutor directo de sus cometidos, para ejercer labores de control sobre el bien o servicio de interés público contratado⁶⁶.

Al regir un modelo político donde se promueve la libertad económica y la iniciativa privada, en contraposición al Estado del Bienestar -que pregonaba la prestación directa de los servicios públicos-, mayor será la intensidad contractual de la administración y por ende la aplicación de las normas del derecho mercantil. Sin embargo, algunos autores⁶⁷ consideran que el estatuto contractual vigente no ha

prevalencia del interés público, que le reconoce a la Administración una prerrogativa especial para ajustar el objeto del contrato a las necesidades variables de la comunidad; (iii) el principio de la reciprocidad de prestaciones, según el cual, lo importante y relevante en el régimen de contratación es la equivalencia real y objetiva entre los derechos y obligaciones que surgen de la relación contractual, y no la mera equivalencia formal y subjetiva con la que se llega a la simple satisfacción de los intereses individuales considerados por las partes cuando se formalizó el contrato; y, finalmente, (iv) el principio de la buena fe, que obliga a la Administración Pública y a los particulares contratistas, a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos. (...).”

⁶⁵ Sandoval Estupiñán, Luz Inés. Contratación estatal y contratación en salud del Estado Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2009. Páginas 43 a 48.

⁶⁶ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 43 y 44.

⁶⁷ Mendoza Torres, Arnaldo. Los contratos de la Administración pública. Ediciones Uninorte. Barranquilla. Primera edición. 2004. Páginas 40 y 42.

derivado la privatización del derecho administrativo, sino que por el contrario, con la vigencia de la Constitución Política de 1991, la normatividad del derecho público adquirió mayor injerencia en el derecho común.

La descentralización territorial y de servicios que pregonaba la nueva Carta Política, ubican a la contratación administrativa dentro de los negocios más atractivos en el mundo globalizado. A partir del Decreto Reglamentario 734 de 2012, las entidades estatales desde la fase preparatoria del contrato deben indicar si la contratación requerida está cobijada por un Acuerdo Internacional o Tratado de Libre Comercio vigente con el Estado Colombiano⁶⁸. Es decir, estamos en una transformación estructural del país, dando un paso del modelo de economía interna o nacional a una economía mundial, lo cual supone una ampliación drástica del mercado⁶⁹ y cambio estructural de nuestra normatividad.

De ahí que el tema de esta investigación revista hoy mayor importancia dogmática penal, no solo para la identificación plena de los requisitos esenciales del contrato estatal que constituyen el ingrediente normativo del tipo objetivo y la determinación real del bien jurídico merecedor de tutela, sino para evitar los efectos nocivos de una excesiva discrecionalidad judicial, propiciada por la jurisprudencia imperante, generada por la vaguedad legal y la textura abierta de la prohibición penal⁷⁰.

III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA: INSTRUMENTALIZACIÓN PARA LA CORRUPCIÓN PÚBLICA

La corrupción es un fenómeno extrajurídico que trasciende los conceptos propios del derecho y las regulaciones especiales del derecho penal. Su análisis se enfoca básicamente en la sociología y en la ciencia política, debido a la dinámica de la

⁶⁸ El artículo 8.1.17 del Decreto 734 de 2012, impuso a las entidades públicas el deber de verificar las obligaciones recíprocas que en materia de Acuerdos Internacionales y Tratados de Libre Comercio (TLC) vinculen al Estado colombiano, dejando constancia de ese hecho en los documentos contractuales. Norma reiterada en el recién expedido Decreto 1510 de julio 17 de 2013 (arts. 3º, 20-8, 21-8, 22-10, y 150), bajo el rótulo de “Acuerdos Comerciales”.

⁶⁹ Estévez Araújo, José Antonio. Sociología Jurídica y Política No 3. El revés del derecho – Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2006. Página 33.

⁷⁰ Lifante Vidal, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Edición electrónica Espagrafic. Doxa 25 - Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante – España. 1989. Páginas 27, 28.

interacción social del ser humano y del contexto sociocultural determinado⁷¹. Por lo que siendo la corrupción *una construcción social*⁷², el derecho penal surge *ex post* para contrarrestar las causas que generan el fenómeno social, el cual envuelve paralelamente efectos económicos negativos⁷³.

3.1 Corrupción pública y su relación con los contratos del Estado

Para el profesor VILLAR BORDA, la corrupción pública no es -como se considera- un fenómeno nuevo, sino una calamidad perdurable desde las antiguas culturas humanas, pasando por el imperio Chino, Egipto y con mayor énfasis en Roma donde el clientelismo, la compra de votos y sobornos incidieron decididamente en la caída de la República. Sostiene que en la edad media la corrupción era normal debido a la fusión entre los recursos públicos y privados de la monarquía. Sólo en la modernidad con la adopción del Estado de Derecho y la delimitación normativa de los derechos y deberes generales, el fenómeno es claramente definido y toma cierta relevancia jurídica⁷⁴.

No existe un concepto pacífico de corrupción, por cuanto inciden muchos factores económicos, político-institucionales, sociales e históricos asociados al fenómeno, lo que conlleva a distintas manifestaciones de naturaleza pública, privada, social, cultural e incluso religiosa. Sin embargo, por vía doctrinal pueden identificarse tres grupos de corrupción pública: un primer grupo de tratadistas quienes conciben la corrupción como el *quebrantamiento del interés público para la satisfacción de un interés particular*. Un segundo grupo para quienes el concepto implica el *abuso del cargo público*. Y un tercer grupo que identifica la corrupción con la *infracción de un deber funcional para obtener beneficios del cargo*⁷⁵.

Para la ONG Transparencia Internacional, el fenómeno de la corrupción es el mal uso del poder confiado, para conseguir beneficios privados: “...*Esta definición incluye tres elementos: 1) El mal uso del poder. 2) Un poder encomendado, es decir,*

⁷¹ Cartolano Schiaffino, Mariano. *la Corrupción – Aproximación Teórica*. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2009. Página 17.

⁷² *Ibíd.* Página 18.

⁷³ Fabián Caparrós, Eduardo A. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Colex. Primera edición. Madrid – España. 1998. Página 30.

⁷⁴ Villar Borda, Luis. *La Corrupción Oficial en los Estados Contemporáneos*. Universidad Externado de Colombia. Revista No. 68 de derecho penal y criminología. Bogotá, 2000. Vol. 21. Páginas 115, 116.

⁷⁵ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública*. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 27 a 30.

*puede estar en el sector público o privado. 3) Un beneficio privado, que no necesariamente se limita a beneficios personales para quien hace mal uso del poder, sino que puede incluir a miembros de su familia o amigos.*⁷⁶.

En todo caso, la corrupción no puede desligarse de la lucha histórica de unos cuantos por la generación de riquezas, bien obteniéndola legítimamente por medio del trabajo y los medios legales, o de facto apropiándose de tesoros, de ejércitos, pueblos, etc., o a través del nepotismo, entre otros. Si tomamos el pensamiento de VON IHERING según el cual *“todo derecho en el mundo debió ser adquirido por la lucha”*⁷⁷, tendríamos que la corrupción -en cambio- implicaría una lucha egoísta de un interés particular contra el interés público, para reportar mezquinos beneficios y no la pretensión legítima de conservar lo que se tiene o de obtener el incremento legítimo de esos derechos privados como planteó el autor, sino el aprovecharse del rol funcional, para lucrar beneficios particulares a costa del bienestar general.

Independiente de la postura que se asuma frente al concepto de corrupción, lo cierto es que dicho fenómeno está íntimamente ligado a la vulneración de los principios basilares de la función administrativa, más concretamente a los deberes de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y de transparencia, a los cuales el funcionario público debe estricto acatamiento⁷⁸. Todo lo cual se traduce en que el fenómeno de la corrupción apareja el aprovechamiento de la investidura o del rol competencial, para beneficio personal del funcionario o de terceros con quien tiene lazos de afecto, compromisos ilícitos, razones de obediencia, sumisión o agradecimiento, con grave detrimento al interés general. Sin embargo, importa advertir que no se requiere de la participación de varias personas.

Centrándonos en el objeto de esta investigación, en la corrupción derivada de la contratación pública, la doctrina delimita tres elementos presentes en cada una de las fases: uno *interno de la corrupción* referido al motivo *ex ante* de la voluntad de la Administración Pública, donde el interés personal del funcionario reemplaza la objetividad de la función pública. Un elemento *adjetivo de la corrupción*, que se

⁷⁶ La definición de corrupción dada por la ONG Transparencia Internacional, fue obtenida de la página web: http://www.transparenciacolombia.org.co/index.php?option=com_content&view=article&id=106&Itemid=53

⁷⁷ Von Ihering, Rudolph. La Lucha por el Derecho. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., reimpresión de la tercera edición. 2011. Página 4.

⁷⁸ El artículo 209 Constitucional, consagra los siguientes principios deontológicos de la actividad estatal: “...La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”.

manifiesta en las actuaciones irregulares desplegadas por el funcionario para conseguir sus propósitos, contrarios a los principios deónticos plasmados en el ordenamiento jurídico que juró respetar y obedecer, pero no cualquier antinomia o arbitrariedad son representativas de corrupción. Y un *aspecto material* referido a los beneficios extraposicionales derivados de la ejecución del contrato público⁷⁹.

En ese propósito desviado que anima a los actores de la corrupción pública, la contratación administrativa se convierte en el medio -por excelencia- más eficaz para defraudar el patrimonio del Estado⁸⁰ y consecuentemente con ello “mitificar” los cometidos esenciales de la Administración Pública. Como respuesta ante esta realidad, se han creado todo tipo de legislaciones e instrumentos de investigación y de control para *enfrentar* el fenómeno, o por lo menos dar esa apariencia (no para *contrarrestarlo*), sin analizar las causas reales que originan este flagelo ni plantear estrategias eficaces para combatirlo⁸¹. No obstante, el presente trabajo gravitará en el examen dogmático de la respuesta legislativa frente al flagelo y en la interpretación del tipo aplicada de manera uniforme por la jurisprudencia.

Por desgracia, la corrupción en el sector público se ha convertido en una práctica clientelista generalizada por muchos dirigentes políticos y empresarios, con lo que no puede ubicársele como fenómeno anormal propiamente dicho. Por ello, al estar formada por conductas de valoración social positiva (provenientes de la investidura pública), su estudio debe ser abordado desde el punto de vista criminológico mediante teorías especiales; *verbigracia* de la elección diferencial, de las actividades rutinarias, de la delincuencia de cuello blanco, del aprendizaje social, de

⁷⁹ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 30, 31, 33.

⁸⁰ Algarra Lobo, Mario Iván. No más Corrupción – Estrategia Preventiva para Combatirla. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2005. Página 36.

⁸¹ Según la ONG Transparencia Internacional: “...*La ausencia de sanciones efectivas y rápidas frente a casos de corrupción y la prevalencia de prácticas de abuso del poder en todas las ramas del poder público y en diferentes estamentos del Estado se reflejan en la baja calificación que obtiene Colombia en el Índice de Percepción de Corrupción (IPC) 2012. Colombia obtiene un puntaje de 36 sobre 100 (siendo 0 mayor percepción de corrupción y 100 menor percepción de corrupción), y se ubica en el rango inferior de la tabla de calificaciones, ocupando el puesto 94 entre 176 países evaluados. Entre los 32 países de la región de las Américas evaluados, Colombia se encuentra en el grupo con calificaciones deficientes, menor a la de 19 países y superior a la de 12 (...). A nivel de Suramérica, solo Chile (72), Uruguay (72) y Brasil (43), que recientemente ha enfrentado con sanciones ejemplarizantes los escándalos de corrupción al interior del gobierno, obtienen calificaciones aceptables. En los últimos lugares se ubican Honduras, Paraguay, Haití y Venezuela. (...)*”. Información obtenida de la siguiente página web del Organización No Gubernamental: http://www.transparency.org/news/pressrelease/20121205_colombia_necesita_mostrar_resultados_concretos_contra_la_corrupcio

la asociación diferencial y de la anomia⁸². Como profundizar en el tema desviaría los objetivos de este trabajo, enseguida veremos tres aspectos de suma importancia en la corrupción: las causas, los efectos y la respuesta estamental.

3.2 Etiología de la corrupción en los contratos del Estado

Los factores que inciden en la generación de corrupción en la contratación estatal son diversos y complejos debido a la conjunción de aspectos motivacionales, socioculturales y funcionales presentes en el fenómeno. Sin embargo, para mayor comprensión, la doctrina los clasifica en tres causas básicas: 1) Por la desviación de intereses (motivación del individuo); 2) Por las circunstancias que facilitan el abuso del poder; y 3) Por el beneficio extraposicional perseguido⁸³.

3.2.1 Aspecto interno de la corrupción (motivación del sujeto)

Dentro de los factores que llevan a funcionarios a declinar en el cumplimiento de sus deberes legales, para dejarse llevar por prácticas corruptivas en la actividad contractual, encontramos en primer lugar, la tolerancia social hacia la corrupción, debido al arraigo del fenómeno en la sociedad por falta de conciencia colectiva suficiente para superar el nexo de amistad, admiración, lealtad o de provecho que se tenga frente a personas de quien se tiene conciencia absoluta de su actuar egoísta y privilegios injustos⁸⁴. A ello sumaría el hecho de la crisis de los valores, en tanto las mismas instituciones y la sociedad admiran o respetan a determinado personaje -funcionario o empresario- por el crecimiento de su poder, más no por los beneficios colectivos reportados por éste al interés público.

En segundo lugar y sin que implique justificación⁸⁵, están las desventajas laborales de los servidores públicos, entre ellas, la mala remuneración de sus servicios e inestabilidad en el empleo. En el primer caso, un régimen salarial en desarmonía con las funciones del cargo y el perfil (profesional, personal y social) del empleado

⁸² Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública—Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 34, 36.

⁸³ *Ibidem*. Páginas 48, 57, 70.

⁸⁴ *Ibidem*. Páginas 48, 49.

⁸⁵ Según Aristóteles: “[e]l hombre virtuoso puede saber soportar noblemente la miseria, la enfermedad, y otros muchos males”. (Aristóteles. Política. Editorial Espasa Calpe S.A., Vigésima cuarta edición. Madrid – España. 2007. Página 165).

público, crea y eleva el riesgo de la corrupción. Y en el segundo caso, el ingreso a la función pública mediante recomendaciones o cuotas políticas, instrumentaliza al empleado que se encuentra en situación de interinidad, atendiendo que su permanencia en el cargo dependerá de las órdenes e instrucciones de su “padrino político”⁸⁶ y no de su deber de probidad. Con lo cual, esa vinculación a la función pública (situación de anomia⁸⁷), hace sostenible el riesgo de corrupción.

Un tercer aspecto motivacional de corrupción, aparece en la financiación irregular de los grupos y partidos políticos. Este fenómeno se presenta cuando el sector privado hace donaciones a las campañas electorales de ciertos candidatos, con la pretensión de obtener contratos en el correspondiente periodo constitucional del político patrocinado⁸⁸.

Ante a esta situación, la Ley 1474 de 2011 -conocida como Estatuto Anticorrupción- prohibió a las entidades prestadoras de los servicios de salud (artículo 11-4) y al sector privado (artículo 2º), hacer aportes a las campañas políticas. Sin embargo, la medida permite a los empresarios hacer donativos mínimos para los aspirantes a cargos uninominales (Presidencia, gobernaciones o alcaldías), sin ninguna restricción para candidatos a las Corporaciones Públicas⁸⁹.

⁸⁶ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública—Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 50, 51.

⁸⁷ De acuerdo con Durkheim: “*para que los sentimientos colectivos que protege el derecho penal de un pueblo en un momento determinado de su historia logren penetrar así en las conciencias que le estaban cerradas hasta entonces, o adquirir más dominio allí donde no tenían bastante, es preciso que adquieran una intensidad superior a la que tenían hasta entonces. Es necesario que la comunidad en su conjunto los sienta con más viveza, porque no pueden emplear en otra parte la fuerza mayor que les permita imponerse a los individuos que hasta ahora les eran muy refractarios.*”. (Durkheim, Émile. Las Reglas del Método Sociológico. Ediciones Morata S.A., Tercera edición sobre la 18ª francesa (P.U.F.). Madrid – España. 1982. Página 93).

⁸⁸ *Ibidem*. Páginas 48, 49.

⁸⁹ El artículo 2º de la Ley 1474 de 2011, es del siguiente tenor literal: “*Artículo 2º. Inhabilidad para contratar de quienes financien campañas políticas. El numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993 tendrá un nuevo literal k), el cual quedará así: Las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, quienes no podrán celebrar contratos con las entidades públicas, incluso descentralizadas, del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato. La inhabilidad se extenderá por todo el período para el cual el candidato fue elegido. Esta causal también operará para las personas que se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil de la persona que ha financiado la campaña política. Esta inhabilidad comprenderá también a las sociedades existentes o que llegaren a constituirse distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios hayan financiado directamente o por interpuesta persona campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones y las alcaldías. La inhabilidad contemplada en esta norma no se aplicará respecto de los contratos de prestación de servicios profesionales.*”.

3.2.2 Aspecto externo de la corrupción (factores que la facilitan)

Como acertadamente expone el profesor CASTRO CUENCA, la motivación del funcionario no resulta suficiente para consumarse el acto corruptivo, se requiere además de manifestaciones externas materializadas en actuaciones y decisiones administrativas, que dependerían de la laxitud del ordenamiento jurídico. De tal suerte que un efectivo sistema de control previo, podría evitar su aparición⁹⁰. Uno de los primeros factores que hacen posible este tipo de desviaciones dentro de la Administración Pública, es el incremento cada vez mayor de la contratación estatal a causa de los cambios de los modelos económicos⁹¹. *Verbi gracia*, uno de los efectos inmediatos del *neoliberalismo*, como la privatización de las entidades y el recorte del empleo público, exigen de mayor contratación con particulares⁹².

Otro factor externo asociado a la corrupción en la contratación pública, es el abuso de la discrecionalidad otorgada a los servidores del Estado⁹³, pues no obstante que las decisiones dentro de la actividad contractual en su mayoría son regladas (sujeción a la ley y a los reglamentos)⁹⁴, el remanente de potestad discrecional otorgada a los funcionarios (autonomía objetiva), es tergiversada en la corrupción como libertad de decisión (autonomía subjetivada), confundiéndose la facultad discrecional con la arbitrariedad (desviación de poder), para así lograr los fines

⁹⁰ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Página 57.

⁹¹ De acuerdo con los valores y registros acumulados por el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP en el año 2012 se reportaron: 5.248 contratos por valor de \$16,028.813.119.096.00 celebrados mediante licitación pública, 4.141 mediante concurso de méritos por \$1,624.702.756.637.00, 27.279 por valor de \$10,093.981.747.300.00 a través de selección abreviada, 267.162 contrataciones directas por \$25,172.079.120.500.00, 186.116 contratos por valor de \$2,798.844.341.753.00 en contratación de mínima cuantía, y 21.743 por otras modalidades de contratación en cuantía de \$8,195.263.395.741. Para el año 2011 se registraron en el portal: 7.626 contratos por \$36,955.566.505.601.00 celebrados mediante licitación, 5.040 mediante concurso de méritos por \$1,908.933.890.711.00, 52.579 por \$8,585.358.884.553.00 a través de selección abreviada, 88.236 contrataciones directas por \$17,794.173.760.124.00, 104.120 contratos por \$33,590.847.302.895.00 en contratación de mínima cuantía, y 5.532 por otras modalidades de contratación en cuantía de \$2,463.164.908.353.00. Para el año 2010 se registraron en la web oficial: 6.520 contratos por \$19,177.150.350.137.00 celebrados mediante licitación, 4.644 mediante concurso de méritos por \$1,666.957.857.890.00, 41.776 por \$7,926.968.664.425.00 a través de selección abreviada, 60.575 contrataciones directas por \$11,894.562.046.126.00, no reporta información sobre contratación de mínima cuantía, 1.814 contratos por otras modalidades de contratación por \$1,030.290.436.734.00. Información tomada de la siguiente página web: <https://www.contratos.gov.co/puc/montos.html>

⁹² Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Obra citada. Página 59.

⁹³ *Ibidem*. Página 65.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-154 de marzo 19 de 1997, expediente No. D-1430, M.P. Hernando Herrera Vergara.

desviados, trayendo consigo, además, la vulneración de los principios de razonabilidad, proporcionalidad y eficacia de la Administración Pública⁹⁵.

Y un tercer factor externo de corrupción, presente en la contratación estatal, es la ineficiencia orgánica en los trámites reglamentarios, traducida en el “paquidérmico” funcionamiento de la Administración Pública. El efecto inmediato por los retrasos en los procedimientos internos a cargo de las entidades genera corrupción, en la medida en que estarán latentes los riesgos de sobornos para agilizar los trámites administrativos en la contratación estatal (*pagos de engrase*)⁹⁶, *verbigracia*, para la firma del contrato adjudicado, la aprobación de las garantías y por supuesto, para el pago de las cuentas presentadas. A pesar del *derecho de turno* adoptado por el legislador para el pago de las acreencias de los contratistas⁹⁷, no hay reglamento aún sobre el mecanismo de registro y publicación de las cuentas.

3.2.3 Aspecto material (beneficio extraposicional)

La subjetividad con que ciertos funcionarios manejan los recursos públicos, sumado a la inoperancia de los instrumentos de control durante la actuación contractual, fomentan el riesgo de corrupción administrativa. Uno de los casos emblemáticos es la desnaturalización del contrato de concesión, donde el concesionario debe hacer inversión de sus propios recursos -por su cuenta y riesgo- para la ejecución de un proyecto o macroproyecto de infraestructura pública, a cambio de la explotación temporal de la misma. Sin embargo, en los países tercermundistas es común la entrega de anticipos a los concesionarios⁹⁸, cuando tal desembolso sólo procede en los contratos de obra o incluso los de asociación, pero nunca en los de concesión.

⁹⁵ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 66, 68, 69.

⁹⁶ *Ibidem*. Página 70.

⁹⁷ En lo que respecta al pago de las acreencias a favor del contratista, el artículo 19 de la Ley 1150 de 2007, de manera textual dispuso: “*Artículo 19. Del derecho de turno. El artículo 4° de la Ley 80 de 1993, tendrá un numeral 10 del siguiente tenor. ‘Artículo 4°. (...) “10. Respetarán el orden de presentación de los pagos por parte de los contratistas. Sólo por razones de interés público, el jefe de la entidad podrá modificar dicho orden dejando constancia de tal actuación. Para el efecto, las entidades deben llevar un registro de presentación por parte de los contratistas, de los documentos requeridos para hacer efectivos los pagos derivados de los contratos, de tal manera que estos puedan verificar el estricto respeto al derecho de turno. Dicho registro será público. Lo dispuesto en este numeral no se aplicará respecto de aquellos pagos cuyos soportes hayan sido presentados en forma incompleta o se encuentren pendientes del cumplimiento de requisitos previstos en el contrato del cual se derivan’.*”. [Destacado fuera del texto original].

⁹⁸ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Obra citada. Páginas 70 y 71.

La anterior situación no tuviera trascendencia, sino fuera porque los medios de control legalmente instituidos resultan inoperantes para la correcta inversión del presupuesto público. El ordenamiento jurídico, ha creado dos sistemas de control fiscal para la protección de los recursos públicos: de un lado el control interno o administrativo que deben ejercer las propias autoridades (artículos 209-2º y 269 C. Pol.), y de otro, el control externo o fiscal a cargo de las contralorías General de la República o las territoriales (artículo 267 *ibídem*)⁹⁹.

Sin profundizar en detalle sobre los factores desencadenantes de la ineficacia e ineficiencia de los sistemas de control fiscal, tan solo se dirá que uno fundamental está relacionado con la designación de los responsables de ejercer el control, pues al Jefe de Control Interno lo nombra discrecionalmente el representante legal de la entidad y a los contralores los eligen las corporaciones públicas de elección popular (Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos).

3.3 Efectos de la corrupción en la contratación estatal

Cada una de las causas de corrupción examinadas en precedencia, trae consigo unas consecuencias lesivas para el bienestar general. En el aspecto interno de la corrupción (desviación de intereses), se afecta la objetividad de la Administración y específicamente la libre competencia. En el aspecto externo (abuso del poder), se afecta la legitimidad del sistema y consecuente con ello la confianza de los coasociados en el Estado. Y en el aspecto material de la corrupción (obtención de un beneficio), se reduce la eficiencia de la Administración Pública, bien por la apropiación ilícita del patrimonio público o por la deficiente calidad de las obras o del servicio contratado¹⁰⁰.

3.3.1 Afectación de la libre competencia empresarial

Desde la perspectiva de la desviación de intereses (factores motivacionales), se vulnera *la libre competencia empresarial*¹⁰¹, en virtud de la monopolización de hecho

⁹⁹ Ramírez Cardona, Alejandro. Hacienda Pública. Editorial Temis S.A., Cuarta Edición. Bogotá D.C., 1998. Páginas 468, 474.

¹⁰⁰ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Obra citada. Página 74.

¹⁰¹ Mediante las Resoluciones No. 54693 y 54695, ambas del 16 de septiembre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio, sancionó a personas naturales y jurídicas pertenecientes al denominado “Grupo Nule” por conductas anticompetitivas derivadas de acuerdos en la contratación pública que adelantó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el año 2007, para la interventoría de los contratos conocidos

de los contratos estatales que representan los acuerdos ilícitos entre funcionarios y ciertos contratistas (cárteles de la contratación), pues para poder contratar con la Administración Pública los empresarios excluidos deben concertar sobornos¹⁰² con los ordenadores del gasto, ofreciendo incluso mayores beneficios que los integrantes de los monopolios.

De esa forma se abre un paso a los “oligopolios”, conformados por un selecto grupo de empresarios que canalizan la contratación.

La primera consecuencia perceptible de la ausencia de libre competencia, es que se reduce la inversión de las grandes empresas (nacionales y extranjeras), dado el trato inequitativo, el aumento de los costos asociados al contrato, la disminución de la tasa de retorno y la incertidumbre que ello genera, asociado al fracaso del fin de la contratación. Todo lo cual, conduce a que la inversión privada en proyectos públicos sea reemplazada por fuentes ilícitas provenientes de organizaciones criminales, quienes utilizan la contratación pública para su financiación a través de operaciones de lavados de activos con empresas de fachadas¹⁰³, permitiéndoles el fortalecimiento de su actuar criminal y un *estatus* político-social simbólico¹⁰⁴.

La segunda consecuencia de las reglas de libre competencia, es el incremento de los bienes y servicios objeto de contratación, toda vez que al existir un acuerdo ilícito producto de sobornos y de prácticas corruptivas, debe inflarse el monto real del contrato para crear un punto de equilibrio para el contratista o éste debe bajar ostensiblemente el volumen o calidad del bien o servicio contratado, reduciendo la calidad de vida de los coasociados o impidiéndole el acceso a servicios públicos a las clases más necesitadas y deprimidas¹⁰⁵.

públicamente como de Bienestarina y de Hogares, por violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones o concursos), artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010. Tomado del siguiente *link*: <http://www.sic.gov.co/es/superindustria-sic-sanciona-a-integrantes-del-grupo-nule>

¹⁰² Tiedemann, Klaus. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Editora Jurídica Grijley. Perú. Segunda edición. 2007. Página 174.

¹⁰³ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública—Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 75, 76, 77.

¹⁰⁴ Entre otros casos, pueden citarse la sentencia de única instancia No. 32081 de octubre 28 de 2009 contra el ex Gobernador de Casanare William Hernán Pérez Espinel, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero; y la reciente condena impuesta el 11 de septiembre de 2013 contra el ex Gobernador de Sucre Salvador Arana, ambas por financiamiento de grupos armados ilegales a través de contratos estatales.

¹⁰⁵ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Obra citada. Página 77.

3.3.2 Deslegitimación del sistema democrático

Los factores externos que facilitan el abuso del poder para la materialización de la corrupción en la contratación pública, atentan contra la confianza en la legitimidad del Estado de Derecho, mediante dos manifestaciones: una interna, caracterizada por la desconfianza de los coasociados en sus instituciones públicas y en el funcionamiento de la Administración Pública; y otra repercusión externa, reflejada en la desconfianza de la comunidad internacional hacia las políticas del Estado y a las actuaciones de sus gobernantes¹⁰⁶.

Al respecto, la percepción de los ciudadanos sobre la corrupción en el continente Americano (IPC), realizada por la ONG Transparencia Internacional para el año 2012, arrojó el siguiente resultado¹⁰⁷:

Tabla No. 1 – IPC en el Continente Americano en el año 2012:

Posición Mundial	Posición Continente	Nombre del País	IPC 2012 puntaje
9	1	Canadá	84
15	2	Barbados	76
19	3	United States	73
20	4	Chile	72
20	4	Uruguay	72
22	6	Bahamas	71
22	6	Saint Lucia	71
33	8	Puerto Rico	63
36	9	Saint Vincent and the Grenadines	62
41	10	Dominica	58
48	11	Costa Rica	54
58	12	Cuba	48
69	13	Brasil	43
80	14	Trinidad and Tobago	39

¹⁰⁶ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Obra citada. Páginas 78 y 79.

¹⁰⁷ Información tomada del siguiente link: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>

83	15	El Salvador	38
83	15	Jamaica	38
83	15	Panamá	38
83	15	Perú	38
88	19	Suriname	37
94	20	Colombia	36
102	21	Argentina	35
105	22	Bolivia	34
105	22	México	34
113	24	Guatemala	33
118	25	República Dominicana	32
118	25	Ecuador	32
130	27	Nicaragua	29
133	28	Guyana	28
133	28	Honduras	28
150	30	Paraguay	25
165	31	Haití	19
165	31	Venezuela	19

3.3.3 Ineficiencia de la Administración Pública

El beneficio individual obtenido a causa de la corrupción en la contratación pública (beneficio extraposicional), correlativamente significa un impacto negativo para los presupuestos públicos, atendiendo que la apropiación indebida de los recursos del Estado que se desvían a particulares y funcionarios disminuyen la inversión social, especialmente en los sectores de educación y salud pública¹⁰⁸, conllevando a la implementación de ciertas medidas impopulares como la creación o aumento de tributos, o recortes en las políticas sociales de primera necesidad.

¹⁰⁸ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Página 82.

La contratación instrumentalizada para fines corruptivos, hace ineficiente los fines estatales, dependiendo del momento en que se presente. Por ejemplo, en la fase de *planeación*, la corrupción puede auspiciar macroproyectos innecesarios para la comunidad, pero jugosos para los fines desviados que ella persigue; en la etapa de *adjudicación*, se escoge una propuesta simbólica sin ponderar la relación de mayor calidad y menor costo para la entidad estatal, o sin cumplirse todos los requisitos habilitantes determinados por la ley; en la fase de *ejecución*, por cuanto el pago de sobornos es retornado por el contratista a través de sobre costos o por reducción en la calidad de los bienes o servicios¹⁰⁹; y en la de *liquidación*, porque se reconocen prestaciones no ejecutadas, sobrevaloradas o incluso irreales.

3.4. Medidas contra la corrupción contractual en Colombia

El Código Penal de 1936 (Ley 95 de 1936), tenía su fundamento jurídico imbricado en las corrientes positivistas y clásicas trasladadas del derecho penal italiano¹¹⁰. Bajo esta concepción, se inicia en nuestro país el primer intento por contrarrestar la corrupción pública generada en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que progresivamente venían realizando las entidades oficiales con particulares. La naciente política de reducción del tamaño del Estado, por la inoperancia de sus instituciones en el cumplimiento de sus cometidos y la expansión de los servicios públicos -surgida de la recesión del año 1929-, llevaron de manera galopante al auge de las contrataciones públicas¹¹¹.

Animado por ese fin, el Legislador del año 1936 eleva a delito algunas conductas de los funcionarios públicos competentes en la actividad contractual (artículo 162). Una de ellas¹¹², era cuando en la licitación pública, en la celebración o liquidación del contrato de la Administración, se utilizaren maniobras engañosas o acuerdos clandestinos con los interesados, para obtener un resultado cualquiera. También, el artículo 167 del Código Penal de 1936, cobijaba la conducta del funcionario o del particular que transitoriamente desempeñara funciones públicas, que directa o

¹⁰⁹ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Obra citada. Página 83.

¹¹⁰ Gómez Méndez, Alfonso; y Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá D.C. 2008. Páginas 348 y 349.

¹¹¹ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; García López, Luisa Fernanda; y Martínez Vargas, Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General “Perspectiva comparada y regulación internacional”. Página 32.

¹¹² Ley 95 de 1936: “Artículo 162. El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión...”.

indirectamente se interesaren en provecho propio, de cualquier clase de contrato u operación en que debieran intervenir en ejercicio de su cargo.

La evolución de los modelos económicos desde el capitalismo puro, luego el intervencionismo estatal y actualmente el neoliberalismo, han impactado el actuar de la Administración Pública y por supuesto, llevado a la reformulación de las políticas internas y externas del país. En la década de los 60, debido al furor del intervencionismo, se adoptó una estructura rígida en materia contractual -basada en la teoría francesa de la *sustantividad* de la contratación pública- que pregonaba una independencia del nuevo régimen jurídico frente a los contratos del derecho privado¹¹³. El auge de la contratación administrativa y los conflictos sociales que ésta empezaba a generar, obligaron a muchos estudios sobre intervención penal.

La Comisión Redactora de 1976, encargada de la elaboración del pasado Código Penal (Decreto 100 de 1980), en cuanto al sentido y alcance de la nueva política criminal en materia de contratación pública, sostuvo que ante lo trascendente de la actividad contractual del Estado, que iba más allá del simple tráfico jurídico entre los particulares, por cuanto estaba en medio la prestación de servicios públicos y altos recursos del tesoro, el derecho penal no podía ser ajeno a ese contexto socio político y económico, debiendo adoptar pautas mínimas para el servidor oficial, a fin de asegurar el patrimonio público, la eficacia y prestigio de la administración¹¹⁴.

En ese contexto, los primeros antecedentes legislativos del delito objeto de estudio se remontan al proyecto de Código Penal del año 1976 que dedicó un capítulo a la celebración indebida de contratos de la Administración Pública, bajo las siguientes modalidades: 1) Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 172); 2) Concertación fraudulenta (art. 172); 3) interés ilícito en la celebración de

¹¹³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 32 y 33.

¹¹⁴ Gómez Méndez, Alfonso, y Gómez Pavajeau Carlos Arturo, en su obra “Delitos contra la Administración Pública” (Universidad Externado de Colombia, tercera edición, Bogotá D.C. 2008, página 350), haciendo referencia al objeto jurídico y tutela penal, transcriben los siguientes apartes contenidos en las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal de 1976 (pp. 96 y ss.): “...Dada la especial importancia que en la vida moderna tiene la actividad estatal, que invade campos que antes estaban limitados a la iniciativa particular, y habida cuenta que esta actividad se traduce en la prestación de servicios previa la celebración de contratos que en ocasiones demanda la inversión de grandes sumas de dinero, se ha considerado que el derecho penal no puede ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. Así como en otras ramas del derecho se han ocupado en señalar pautas mínimas para el servidor público, el derecho penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas aquellos comportamientos del empleado que al actuar en la celebración de contratos viola unas pautas mínimas pero esenciales, lesionando o por lo menos poniendo en peligro intereses pecuniarios del Estado y principalmente el prestigio, eficacia y buen nombre de la Administración...”.

contratos (art. 173); 4) Aprobación o celebración indebida de contratos (art. 174); 5) pactar precios superiores a los permitidos en los contratos de arrendamiento o enajenación de inmuebles (art. 175); 6) Adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, inservible, innecesario o suntuario (art. 176). Con este proyecto, el Estado buscaba un mayor grado de intervención penal en los contratos públicos.

Posteriormente, mediante el Código Penal de 1980 (Decreto 100 de enero 23 de 1980), el legislador extraordinario acogió sólo tres de las modalidades delictivas para los contratos de la Administración Pública, propuestas por la Comisión Redactora del año 1976. Específicamente, el originario artículo 146 tipificó por primera vez en Colombia la celebración indebida del contrato por inobservancia de requisitos legales¹¹⁵.

Más tarde y a fin de evitar excesos por la amplitud de la norma¹¹⁶, el Decreto 141 de enero 25 de 1980 (expedido dos días después), modificó el citado artículo 146 del Código Penal, introduciendo un ingrediente normativo al tipo objetivo: “*esenciales*”, el cual ha centrado prolijas investigaciones y es objeto del presente trabajo. El Código Penal vigente, salvo lo relativo a la supresión del elemento subjetivo (*provecho ilícito*), conservó la misma redacción.

Por consiguiente, desde hace casi de treinta y cinco años la respuesta político criminal del Estado Colombiano, para enfrentar el mayor flagelo de la corrupción pública¹¹⁷ proveniente de la contratación administrativa, se direcciona en tres sentidos: el primero, garantizando los principios de *igualdad y moralidad* con la implementación de un régimen de inhabilidades e incompatibilidades para contratar¹¹⁸. El segundo enfoque, que será abordado en esta investigación, bajo el argumento de proteger el principio de *legalidad* de la contratación Pública¹¹⁹. Y el último, para proteger los principios de transparencia e imparcialidad¹²⁰.

¹¹⁵ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Página 364.

¹¹⁶ Gómez Méndez, Alfonso; y Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá D.C. 2008. Página 405.

¹¹⁷ Velásquez Gómez, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer semestre año 2011. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia. 2011. Página 51.

¹¹⁸ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-415, septiembre 22 de 1994, expediente D-491, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹⁹ Corte Constitucional. Sala Plena, sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente D-3375, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra; reiterada con sentencia C-976 de septiembre 12 de 2001, con ponencia del Magistrado Jaime Araujo Rentería.

¹²⁰ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-128 de febrero 18 de 2003, expediente D-4190, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

3.5 La corrupción en los tratados y convenios internacionales

En la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (Resolución 41/128 del 4 de diciembre de 1986), la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció “*el desarrollo*” como un derecho humano inalienable, mediante un proceso global económico, social, cultural y político, que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan y el respeto de las libertades fundamentales¹²¹. Bajo esta filosofía universal, los organismos internacionales vienen considerando de forma progresiva que la corrupción en el sector público, representa uno de los flagelos que lesiona el desarrollo del ser humano y de las propias naciones.

Específicamente, ciertos tratados internacionales en forma tangencial han aludido a los principios de transparencia y objetividad en los procesos contractuales, como pilares de prevención contra la corrupción. La Convención Interamericana Contra la Corrupción¹²², contempló el compromiso de los estados de adoptar medidas preventivas para crear, mantener y fortalecer sistemas en la contratación de los bienes y servicios del Estado, que aseguraran los principios de *publicidad, equidad y eficiencia*. Sin embargo, dentro de los actos de corrupción adoptados en este instrumento internacional (artículo VI, numeral 1º), no fue tutelado el principio de *legalidad* derivado de los procedimientos contractuales.

En la Convención de Palermo¹²³, únicamente se hizo mención a la penalización de la corrupción, pero referido a los actos de beneficio indebido para funcionarios oficiales o particulares por el ejercicio de los deberes públicos. Nada se dijo sobre la *legalidad* de la contratación administrativa. Sin embargo, la Corte Constitucional determinó que dicho Instrumento internacional fortalecía los mecanismos de prevención, control y represión contra la corrupción en todos sus niveles¹²⁴.

¹²¹ Velásquez Gómez, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Primer semestre año 2011. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín – Colombia. 2011. Página 51.

¹²² Convención Interamericana Contra la Corrupción. Caracas (Venezuela). Diciembre 29 de 1996. Aprobada en Colombia mediante la Ley 412 de 1997. Artículo III.

¹²³ Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo (Italia). Diciembre 12 de 2000. Aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003. Artículo 8º-1.

¹²⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-962 de octubre 21 de 2003, expediente L.A.T.-234, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Con la Convención de Mérida, fue decantada de manera expresa la contratación pública como fuente de corrupción administrativa. En este nuevo instrumento internacional, los estados convinieron implementar sistemas apropiados y eficaces de contratación pública, basados en los principios de *transparencia, competencia y selección objetiva* en la contratación administrativa, para prevenir la corrupción en la Administración Pública y el lavado de caudales públicos¹²⁵.

La Convención de Mérida estableció derroteros bien definidos sobre la corrupción generada de los procesos contractuales y dejó abierta la facultad para que los estados suscribientes y adherentes de dicho instrumento internacional, adoptaran los mecanismos jurídicos eficaces con miras a dejar sin efecto, revocar o anular los contratos públicos, concesiones o cualquier otro negocio jurídico, generador de actos de corrupción¹²⁶.

¹²⁵ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York (EE.UU). octubre 31 de 2003. Aprobada en Colombia mediante la Ley 970 de 2005. Según el artículo 9º, esos sistemas de contratación, debían abordar los siguientes aspectos: 1) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública y contratos, incluida información sobre licitaciones e información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, para que los interesados puedan disponer de tiempo suficiente para preparar y presentar sus propuestas. 2) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación, así como su publicación. 3) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública, a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos. 4) Un mecanismo eficaz, para garantizar la respuesta objetiva de los recursos y las soluciones legales en caso de no respetarse las reglas o los procedimientos establecidos. 5) La adopción de medidas especiales para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y su capacitación.

¹²⁶ Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York (EE.UU). octubre 31 de 2003. Artículo 34.

CAPÍTULO SEGUNDO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL DELITO Y LAS DESVIACIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el presente capítulo se examinará el principio de legalidad en el derecho penal y su relación con las desviaciones en la contratación administrativa. Para lo cual, abordaremos el estudio básico de las normas penales y las formas de tipificación de la celebración indebida de los contratos estatales, en el contexto legislativo del derecho comparado. Estudio que resulta necesario, para delimitar el ámbito de regulación y alcance jurídico del principio de legalidad en los dos ordenamientos normativos, y la posterior interrelación que resulta del tipo penal adoptado hace más de tres décadas en el derecho penal colombiano.

Con tal propósito, empezaremos por el estudio de las posturas doctrinales en cuanto al contenido, interpretación y aplicación de las normas jurídico penales. Luego, se hará un breve recorrido por las legislaciones de Europa, Latinoamérica y Colombia, para examinar la penalización de las irregularidades presentadas en la actividad contractual, bajo el brocardo de la tutela del principio de legalidad administrativa en la tramitación, celebración y liquidación del contrato estatal.

Al final, se analizarán otras formas de enfrentar penalmente las irregularidades cometidas en el desarrollo de la contratación de las administraciones públicas, de acuerdo con el derecho comparado, las cuales si bien no guardan relación directa con la tutela penal del principio de legalidad de los contratos estatales, protegen ciertos postulados inherentes a la función administrativa. De esta manera, tener mayor comprensión en cuanto a las políticas anticorrupción adoptadas por otras naciones, en la lucha de uno de los mayores fenómenos que generan corrupción pública e inequidad social.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL DELITO: PRESUPUESTO DE LEGITIMIDAD DEL DERECHO PENAL

En la evolución del derecho penal, la Reforma Protestante del siglo XVI dio inicio a la tolerancia por las ideologías religiosas y con ello a la ruptura de la hegemonía intelectual, cultural y religiosa concentrada en la Iglesia Católica¹²⁷, pero ante todo a los primeros procesos de secularización que abrieron paso al movimiento iluminista en la Edad Media. Avance concluyente para consolidar el humanismo del derecho penal durante los estados estamental y absolutista, en los cuales se concedía a los jueces un excesivo margen de libertad -arbitrio- al momento de aplicar las leyes, permeable a la analogía en contra del procesado¹²⁸, dada la falta de claridad y ambigüedad de las normas descriptivas del delito y de la sanción.

Con la teoría constitucional de la separación de poderes, el ordenamiento jurídico adscribe precisas funciones a cada rama del poder público, para evitar el arbitrio que imperaba en los Estados absolutistas de los siglos XVI al XVIII, los cuales refugiados en el derecho divino, concentraban en el monarca las potestades administrativas, legislativas, judiciales, de tributación y de suprema autoridad del ejército¹²⁹. El triunfo de la Revolución Francesa de 1789, fruto del pensamiento iluminista, significó que únicamente correspondía al Legislador hacer, interpretar, modificar o derogar la Ley; al Gobernante ejecutarla, mediante reglamentos para hacer cumplir los mandatos legales; y a la judicatura aplicar la Ley a cada caso concreto e imponer las consecuencias jurídicas por su desobediencia.

En Francia, la separación de funciones nacida de la revolución, se estableció con la Ley 16 de agosto 24 de 1790, reafirmada con el artículo 3º de la Constitución de 1791, al señalar lacónicamente que: *“los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”*¹³⁰. Principio, acogido en las Constituciones Políticas colombianas, correspondientes a los años 1843 (artículo 13), 1886 (artículo 57) y 1991 (artículo 113).

¹²⁷ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Derecho Penal y Edad Media. Giro Editores Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2004. Páginas 75 y 76.

¹²⁸ Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. La Dogmática de la teoría del delito – Evolución Científica del Sistema del Delito. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2007. Páginas 26, 27 y 28.

¹²⁹ Naranjo Mesa, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. 4ª edición. Librería Temis. Bogotá D.C., 1991. Página 169.

¹³⁰ Rodríguez Rodríguez, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. 8ª edición. Editorial Temis. Bogotá D.C., 1995. Página 19.

En el Siglo de las Luces, con el antecedente del pensamiento humanista de MONTAGNE y THOMASIIUS y del concepto de la dignidad humana o del hombre como *ser éticamente libre*, edificado en el siglo XVII de SAMUEL PUFFENDORF, CESARE BECCARÍA, bajo la influencia de las ideas contractualistas de LOKE, ROUSSEAU y MONTESQUIEU, pregonaba entre otros principios, el de la legalidad del delito y de las penas, acuñado más tarde por FEUERBACH bajo el apotegma: “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”¹³¹, garante de la seguridad jurídica actual.

El principio de legalidad del delito y de las penas es de las máximas conquistas logradas por el derecho penal, gracias a la publicación (en el año 1764) de la obra imperecedera “*de los delitos y de las penas*” de BECCARÍA¹³², quien basado en el movimiento iluminista de la época, proclamó que sólo la ley podía restringir la libertad de los hombres, debido a que éstos de forma voluntaria decidieron sacrificar una parte de ese atributo natural -para unirse en sociedad-, “*hastados de vivir en continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil*”. Esa concepción contractualista de la vida en sociedad, pregonó que la suma de esas fracciones de libertad, son sacrificadas para el bien común constituyendo la “soberanía de la nación”. Ese nuevo soberano era el legítimo administrador y depositario de esas libertades, y por ello debía defenderlas.

En el campo del derecho penal moderno (1906), una de las mayores conquistas del movimiento iluminista fue la implementación del principio de *tipicidad*, por parte de ERNEST VON BELING, como restricción al poder arbitrario del soberano y del juzgador en la aplicación de la ley. Principio que pese a tantas críticas, finalmente resultó rescatada por M. E. MAYER en 1915¹³³, para quien la tipicidad, vista como categoría dogmática, es el fundamento para conocer la antijuridicidad.

En el moderno Estado de derecho, surgido de la revolución francesa, la ley pasa a ser el instrumento de control social que reemplaza el discurso religioso medieval, para materializar su legitimidad en el sometimiento de todos al ordenamiento jurídico, en el cual se abre un espacio discursivo para la promoción de los valores fundantes de la sociedad. En este ámbito, el orden jurídico viene a ser expresión

¹³¹ Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. La Dogmática de la teoría del delito – Evolución Científica del Sistema del Delito. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2007. Páginas 31, 38 y 39.

¹³² Beccaría, Cesare. De los delitos y de las penas. Introducción de Nódier Agudelo Betancur. Tercera Edición. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., página 10.

¹³³ Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal – Parte General. 3ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Medellín – Colombia. 2007. Páginas 264 y 265.

del pacto y por ende, el derecho funciona como defensor de la racionalidad. Pero esa racionalidad, como señala el profesor GROSSO GARCÍA encuentra su fuente en ella misma y tiene su constatación en el derecho positivo, despojándola de cualquier verificación ajena a su contextura¹³⁴.

Dos siglos después de vigencia, el principio de legalidad ha sufrido profundas transformaciones, dada la evolución del método dogmático. El formalismo jurídico de la dogmática naturalista del siglo XIX, fue cuestionado a principios del siglo XX con el pensamiento neokantiano que introduce el dualismo metodológico en el derecho penal, y por ende las consideraciones de valor cultural en todas las categorías del delito. Con este pensamiento, se abrió camino a la nueva teoría del delito, se pasa de un sistema cerrado, caracterizado por la elaboración de los elementos del delito basado en un método deductivo, a un sistema abierto, donde los valores y la realidad social comienzan a definir el contenido de las categorías centrales del ilícito. El apego al estricto tenor literal de la ley, se relativiza¹³⁵.

1.1 Contenido del principio de legalidad en el derecho penal

A partir de la implantación del Estado Liberal de Derecho postrevolucionario, surge una teoría de regulación de los comportamientos sociales (propia), para superar las arbitrariedades del Estado Absolutista y garantizar los principios humanistas de la nueva concepción liberal de Estado: *el positivismo jurídico*. El más importante de sus exponentes fue K. BINDIGN, para quien el *ius puniendi* se relativiza a los mandatos y prohibiciones determinados en las normas positivas del Estado, postura seguida por MEZGER y BAUMANN¹³⁶.

Cuando la disfuncionalidad del Estado Liberal lo lleva a la crisis y debe intervenir en el desarrollo social, aparece otra corriente del positivismo de carácter natural y sociológico, no esencialmente jurídico. Derivándose una transformación en el *ius puniendi* -basado en la función social del Estado-, que legitima la intervención del derecho penal en la libertad de los individuos: *la defensa social*. Se da entonces un

¹³⁴ Grosso García, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Grupo Editorial Ibáñez. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 55 y 56.

¹³⁵ Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹³⁶ Bustos Ramírez, Juan. Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A., tercera edición ampliada y corregida. Bogotá. 2005. Página 24.

cambio de paradigma en el positivismo, al concebirse un *ius puniendi* fundado en el plano sociológico y ya no estrictamente jurídico¹³⁷.

Con los resultados desastrosos derivados del nazismo y del fascismo, el Estado de Derecho intervencionista entra en crisis, dando paso por consiguiente al Estado Social y Democrático de Derecho vigente en nuestros días. Aquí se plantea el *ius puniendi* desde dos posturas: una *socio-estatal general*, reguladora de la vida social y afín a la defensa social desde una perspectiva político-criminal; y la otra, *jurídico-estatal superior*, basada en los principios fundamentales consagrados en la Constitución Política. En ese sentido, el *ius puniendi* obedece a una concepción político-jurídica que le fija contenido, límites y condicionamientos¹³⁸.

Ahora bien, como la norma penal describe los modelos de conducta que atentan contra las condiciones básicas de existencia de una comunidad organizada, la realidad social contribuye a delimitar la prohibición. Esta perspectiva fue planteada por WELZEL, contra el naturalismo y el neokantismo, quien introdujo en 1939 el concepto de adecuación social en el Derecho Penal: “*Quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas conductas que se mueven funcionalmente dentro del orden históricamente constituido*”¹³⁹, en una determinada sociedad. Si la conducta se adecua a esas condiciones básicas de existencia, no pueden entrar en la órbita del derecho penal, así se enmarquen formalmente en un tipo¹⁴⁰.

La jurisprudencia constitucional, ha reiterado que el cambio político de un Estado liberal de derecho, fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad, a un Estado Social de derecho cuyos fines esenciales son servir a la comunidad, la garantía de efectividad de los principios, derechos y deberes, y la protección de los derechos y libertades, presupone la renuncia a las teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia político-criminal. Por consiguiente, sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, conforme al marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas¹⁴¹.

¹³⁷ *Ibidem*. Páginas 24 y 25.

¹³⁸ *Ibidem*. Páginas 25 y 26.

¹³⁹ Cancio Meliá, Manuel. Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. Bogotá D.C., 1998. Página 15.

¹⁴⁰ Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-070 de noviembre 22 de 1996, Rad. D-1021. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Mediante sentencia C-133 de 1999, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado CARLOS GAVIRIA DÍAZ, precisó que el principio de *legalidad* en materia penal garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, en cuanto les permite conocer cuándo y por qué motivos podrían ser objeto de penas, bien privativas de la libertad o de otra índole, para impedir la arbitrariedad o intervención indebida por parte de las autoridades respectivas.

La dogmática penal, entendida como metodología para la adecuada interpretación del derecho penal sustantivo (normas *ius cogens*), ofrece variadas categorías para el entendimiento sistemático del injusto y sus consecuencias. Una de las mayores conquistas dogmáticas en el marco del derecho penal liberal y garantizador que emerge del Estado de Derecho, es el principio de *tipicidad*¹⁴², especialmente las exigencias de *taxatividad*, *precisión* y *claridad* en la definición del delito: desarrollo superlativo del principio de legalidad del delito¹⁴³, pregonado por los iluministas para impedir el arbitrio judicial al momento de la intervención penal.

El principio de tipicidad penal, está directamente relacionado con las normas de mandato y prohibición que consagran los elementos estructurales del delito, no obstante, dependiendo del enfoque dogmático aplicado por el intérprete así serán los resultados del análisis. Como el objeto de esta investigación no será entrar al debate de las escuelas clásicas, modernas y postmodernas del derecho penal y de la teoría del delito, o si el injusto es un concepto ontológico pre-jurídico o pre-valorativo, o si es valorado jurídicamente por el sistema social -según JAKOBS¹⁴⁴-, tan solo me referiré a los aspectos eminentemente normativos que, desde la teoría del derecho, inciden en la configuración del tipo objetivo examinado.

Para ello resulta necesario remontarnos a un examen profuso sobre las normas jurídicas, como conceptos fundamentales (propios o impropios) del derecho, para luego establecer la legitimidad de su génesis y contenido en el derecho penal. El punto de partida será la actividad legislativa, donde se crean normas utilizando un lenguaje corriente de fácil comprensión para los destinatarios porque son tomadas de la realidad que nos rodea -fuera del mundo jurídico-, a las cuales denomina KAUFMANN “conceptos *impropios* del derecho”, tales como la muerte, nacimiento

¹⁴² Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Parte General, principios y categorías dogmáticas. Grupo Editorial Ibáñez. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2013. Página 202.

¹⁴³ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Páginas 194, 195.

¹⁴⁴ Grosso García, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Grupo Editorial Ibáñez. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 44 y 45.

o matrimonio, entre otros. Por el contrario, los “*conceptos propios del derecho*”, son dotados de una significación valorativa (ordenar, mandar o valorar), donde el presupuesto de hecho no proviene de la realidad empírica, sino del derecho¹⁴⁵.

Dentro de esa categoría de “conceptos propios o fundamentales del derecho”, se encuentran las normas jurídicas, de las cuales emergen varias clasificaciones en cuanto a la naturaleza, forma, alcance, contenido o validez. KAUFMANN clasifica un primer grupo, en norma jurídica *completa o independiente*, integrada por un supuesto de hecho, una consecuencia jurídica y la subsunción entre ambos elementos. Entre ellas, aparecen las normas *imperativas* que contienen mandatos o prohibiciones, las de *garantía* que consagran derechos subjetivos, y otras de *permisión* que legitiman motivos de justificación. También distingue una categoría especial de normas (valorativas), en las cuales el legislador no prohíbe sino que valora la conducta como debida o indebida¹⁴⁶.

En un segundo grupo están las normas *incompletas o dependientes*, aquellas que adolecen del supuesto de hecho o de la consecuencia jurídica, y por contera mal puede predicarse la subsunción entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica correspondiente¹⁴⁷. Dentro de tales normas se encuentran las definiciones legales, las reglas de remisión o de reenvío a otras normas, las de interpretación, las presunciones, las ficciones o de referencias ocultas. Sin embargo, para la mejor comprensión de nuestro estudio, resulta necesaria una revisión sobre el contenido y alcance de las normas jurídico-penales, a fin de establecer los límites de la intervención estatal en la libertad de las personas y los presupuestos de validez de la ley penal.

1.2 Teoría de las normas penales

Para MIR PUIG, la norma jurídica en sentido general es un mensaje prescriptivo expresado en símbolos que consisten en enunciados, cuyo vehículo de expresión son los textos o enunciados legales, aunque no en todos los casos suelen transmitirse los mensajes prescriptivos completos¹⁴⁸. La norma penal, no alude a

¹⁴⁵ Kaufmann, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Reimpresión de la segunda edición. Bogotá D.C., 2002. Páginas 201 y 202.

¹⁴⁶ *Ibidem*. Páginas 206 y 207.

¹⁴⁷ *Ibidem*. Página 207.

¹⁴⁸ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Reppertor, S.L., impreso por Tecfoto, S.L. Reimpresión de la quinta edición. Barcelona España. 2007. Páginas 26 y 27.

una ley ni a regla técnica, sino a la pretensión de vincular obligatoriamente la conducta del hombre a un *deber ser* positivo o negativo impuesto por la ley¹⁴⁹. Para mayor comprensión de las normas penales, enseña el profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ que deben enfocarse desde tres puntos cardinales: 1) atendiendo su naturaleza, 2) su ubicación dentro del sistema jurídico y, 3) su origen o génesis; aspectos que serán abordados en los siguientes epígrafes¹⁵⁰.

1.2.1 Normas penales según su naturaleza

Son varias las elaboraciones para explicar la naturaleza de las normas jurídicas. La primera de ellas es la *teoría monista* o de los *imperativos*, en virtud de la cual, la norma expedida por el poder soberano (Estado), contiene una orden de forzoso cumplimiento -mandato o prohibición- para los ciudadanos, sin consideración a la consecuencia jurídica correspondiente. De tal suerte que las normas penales son entendidas como *normas subjetivas de determinación*¹⁵¹.

Con rasgos parecidos a la anterior, surge la teoría de las normas de BINDING, según la cual debe distinguirse entre los conceptos de norma y ley penal, ya que las normas son proposiciones de derecho que contienen una obligación de *hacer* o de *no hacer* -que puede estar escrita o no- y son anteriores a la propia ley. En cambio, la ley se presenta como una proposición de derecho escrita, dirigida al juez para que derive la consecuencia penal por la infracción de la norma. Por ello, se afirma que el delincuente no quebranta la ley, sino que ajusta su actuar a las prescripciones legales¹⁵².

La tercera concepción es la teoría dualista, con VON LISZT en sus inicios, quien critica la teoría de los imperativos al considerar que la pena tiene por objeto la protección de los bienes jurídicos, por lo que no se debe punir el hecho sino al autor. Con lo cual se concibe a la norma en un doble juicio de valor: uno frente al objeto de protección y será una *norma objetiva de valoración* (antijuridicidad), y el otro, frente al sujeto que delinque o autor (culpabilidad). Lo que implica un enfoque preventivo de la pena. Más tarde, MEZGER reformula la teoría dualista indicando

¹⁴⁹ Bustos Ramírez, Juan. Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A., tercera edición ampliada y corregida. Bogotá. 2005. Página 51.

¹⁵⁰ Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal – Parte General. 3ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Medellín – Colombia. 2007. Página 103.

¹⁵¹ *Ibidem*. Página 103.

¹⁵² *Ibidem*. Páginas 103 y 104.

que las reglas jurídicas, además de las *normas objetivas de valoración*, incluyen *normas subjetivas de motivación* (de determinación), con un enfoque preventivo y retributivo de la pena¹⁵³.

Una cuarta posición, es la teoría pura del derecho defendida por Kelsen quien rechaza la teoría de las normas de BINDING, para señalar que la esencia de éstas radica en la imposición de deberes, por cuanto todas las reglas tienen la misma estructura y por ende, carece de sentido distinguir entre norma y ley. La norma jurídica la concibe como el juicio hipotético que vincula ciertas consecuencias (actos de coacción estatal) a ciertas condiciones (conductas humanas indebidas). De ahí se derivan las denominadas normas *primarias* y las *secundarias*. La primera, es aquella que determina la relación entre el hecho ilícito y la sanción, mientras que la secundaria, prescribe la conducta que *contrario sensu* conlleva a impedir la sanción¹⁵⁴.

Desde otra perspectiva, el funcionalismo de LUHMANN exige que las expectativas normativas reguladas por el derecho penal, requieran de una parte, la existencia de un consenso determinado en torno a ellas, en la medida en que sólo de esa manera sería posible la comunicación entre los miembros de la interacción social, y de otro lado, el contenido de las expectativas normativas si bien son abstractas deben ser identificables, para que ese consenso de la sociedad facilite la interacción entre los actores sociales¹⁵⁵. En la misma orientación, para JAKOBS el orden social y de valores plasmados en la norma jurídica, es la fuente conceptual de la dogmática del delito¹⁵⁶.

1.2.2 Normas según su ubicación y estructura del sistema jurídico

En un primer plano se encuentra la teoría analítica inglesa de HART, quien estima que el lenguaje utilizado en la enunciación y aplicación de las normas crea un sector especial del discurso humano que conduce a la confusión. Por ello, el derecho debe concebirse como el conjunto de distintos tipos de norma. Clasifica las normas en *primarias*, como aquellas que ordenan a los individuos la realización de ciertos actos

¹⁵³ *Ibidem*. Página 104.

¹⁵⁴ *Ibidem*. Página 104.

¹⁵⁵ Montealegre Lynett, Eduardo; y Perdomo Torres, Jorge Fernando. Funcionalismo y normativismo penal – Una introducción a Günther Jakobs. Cuaderno de Conferencias y Artículos No. 37. Universidad Externado de Colombia. 2006. Páginas 19 y 21.

¹⁵⁶ Grosso García, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Grupo Editorial Ibáñez. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006. Página 61.

e impone obligaciones, verbigracia la ley penal. Las *secundarias*, como aquellas que regulan las primarias, las que a su vez clasifica en normas de *reconocimiento*, para identificar las reglas que pertenecen al sistema jurídico; las de *cambio*, para reformar las normas; y las de *adjudicación*, que dan competencia a un funcionario para determinar si alguien infringió una norma primaria¹⁵⁷.

Otro planteamiento sobre la ubicación de la norma y la estructura del sistema jurídico, lo da el funcionalismo alemán de CALLIESS, LUHMANN y HABERMAS, según el cual la regla jurídica como estructura comunicativa no se dirige a sujetos aislados, sino a personas o grupos dentro de un contexto de interacción social, quienes cumplen un rol determinado. Se trata de un complejo de expectativas recíprocas, donde cada uno de los actores espera el comportamiento y los intereses de los otros. Se interesa por la dinámica social de la norma penal¹⁵⁸.

1.2.3 Normas según su estructura lógica

Como indicamos en precedencia, toda norma jurídica común está integrada por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. En el derecho penal, el supuesto de hecho es el tipo penal o delito, y la consecuencia jurídica es la sanción penal. Las normas jurídicas se clasifican en *completas*, *incompletas* y *en blanco*. Las *completas*, contienen el supuesto de hecho (injusto) y la consecuencia (pena). Las *incompletas o dependientes*, son normas que no establecen el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica. Las normas o *tipos penales en blanco*, son aquellas en los que el supuesto de hecho aparece en una norma extrapenal¹⁵⁹.

En 1952, WELZEL elabora su teoría de los tipos abiertos¹⁶⁰, consideró que en ellos se rompe la relación norma prohibitiva – norma permisiva, característica del ilícito penal. A diferencia de los llamados tipos cerrados, en los cuales la descripción contiene los aspectos estructurales del injusto y éste se define negativamente ante la ausencia de normas permisivas, en los abiertos no se describe íntegramente la prohibición. El tipo no es indicio de la antijuridicidad. En el plano de la adecuación típica deben estudiarse los elementos del *deber jurídico* y lo injusto se constata con

¹⁵⁷ Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal – Parte General. 3ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Medellín – Colombia. 2007. Páginas 105 y 106.

¹⁵⁸ *Ibidem*. Página 106.

¹⁵⁹ *Ibidem*. Páginas 108 y 109.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

un juicio positivo. Es un tipo abierto, porque no describe todos los elementos que fundamentan la clase de injusto, hay que indagarlos desde una visión de la antijuridicidad, que se incorpora al tipo penal¹⁶¹.

Sin embargo, considero que el antecedente de los tipos abiertos está en la Edad Media donde la legislación era ambigua, permitiendo un amplio margen de libertad al arbitrio judicial, quienes completaban las leyes basados en fuertes valoraciones religiosas¹⁶². Para WELZEL los tipos abiertos son normas que no definen exhaustivamente la conducta prohibida y necesitan un complemento por parte del juez. De acuerdo a la *naturaleza de las cosas*, hay cierto tipo de comportamientos que el legislador no puede describir minuciosamente, dada la multiplicidad de formas que puede revestir en el mundo real. Cita los tipos imprudentes y los tipos de omisión impropia (comisión por omisión).¹⁶³.

El delito imprudente se reformula como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, a consecuencia de la inobservancia de un deber de cuidado. En los delitos de comisión por omisión, el criterio para imputar un deber de *hacer* (omisión) como equivalente a la realización activa de un comportamiento, radica en la posición de garante. Como no puede el legislador describir exhaustivamente todos los casos en que alguien tiene un deber específico de evitar un resultado, le corresponde hacerlo al juez con base en criterios, como el de creación de fuentes de peligro (competencia por organización) o deberes de protección de bienes jurídicos surgidos institucionalmente (competencia institucional)¹⁶⁴.

Los finalistas entendieron que el complemento de la conducta prohibida con una valoración *ex post*, donde el tipo lo complementa el juez en cada caso concreto, formulando una norma de conducta, no viola el principio de legalidad. La función de advertencia que cumple el principio de legalidad (al señalar los límites entre lo permitido y lo prohibido), queda a salvo porque el tipo imprudente delimita la prohibición con la exigencia de observar deberes de diligencia en la vida de relación. Igual es aplicable a la comisión por omisión, donde sólo responde quien tiene la *posición de garante*. En este sentido, la corriente de WELZEL se mantiene en la actualidad, con la moderna teoría de la imputación objetiva¹⁶⁵.

¹⁶¹ Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, antes citado.

¹⁶² Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Derecho Penal y Edad Media. Giro Editores Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2004. Página 173.

¹⁶³ Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

1.3 Principio de tipicidad

El principio de legalidad -en sentido formal-, por sí solo no resultaba eficaz para la protección de las garantías individuales, porque no delimita en realidad el poder punitivo del Estado, no impide el arbitrio judicial al momento de aplicar la ley, ni determina claramente la conducta punible. Como medida de restricción de esas deficiencias, surge a partir de la Ilustración el principio de *estricta legalidad*, según el cual sólo los *tipos cerrados* cumplen realmente las funciones de determinación y taxatividad que se exige de la ley penal para la garantía de libertad del ciudadano, en el marco del Estado liberal y democrático de derecho.¹⁶⁶

En nuestro país, la técnica legislativa anterior que permite la consagración de *tipos abiertos*, fue acogida para los delitos imprudentes, de infracción de deber y los de omisión impropia (artículo 25 Código Penal)¹⁶⁷, los cuales constituyen una clara excepción al principio de *determinación* legal. De todas formas, la autorización del tipo abierto -que no describe inequívocamente la conducta prohibida-, no releva al legislador del deber de garantía de libertad de las personas, a través de normas penales donde el juicio valorativo sea delimitado por la certeza de la prohibición¹⁶⁸. Aparejado a ello, la Corte Constitucional hace veinte años acuñó la doctrina de los *tipos dinámicos*, para justificar la amplitud valorativa en el delito de terrorismo¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Parte General, principios y categorías dogmáticas. Grupo Editorial Ibáñez. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2013. Página 201.

¹⁶⁷ *Ibidem*. Página 205.

¹⁶⁸ En el salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la citada sentencia de Constitucionalidad C-333 de marzo 29 de 2001, el jurista disidente puntualizó: “...**9. En conclusión**, el principio de legalidad tiene un límite: la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento correspondiente. Estas instancias pueden ser: el juez (en los tipos abiertos), las normas administrativas de inferior categoría a la ley y el derecho consuetudinario (en los tipos en blanco) y la legitimación histórica de los riesgos (en la moderna teoría de la imputación objetiva).”.

¹⁶⁹ La Sala Plena, en sentencia C- 127 de 1993, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, expresó: “...como lo anotó el constitucionalista argentino Humberto Quiroga Lavié, los siglos XVIII y XIX estuvieron dominados por la **estática**. Los discursos, incluyendo el jurídico, se caracterizaban por la descripción precisa de las cosas, las cuales se encontraban en un mundo plano y sin movimiento. Esta concepción estática permeó durante las primeras décadas de este siglo al ordenamiento jurídico, que en materia penal se tradujo en una descripción clara y precisa de los tipos penales. En un mundo así estático, que parecía una fotografía, los tipos abiertos no tenían lugar. El siglo XX está dominado por la **dinámica**. Fue Einstein el que en el discurso de la física introdujo la dinámica que reemplazó a la física estática de Newton. Ello fue un cambio histórico de repercusiones en todos los dominios. El derecho no es la excepción. Es así como el derecho penal de hoy debe responder a maquinarias delictivas ‘en movimiento’, que trascienden los

Para FERRAJOLI, una de las mayores afectaciones del principio de legalidad del delito o de estricta legalidad, se origina en la definición del elemento objetivo. Ello sucede por falta de taxatividad, por cuanto los tipos penales deben estar previstos expresamente por la ley, mediante fórmulas precisas y unívocas que no pueden consistir en cualidades personales del agente, sino en comportamientos externos empíricamente susceptibles de observación y de prueba, técnica que actúa sobre el elemento objetivo del tipo vaciando la significación contenida en las normas, con la consecuente expansión del poder valorativo del juez¹⁷⁰.

1.3.1 Elementos normativos del tipo

En la formulación legislativa del tipo penal, se acude a ingredientes descriptivos o normativos del delito. Son *descriptivos*, aquellos elementos que expresan una realidad naturalística perceptible por los sentidos (cognitivo), como por ejemplo la muerte en el delito de homicidio, y corresponden a una concepción lógica-objetiva del delito, sin estimaciones por fuera del objeto de conocimiento. Los elementos *normativos*, en cambio, aluden a significaciones o valoraciones que se encuentran expresadas en normas jurídicas o sociales¹⁷¹.

Los elementos normativos del tipo exigen de una especial comprensión intelectual, sea de valoración jurídica, como el tipo en estudio, o bien de valoración cultural o social que requieren de juicios valorativos del juez al momento de su aplicación. Entre los casos más comunes, podríamos citar la injuria, el ejercicio de funciones públicas (artículos 408 y 410 del Código Penal), afectar la confianza de los clientes (artículo 302 *ibídem*), etc.; como dijo ENGISCH, tales elementos valorativos del tipo

viejos esquemas de los tipos cerrados. De allí que esta Corporación encuentra que a la luz de la Constitución Política, expedida en las postrimerías del siglo XX, los tipos penales abiertos no son inconstitucionales per se. Ciertamente existen tipos penales claramente tipificados en el Código Penal que no admiten interpretación diferente que la de los contenidos intrínsecos de la misma norma. Pero tratándose de comportamientos que avanzan a una velocidad mayor que la de los tipos -como es el caso del terrorismo-, requieren una interpretación bajo la óptica del actual Estado Social de Derecho. En este sentido, frente a delitos 'estáticos' o tradicionales, deben consagrarse tipos penales cerrados. Pero frente a delitos 'dinámicos' o fruto de las nuevas y sofisticadas organizaciones y medios delincuenciales, deben consagrarse tipos penales abiertos. Esta distinción faculta un tratamiento distinto para dos realidades diferentes, con base en el artículo 13 de la Constitución Política. (...)". [Negrillas del texto original].

¹⁷⁰ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta S.A., quinta edición. Madrid – España. 2001. Página 708.

¹⁷¹ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Reppertor, S.L., impreso por Tecfoto, S.L. Reimpresión de la quinta edición. Barcelona España. 2007. Página 211.

son aquellos “que sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma”¹⁷².

El profesor DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO¹⁷³, luego de examinar los ingredientes normativos del tipo, según la clasificación de la doctrina, señala que para un sector el criterio de identificación de los elementos del tipo es la aprehensión del objeto, de modo que serán *descriptivos* los aprehendidos sensorialmente por medio de la observación, y serán normativos los aprehendidos mediante proceso de valoración o comprensión intelectual del sujeto o el juez. Para el otro sector, los elementos normativos del tipo, son aquellos que sólo pueden comprenderse por referencia a algún tipo de normas.

1.3.2 Técnica legislativa de los tipos en blanco

Como lo revelamos en precedencia, el tipo en blanco hace parte de las normas penales *incompletas* que comúnmente se utilizan en el derecho penal, donde el supuesto de hecho debe completarse mediante el reenvío a otras fuentes jurídicas especializadas, por lo general ajenas al derecho penal. Muchas críticas ha recibido esta técnica legislativa y en especial, en aquellos casos donde el *supuesto fáctico* debe ser completado con actos administrativos de contenido general o particular, como sucede fundamentalmente en los delitos económicos y ambientales¹⁷⁴.

La teoría de los tipos penales en blanco (*Blankettstrafgesetze*), surge en Alemania en el siglo XIX para delimitar los ámbitos de competencia entre el código penal del Imperio, los estados federales y los municipios. La ley central delegaba en los entes territoriales el complemento de algunas disposiciones del código penal. Su creador fue BINDING, quien expuso estos planteamientos en su famoso libro sobre la teoría de las normas. Se utiliza esta técnica para regular aquellos casos en que no es posible describir integralmente el contenido de la conducta prohibida, y por ende,

¹⁷² Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Página 307.

¹⁷³ Luzón Peña, Diego-Manuel; Mir Puig, Santiago; Díaz Y García Conlledo, Miguel; Silva Sánchez, Jesús-María. Cuestiones actuales de la teoría del delito (Monografía). Mc Graw Hill. España. Primera edición, 1999. Páginas 63 y 64.

¹⁷⁴ Al respecto de las normas en blanco en los delitos económicos, Tiedemann expresó: “...Se trata sobre todo, de la cuestión de si sería compatible con el principio de legalidad que el legislador penal formule el tipo prohibitivo solamente de manera incompleta y que remita, para su llenado y complementación, a un acto administrativo general o individual, es decir, a un reglamento de la administración o a un acto administrativo en sentido propio...”. (Tiedemann, Klaus. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Editora Jurídica Grijley. Perú. Segunda edición. 2007. Páginas 77 y 78).

se difiere su complemento a otros ordenamientos jurídicos (civil, laboral, etc.), o autoridades administrativas, o incluso al derecho consuetudinario, cuando éste sirve de fuente al derecho que desarrolla la norma en blanco¹⁷⁵.

La técnica se justifica en la protección de relaciones sociales variables, dinámicas, que demandan ser actualizadas constantemente. La protección del bien jurídico depende de la existencia de un dispositivo flexible que permita ajustar el contenido de la prohibición a los cambios frecuentes de la realidad. Debido a la necesidad de adaptar el derecho a la realidad social, se utilizan *reenvíos dinámicos*. Según el profesor MONTEALEGRE LYNETT, se acepta que la norma de comportamiento complementaria aparezca con posterioridad a la tipificación del núcleo esencial de la conducta¹⁷⁶. Pueden estar separadas en el tiempo, porque la preexistencia de la regulación sólo se exige antes de la comisión del hecho. Esta normatividad se integra al tipo penal y conforma con él una unidad inescindible¹⁷⁷.

ROXIN concibe las normas en blanco, como las conminaciones penales que se encuentran en el derecho penal (especial) que remiten a otros preceptos para establecer los presupuestos de punibilidad, respecto de cuya norma complemento se dice que también rige la prohibición de analogía, por integrar el elemento objetivo del tipo penal. Pero en cambio, cuando el derecho penal se adhiere a los conceptos propios de otras áreas del derecho, verbigracia, como la propiedad en el derecho civil, asume un carácter totalmente accesorio¹⁷⁸.

1.3.3 Posición de la Corte Constitucional frente a los tipos en blanco

En Colombia, la jurisprudencia constitucional considera que los tipos en blanco responden a la necesidad de regulación de fenómenos dinámicos que escapan a una descripción estricta del tipo objetivo y que exigen una actualización normativa permanente. Para la Corte Constitucional¹⁷⁹, la figura jurídica descansa sobre el

¹⁷⁵ Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷⁶ En la sentencia C-605 de 2006, la Corte Constitucional ratificó esa posición, expresando: “...*que se protege el principio de legalidad no con la exigencia de preexistencia de la norma de complemento respecto de la disposición penal, sino con la simple existencia de ésta al momento de conformación del tipo integrado...*”.

¹⁷⁷ Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, dentro de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷⁸ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Página 156.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-605 de agosto 1º de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

reconocimiento de que el principio de legalidad no es absoluto¹⁸⁰ y en la obligación de ofrecer una descripción típica de los delitos va hasta donde la naturaleza de las cosas lo permita. Como respuesta a esa limitante, generada por la misma realidad de las cosas y por la complejidad del fenómeno delictivo, el legislador admite que otras disposiciones complementen la descripción legal.

La jurisprudencia constitucional viene siendo uniforme en cuanto al tratamiento y aceptación de los tipos penales en blanco. Acogiendo la doctrina de MEZGER, la Corte sostiene que en el derecho penal existen dos clases de remisión. Una *impropia* donde la remisión es una complementación de un texto legal con otro del mismo rango, por lo que el principio de legalidad no percibe amenaza alguna. Y en la remisión *propia*, por el contrario, la propia ley -garante del principio de legalidad- es la que despojándose de su deber descriptivo, entrega a una autoridad distinta, la definición de algunos de los elementos del tipo¹⁸¹.

Ahora bien, más allá de la clasificación de los tipos en blanco y de su aceptación en nuestro ordenamiento, la jurisprudencia constitucional condiciona la aplicación de esta técnica legislativa a la existencia de normas complementos *precedentes* a la comisión del hecho que definan de forma *clara e inequívoca* aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan al intérprete y específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible y así realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos para la plena realización del principio de estricta legalidad¹⁸². Es decir, la norma jurídica complementaria, igualmente debe cumplir con las exigencias sustanciales de *preexistencia, claridad y univocidad* (artículo 6-2º Código Penal).

En la sentencia de Constitucionalidad que dio origen a esta investigación¹⁸³, que más adelante será objeto de análisis, la Corte reitera su jurisprudencia respecto del tipo en blanco, señalando que si bien la regla general consiste en que el tipo penal contenga una descripción completa de la conducta merecedora de sanción, también el derecho penal permite por excepción, que dada la naturaleza de la actuación que se quiere reprimir, el legislador considere necesario que exista reenvío normativo

¹⁸⁰ Para la teoría del *voluntarismo*, en gran parte superada y propia de los regímenes totalitarios, las leyes expresan la voluntad del legislador y por ello deben obedecerse sin importar si son buenas o malas. (Hervada, Javier. ¿Qué es el derecho? Editorial Temis S.A., segunda edición. Bogotá D.C., 2009. Páginas 79, 80).

¹⁸¹ Corte Constitucional, sentencia C-605 de agosto 1º de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹⁸² Corte Constitucional, sentencia C-739 de junio 22 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz. Reitera las sentencias C-559 de 1999, C-739 de 2000, C-1490 de 2000, C-333 de 2001.

¹⁸³ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D 3375, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

“siempre y cuando tal remisión sea clara e inequívoca. Es decir, que no quede al arbitrio de la autoridad penal, la creación del tipo, ni expuesto el procesado a una arbitrariedad de la autoridad del Estado, por la ambigüedad en la descripción de la conducta considerada como delito¹⁸⁴”.

1.3.4 Posición de la Corte Suprema de Justicia frente a los tipos en blanco

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que en los tipos penales en blanco o de reenvío, la conducta prohibida no se encuentra definida íntegramente por el legislador, sino que debe acudir a un precepto del mismo ordenamiento o de otro, para precisar con nitidez su contenido y el proceso de adecuación típica, atendiendo los frecuentes cambios de la realidad social. En tal sentido, considera la Corte Suprema que no se viola el principio de reserva cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento, pero a condición de que éste sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción¹⁸⁵.

Respecto a la estructura de los tipos penales en blanco, la jurisprudencia distingue sus dos elementos: el *núcleo esencial* y el *complemento*. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, quien debe señalar con toda claridad y precisión los requisitos básicos de la conducta punible y la respectiva punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El complemento, especifica las condiciones en que tiene lugar el núcleo, ya sea de índole penal o extrapenal, pero siempre que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene

¹⁸⁴ Recientemente, en sentencia C-121 de febrero 22 de 2012, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, al ponderar la libertad de configuración legislativa con los derechos fundamentales, enfatizó: “...16. En conclusión, la jurisprudencia ha reconocido un amplio espacio de configuración legislativa en orden a determinar que bienes jurídicos son susceptibles de protección penal, las conductas que deben ser objeto de sanción, y las modalidades y la cuantía de la pena. No obstante, debe tratarse de una prerrogativa sujeta a límites. Estos límites están dados fundamentalmente por el respeto a los derechos constitucionales de los asociados, el deber de respetar el principio de legalidad estricta, y los criterios de razonabilidad, proporcionalidad, aplicables tanto a la definición del tipo penal como a la sanción imponible. Dentro de las garantías que involucra el principio de legalidad estricta se encuentra la prohibición de delitos y penas indeterminadas. En relación con este aspecto se han estudiado los tipos penales en blanco, respecto de los cuales la jurisprudencia ha admitido su constitucionalidad siempre y cuando la remisión normativa permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y la sanción correspondiente...”.

¹⁸⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 23899, sentencia de diciembre 12 de 2005. M.P. Marina Pulido de Barón.

competencia para proferirlo. Tanto el núcleo como el complemento, integran una sola conducta típica¹⁸⁶.

Concluye la jurisprudencia que tanto el núcleo esencial como el complemento, deben sujetarse a las exigencias del principio de legalidad, es decir, deben ser previos a la comisión de la conducta punible (ley previa), no puede confiarse a la costumbre o a preceptos no expedidos por el legislador el señalamiento de los elementos estructurales del núcleo o la sanción (ley escrita), y ambos elementos que integran la conducta típica -núcleo y complemento- deben ser claros, ciertos e inequívocos (ley cierta)¹⁸⁷.

El profesor ARBOLEDA RIPOLL, en una aclaración de voto relacionada con el tipo penal objeto de la presente investigación, sostuvo que el tipo normativo podría catalogarse como los denominados doctrinariamente tipos penales en blanco, en la medida en que para consolidar su contenido material era necesario remitirse a otros ordenamientos, especialmente pertenecientes al derecho administrativo, lo cual significa que el juez esté atado al principio de reserva y ante la imposibilidad jurídica de completar los vacíos que el tipo presente, siéndole vedado, por tanto, determinar como penalmente relevante cualquier hipótesis que no se halle perfectamente definida e identificable como delito¹⁸⁸.

En el año 2008, la Corte Suprema de Justicia acoge la doctrina constitucional, estableciendo como requisitos básicos a cumplir, en la complementación del tipo penal en blanco, los siguientes: 1) Que la remisión sea precisa; 2) Previa a la configuración de la conducta; 3) Que la norma complemento sea de conocimiento público; y 4) Que preserven los principios y valores constitucionales. A partir de esa

¹⁸⁶ *Ibídem.*

¹⁸⁷ *Ibídem.*

¹⁸⁸ Con relación al principio de reserva de ley y de separación de poderes, en la aclaración de voto de la sentencia de única instancia No. 13085 de marzo 19 de 2002, de la Sala de Casación Penal Corte Suprema de Justicia (M.P. Jorge E. Córdova Poveda), el Magistrado Fernando Arboleda Ripoll, no obstante encontrar ajustado a derecho la decisión condenatoria por el tipo penal en estudio, indicó: “...Como lo he sostenido en el curso de los debates orales en que la Sala ha tenido ocasión de ocuparse del tema, el principio de legalidad o de reserva, como límite material al ejercicio del poder punitivo del Estado, tiene fundamentación política en la constitución del modelo de estado como social y democrático de derecho, se halla íntimamente vinculado con la teoría de la tridivisión de poderes, y se asienta en la prerrogativa exclusiva del parlamento para, a través de la ley, expedir códigos y establecer limitaciones a la libertad mediante la determinación abstracta de conductas punibles y su correspondiente restricción a los derechos individuales por medio del preestablecimiento de la pena. Parejo a este principio, se halla el de sometimiento estricto del juez al imperio de la ley, quien sólo está facultado para calificar como delito aquellos comportamientos que aparecen formalmente definidos como tales por el ordenamiento penal sustantivo, de manera escrita, estricta, cierta y previa, es decir, determinados de manera clara, precisa y con anterioridad al hecho en el estatuto punitivo. (...)”.

concepción y en virtud del principio de certeza, determinación o taxatividad, como desarrollo del axioma constitucional de la legalidad, la Corte concluyó que la prohibición penal de *portar* armas de uso privativo de las fuerzas armadas, quedó delimitada por mandato legal únicamente a las armas de fuego y sus municiones, con lo cual se excluyen las *partes, piezas o accesorios* de la misma¹⁸⁹.

La posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema frente al tipo en blanco que motiva este estudio, no ha sido consistente. En el año 1991 sostuvo que el tipo normativo demanda que se complete la determinación exhaustiva de la conducta prohibida, fijando *cabalmente* el contenido del ingrediente valorativo comprendido en la expresión los *requisitos legales esenciales*, para lo cual se debía acudir a las normas jurídicas extrapenales que regulan el régimen especial de contratación de la Administración Pública¹⁹⁰.

Nueve años más tarde, la jurisprudencia reafirma el carácter de tipo en blanco impropio, por requerir que el supuesto de hecho o precepto sea complementado con el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y las normas que lo desarrollan, en cuanto precisan el alcance del concepto *requisitos legales esenciales*. En esta labor intelectual, la Corte evalúa la conducta imputada con el tipo penal a partir de la Constitución Política y de la Ley 80 de 1993, pero expande el alcance de la norma con base en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de tipo objetivo, según la cual, éste comporta una definición que se extrae de los valores axiológicos que consagra la Carta¹⁹¹.

1.4 Determinación y precisión de los presupuestos del delito

Para ROXIN una ley indeterminada o imprecisa, no puede proteger al ciudadano de la arbitrariedad, al no establecer los límites de autolimitación al *ius puniendi* del Estado; es contraria al principio de separación de los poderes, al permitirle al juez un margen excesivo de interpretación de la ley, invasivo de las competencias del

¹⁸⁹ La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 28908, auto de febrero 8 de 2008. M.P. Yesid Ramírez Bastidas, señaló: “...*Que el legislador delegado en procura de salvaguardar el bien jurídico de la seguridad pública prohíba a los particulares, sin el permiso de la autoridad competente, la fabricación, tráfico, tenencia y porte de las armas de fuego, sus partes y piezas en el entendido que no se puede traficar con éstas, y los sanciona administrativamente, ello ni autoriza ni permite que la prohibición correccional se integre al tipo penal como objeto material del mismo. ...*”. [Negritas del texto original].

¹⁹⁰ Auto de cesación de procedimiento de junio 13 de 1991 (Acta No. 037), Corte Suprema de Justicia, M.P. Édgar Saavedra Rojas.

¹⁹¹ Sala de Casación Penal, sentencia U.I. No 17.088, diciembre 19 de 2000, M. P. Álvaro O. Pérez Pinzón.

legislativo; no produce eficacia en su función de advertencia o preventiva general, en tanto el individuo no puede reconocer el objeto de la prohibición, y por ello no puede ofrecer el fundamento del juicio de reproche¹⁹².

Sin embargo, el derecho penal no exige únicamente al legislador la creación de tipos penales descriptivos o aquellas normas que con el simple lenguaje utilizado representan claramente un objeto perceptible, también se admite la formulación de conceptos en cláusulas generales, para hacer efectiva la realización de la justicia, siempre que los mismos no comporten arbitrariedad en la interpretación. Lo difícil en teoría y en la *praxis* es hallar el límite entre la indeterminación permitida y la prohibida, como salvaguarda del principio de legalidad, ya que de entregarse a los jueces la potestad de precisión se estaría renunciando a la división de poderes¹⁹³.

ROXIN considera que la solución correcta debe buscarse en los principios de la interpretación del derecho penal, según los cuales el precepto será suficiente y determinado cuando del mismo pueda deducirse un claro fin de protección de la ley penal y que el tenor literal siga perfilando los límites a una extensión arbitraria en la labor interpretativa del juez. Con lo cual, una hermenéutica de concreción que cumpla con esos derroteros fundantes del derecho penal, puede considerarse como una interpretación de una ley determinada o precisa¹⁹⁴.

Para FERNÁNDEZ CARRASQUILLA el precepto penal indeterminado se asimila al efecto de inaplicabilidad que produce una ley sin promulgación, en la medida en que el destinatario no ha tenido la oportunidad de conocer la conducta prohibida, pues si bien en el tipo indeterminado conoce la conminación de pena, no puede formarse una idea certera sobre el comportamiento que con ella quiere evitarse, porque no está descrito de forma clara y objetiva, lo cual apareja la inseguridad jurídica dado el amplio margen de interpretación judicial traducido en arbitrio¹⁹⁵.

Según MIR PUIG, no es cierto que el presupuesto de hecho y la consecuencia jurídica se hallan expresados completamente en ningún precepto del código penal, pues no obstante que la mayoría de los preceptos penales de la parte especial determinen completamente los elementos de manera específica, siempre habrá que

¹⁹² Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Página 169.

¹⁹³ *Ibidem*. Página 171.

¹⁹⁴ *Ibidem*. Página 172.

¹⁹⁵ Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Parte General, principios y categorías dogmáticas. Grupo Editorial Ibáñez. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2013. Página 206.

acudirse siempre a los enunciados de la parte general del código penal. Por ello, afirma este tratadista que todas las disposiciones del código aparecen como proposiciones incompletas¹⁹⁶.

Al respecto el profesor GÓMEZ PAVAJEAU, citando a PÉREZ LUÑO, considera que las *características estructurales básicas* del tipo son aquellos aspectos que delimitan las conductas punibles de las que no lo son; es decir, los elementos que fijan la materia de la prohibición y permiten la previa *calculabilidad* de los efectos jurídicos de los comportamientos, haciendo comprensible el ejercicio social y político de la libertad de los asociados¹⁹⁷.

Para la jurisprudencia constitucional, el principio de legalidad en materia penal no sólo vincula a los jueces, sino por igual al propio legislador debido al doble mandato: 1) ordena a los jueces que sólo sancionen conductas previamente establecidas en la ley; y, 2) impone al legislador el deber de definir inequívoca y empíricamente verificables las conductas punibles. Sólo de esta forma los jueces estarán sometidos al imperio de la ley y se asegura el derecho de defensa de los acusados, quienes podrán refutar en el proceso las acusaciones precisas que les formula el Estado. Por ello, la Corte concluye que una mala redacción de la norma que define el hecho prohibido, tiene relevancia constitucional porque puede afectar el principio de legalidad penal estricta, al no quedar clara la conducta sancionable¹⁹⁸.

No obstante, el consenso generalizado por el respeto a los principios de *claridad* e *inequívocidad* de los presupuestos de hecho del injusto, bien a través de los tipos completos, abiertos o en blanco, no puede caerse en el nihilismo de descartar -en nuestros días- la ausencia del principio de taxatividad y con ello la prohibición de

¹⁹⁶ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Reppertor, S.L., impreso por Tecfoto, S.L. Reimpresión de la quinta edición. Barcelona España. 2007. Página 32.

¹⁹⁷ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal (Primera Parte). Giro Editores Ltda., tercera edición. Bogotá D.C. 2005. Página 113.

¹⁹⁸ Al respecto, la Corte Constitucional mediante sentencia C-559 de 1999, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, sostuvo: “...17- El principio de estricta legalidad o taxatividad tiene entonces dos implicaciones naturales: (i) la prohibición de la analogía in malam partem y (ii) la proscripción de los tipos penales ambiguos. En efecto, si se permite o se ordena al juez aplicar analógicamente un tipo penal, o si la descripción penal no es inequívoca sino ambigua, entonces el respeto al principio de legalidad es puramente formal, y pierde gran parte de su sentido garantista, pues los ciudadanos no sabrían con exactitud, y de manera previa, cuáles son las conductas prohibidas. La indeterminación de la ley, o la permisón de la analogía en perjuicio del procesado, tiene entonces como efecto que el funcionario judicial deja de estar verdaderamente vinculado a la ley pues los jueces, con posterioridad a los hechos, son quienes definen en concreto cuáles son los delitos. Por ello esta Corporación había indicado que la Constitución prohíbe la vaguedad o ambigüedad de las normas penales. No es pues casual que sean los Estados totalitarios, como el régimen nazi, quienes han recurrido a tipos penales ambiguos y han autorizado la aplicación analógica de los delitos y de las penas. ...”.

analogía desfavorable. Al respecto, el Código Penal de la República Popular de China, el principio de tipicidad no es presupuesto para la definición del ilícito, ya que éste mantiene una estructura general y amplia, al punto que el artículo 79 del Código, estableció que cuando un delito no estuviere tipificado expresamente, el juzgador podía válidamente acudir al tipo penal más parecido¹⁹⁹.

II. DEFRAUDACIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LA ILEGALIDAD EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

Delimitado el principio de legalidad en el derecho penal y su condicionante -el de tipicidad-, procedamos a revisar en el derecho comparado la tipificación penal de la *legalidad contractual*. En la legislación europea, salvo en Estonia, no existe criminalización autónoma del principio de legalidad derivado de la contratación de la Administración Pública²⁰⁰. Por su parte, el derecho penal español no permite que por vía del delito de la prevaricación se reprochen las irregularidades surgidas de los procesos contractuales, pues el objeto material de la prevaricación son los actos administrativos decisorios, lo cual descarta los actos jurídicos bilaterales, como los contratos públicos. Criterio aceptado unánimemente por la doctrina y la jurisprudencia española.

En Latinoamérica, solo Colombia, Brasil y México, tienen tipificadas penalmente las irregularidades surgidas en la contratación de la Administración Pública. Brasil, a partir de la expedición de la Ley 8.666 de junio 21 de 1993, es la legislación Latinoamericana con mayor número de delitos en la contratación pública, pero no para proteger el *principio de legalidad* propiamente dicho, sino el principio de libre competencia. Entre tales conductas, encontramos el no realizar la licitación pública en los casos señalados en la ley o no cumplir las formalidades que habilitan otras formas de contratación pública (art. 89), y obstruir sin justa causa la inscripción de los interesados en los registros catastrales (registro público de proponentes) o propiciar la suspensión o cancelación del registro (art. 98)²⁰¹.

En México, el Código Penal tipifica conductas alternativas de *abuso de funciones públicas*, disponiendo que incurre en el delito de *uso indebido de atribuciones* y

¹⁹⁹ Puyana Mutis, Guillermo. Nuevas tendencias del derecho penal Chino. Editorial Temis S.A., Monografías Jurídicas 62. Bogotá D.C., 1988. Páginas 15, 16.

²⁰⁰ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 281 y 313.

²⁰¹ *Ibidem*. Páginas 322 y 325.

facultades, el funcionario que indebidamente otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes Federales, u otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamiento, enajenación de bienes o servicios, o la colocación de fondos y valores con recursos públicos. También el particular que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación *indebida* de estas operaciones o sea parte en las mismas²⁰². Se evidencia entonces en el Código de México, la protección del *deber funcional*, donde el principio de *legalidad* simplemente regula la competencia.

Como se aprecia, la penalización de la ilegalidad en la contratación pública, es un tema que tiene poco referente en la doctrina foránea, pues en realidad son contados los países que han incorporado en sus legislaciones estos fenómenos como figura delictiva autónoma. Ahora bien, desde el ámbito del derecho penal, en Europa existen dos modelos de irregularidades en la Administración Pública: uno minoritario que las tipifica como prevaricación u otro delito similar, entre ellos, Alemania, España, Italia, Suecia y Rumania; y otro mayoritario que las consagra como abuso de poder²⁰³. Veamos algunas legislaciones internacionales que se aproximan al tema de la presente investigación.

2.1 En la legislación de Alemania

En la Legislación Penal Alemana no existe una figura autónoma que tipifique la ilegalidad en la contratación de la Administración Pública. Con la reforma de 1998 el § 339 estableció como hecho punible en el “ejercicio del cargo público”, el delito de prevaricato en los siguientes términos²⁰⁴: “*Un juez, otro titular de cargo o un árbitro que se le encuentre culpable de un prevaricato, en la dirección o decisión de un negocio jurídico a favor o en desventaja de una parte,...*”.

De la transcripción anterior se observa que en Alemania el bien jurídico protegido con el delito de prevaricato son los principios de imparcialidad y moralidad pública, pues la legalidad se encuentra matizada en el postulado general de que todas las actuaciones de los funcionarios oficiales deben ceñirse a las reglas de derecho. Ahora bien, dada la amplitud de los conceptos “*otro titular de cargo*” y “*un negocio jurídico*”, podría pensarse que el tipo penal se extiende a la contratación pública.

²⁰² *Ibidem*. Páginas 324 y 325.

²⁰³ *Ibidem*. Página 305.

²⁰⁴ Código Penal Alemán de 1871, traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1999.

Pero, más allá de la cobertura regulatoria del tipo penal de la prevaricación²⁰⁵ o “*Rechtsbeugung*”, la norma se refiere en términos generales a la *inflexión culpable del derecho*, concepto tan amplio que ha dado lugar a tres teorías para explicarlo: la *objetiva*, sostiene que se presenta flexión del derecho cuando el funcionario viola gravemente la ley (sustantiva o procesal); la *subjetiva*, cuando el funcionario decide conscientemente contrario a su convicción jurídica; y la teoría de *lesión de los deberes*, cuando se infringen las obligaciones inherentes al cargo público.

2.2 En la legislación de Francia

La Revolución Francesa de 1789, trajo consigo la apología extrema a la ley escrita como respuesta colectiva al extinto poder implacable y arbitrario del monarca, al punto que el Código Penal posrevolucionario, tipificó como figuras criminosas, castigadas con la pena de muerte, la usurpación de la actividad legislativa o la alteración de textos legales²⁰⁶. No obstante, las transiciones políticas, sociales y económicas del Estado Francés, dejaron en el pasado las irracionales medidas derivadas de un arraigado derecho penal liberal receloso ante los avances.

En el Derecho Penal actual²⁰⁷, fiel al paradigma del derecho positivo que le dio sostenibilidad al Estado Democrático y Liberal, no se sanciona como prevaricato la infracción de deberes, sino las acciones destinadas a impedir el cumplimiento de la ley, lo cual permitiría que por la amplitud del tipo, puedan considerarse como delitos los actos individuales o colectivos que emanen del ejercicio de funciones públicas, entre ellos podría decirse que tienen cabida los contratos. Sin embargo, ello

²⁰⁵ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 305 y 306.

²⁰⁶ Código Penal Francés de 1791: “*Artículo 8. Si algún documento hubiere sido publicado como ley, sin haber sido decretado por el Cuerpo legislativo, y fuere revestido de una forma legislativa diferente de la prescrita por la Constitución, el ministro que lo haya refrendado será penado con la muerte. Todo agente del Poder ejecutivo que lo hubiere hecho publicar o ejecutar, será castigado con la pena de degradación cívica. Artículo 9. Si algún documento, revestido exteriormente de la forma legislativa prescrita por la Constitución, hubiere sido publicado como ley, sin que, empero, lo hubiese decretado el Cuerpo legislativo, el ministro que lo haya refrendado será penado con la muerte. Artículo 10. En caso de ser publicada una ley revestida exteriormente de la forma prescrita por la Constitución, pero cuyo texto hubiere sido alterado o falsificado, el ministro que lo hubiese refrendado será penado con la muerte. En los casos previstos en este artículo y el anterior, el ministro será el único responsable*”. Consultado de la página siguiente página web: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPenalCriminologia-2009-1-30410&dsID=PDF>

²⁰⁷ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Página 308.

atentaría contra la seguridad jurídica, en la medida en que el supuesto de hecho da lugar a interpretaciones extensivas.

2.3 En la legislación de Estonia

El Código Penal de Estonia, es una de las escasas legislaciones del mundo que sanciona la inobservancia de los requisitos legales de la contratación estatal²⁰⁸. El artículo 300, además de prohibir el *interés indebido* en la celebración del contrato que contiene nuestro Código Penal (art. 409), eleva a categoría de delito el hecho de vulnerar -de cualquier modo- los requisitos de la contratación pública, pero lo condiciona a otro ingrediente normativo: “*si se causa con ello un daño significativo a los derechos o intereses de otra persona o a los intereses públicos*”.

Pese a la preocupación por combatir la corrupción generada en la contratación pública, puede advertirse que en el tipo objetivo de la legislación de Estonia, se encuentran imbricados los presupuestos de tipicidad y antijuridicidad del injusto, lo cual permite salvaguardar el principio de seguridad jurídica en la potestad punitiva del Estado, pues si bien el ingrediente normativo resulta difuso en cuanto a la definición precisa de los *requisitos legales* de la contratación estatal, vemos que al restringirse la estructura del delito al presupuesto de antijuridicidad material (*daño significativo a los intereses públicos*), la actividad interpretativa está reducida a la constatación empírica de una lesión al bien jurídico y no a una fundamentación teórica sobre la estructura valorativa de la Administración Pública.

2.4 En la legislación de México

Como indicamos al inicio, el Código Penal Federal de México tipifica conductas alternativas tutelares de la probidad debida a la administración pública (artículo 217 apartados I y II)²⁰⁹. El delito definido como *uso indebido de atribuciones y facultades*, atañe concretamente al comportamiento funcional de otorgar en forma *abusiva* concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes Federales, así como el otorgar, realizar o contratar obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamiento, enajenación de bienes o servicios, o

²⁰⁸ *Ibídem*. Páginas 308 y 311.

²⁰⁹ *Ibídem*. Páginas 324, 325.

colocación de fondos y valores con los recursos públicos. Conducta extensiva al particular que participe en esas mismas conductas.

Las conductas alternativas anteriores convergen en el ejercicio *indebido* (abuso) de atribuciones y facultades, cometidas por un servidor público que se extienden al particular²¹⁰. De manera que más allá de la tutela penal del *principio de legalidad* de la contratación pública, se observa que la legislación mexicana propende por el adecuado ejercicio funcional de quienes orgánicamente participan en la realización de todo acto o negocio jurídico, y por subsunción ampara el principio de legalidad presente en las actuaciones de los servidores del Estado.

Con lo cual, el punto de partida de la tipicidad sería el juicio normativo de la conducta del funcionario -deber ser- y no la formación del acto jurídico como tal; es decir, se determina primero si era competente, después si actuó conforme a derecho, para luego examinar si esa eventual infracción al deber funcional²¹¹ tiene su origen o no en el incumplimiento los requisitos legales del acto, contrato u operación pública.

Dada la amplitud del tipo penal, el *uso indebido* de poder podría generarse por violación del régimen de inhabilidades e prohibiciones o incluso, en el interés personal del servidor público en la adjudicación del contrato, en tanto que el principio de legalidad subyace a toda manifestación de la Administración.

²¹⁰ Código Penal Federal de México, en su artículo 217 (Reformado, D.O.F. 28 de mayo de 2009), establece: “*Artículo 217.- Comete el delito de uso indebido de atribuciones y facultades: I - El servidor público que indebidamente: A) Otorgue concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes de dominio de la Federación; B) Otorgue permisos, licencias o autorizaciones de contenido económico; C) Otorgue franquicias, exenciones, deducciones o subsidios sobre impuestos, derechos, productos, aprovechamientos o aportaciones y cuotas de seguridad social, en general sobre los ingresos fiscales, y sobre precios y tarifas de los bienes y servicios producidos o prestados en la Administración Pública Federal, y del Distrito Federal. D) Otorgue, realice o contrate obras públicas, deuda, adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones de bienes o servicios, o colocaciones de fondos y valores con recursos económicos públicos. II - Toda persona que solicite o promueva la realización, el otorgamiento o la contratación indebidos de las operaciones a que hacen referencia la fracción anterior o sea parte en las mismas...*”.

²¹¹ Con relación a los deberes funcionales, mediante sentencia C-030 de 2012, la Corte Constitucional dijo: “...un deber general afirmativo relativo al cumplimiento del servicio que le haya sido encomendado con las exigencias de diligencia, eficiencia e imparcialidad; un deber general negativo referido a la abstención de cualquier clase de acto u omisión que origine la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial o el abuso indebido del cargo o de las funciones encomendadas, y una obligación de carácter general de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud en las relaciones interpersonales por razón del servicio público que le haya sido encomendado, deberes y obligaciones que constituyen un desarrollo de las normas constitucionales que son el fundamento de la responsabilidad disciplinaria...”.

2.5 En la legislación de Brasil

La Constitución Política de Brasil²¹² de manera expresa exige -como principio de la Administración Pública- el proceso licitatorio para la escogencia del contratista, en condiciones de igualdad de oportunidades para los interesados y ponderación de factores técnicos y económicos, no sólo en la adquisición de bienes y servicios del Estado, sino igualmente para la enajenación de los mismos. Apotegma que asegura -en apariencia- una medida política para la distribución de las riquezas.

Con la Ley 8666 de junio 21 de 1993 (Ley de Licitaciones y Contratos), Brasil tiene la legislación Latinoamericana que aparentemente protege el principio de legalidad en la contratación pública, entre los cuales se destacan²¹³: no realizar la licitación pública en los casos señalados en la ley, el no cumplimiento de las formalidades que habilitan otras formas de contratación pública (artículo 89), y obstruir sin justa causa la inscripción de los interesados en los registros catastrales (registro público de proponentes) o propiciar la suspensión o cancelación del registro (art. 98). En tal sentido, se observa que los requisitos del contrato estatal que dan lugar a una sanción punitiva, están *inequívocamente* definidos en el ordenamiento jurídico.

2.6 En la legislación de Colombia

Como se enunció en precedencia, dada la necesidad de delimitar el alcance de la expresión *requisitos legales* del contrato estatal y evitar injusticias²¹⁴, el artículo 146 del Decreto-Ley 141 de 1980, incluyó al ingrediente normativo del tipo objetivo, el adjetivo calificativo²¹⁵ “*esenciales*”. Con ello, no cualquier requisito legal de la contratación pública era relevante desde la dogmática penal, ya que se exigía de mayor rigurosidad en la concreción del ingrediente valorativo del tipo.

²¹² La Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, determina: “*Artículo 37. (...) XXI. salvo los casos especificados en la legislación, las obras, servicios, compras y enajenaciones serán contratados mediante proceso de licitación pública que asegure igualdad de condiciones a todos los concurrentes, con cláusulas que establezcan obligaciones de pago, mantenimiento las condiciones efectivas de la propuesta, en los términos de la ley, lo cual solamente permitirá las exigencias de cualificación técnica y económica indispensables para la garantía del cumplimiento de las obligaciones.*”.

²¹³ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 322 y 323.

²¹⁴ Gómez Méndez, Alfonso; y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá D.C. 2008. Página 405.

²¹⁵ Munguía Zatarain, Irma y Martha Elena; y Rocha Romero Gilda. Larousse Gramática Lengua Española – Reglas y ejercicios. Ediciones Larousse S.A., México. Primera edición – 21ª reimpresión. 2009, página 46.

En principio no existía mayor complejidad, la jurisprudencia había manifestado que por tratarse de un tipo en blanco, debía acudirse a las normas extrapenales de la contratación (unas para la nación, departamentos y municipios, y otras para las intendencias y comisarías), contenidas en los Derogados Decreto 1670 de 1975, Decreto 150 de 1976, y el Decreto – Ley 222 de 1983, los que además de reenviar a los mismos requisitos señalados por el derecho privado, para las negociaciones de particulares, enlistaban taxativamente unos requisitos especiales (más no los esenciales) de los contratos del Estado. Por su parte, el Decreto 468 de 1986, reguló la contratación pública de las intendencias y comisarías²¹⁶.

Sin embargo, con Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación Pública), se presentan inconvenientes interpretativos respecto de la conducta prohibida por el legislador, por cuanto, a diferencia del otrora estatuto de contratación pública, el nuevo plexo legal nada definió ni interpretó sobre el particular, dando lugar a que la Corte Suprema de Justicia²¹⁷, fijara la línea jurisprudencial imperante, conforme a la cual, tanto los principios constitucionales y legales de la Administración Pública, como los presupuestos de validez de los contratos del derecho privado, son los requisitos *esenciales* a que alude el tipo normativo del artículo 410 del Código Penal (*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*).

Si bien la posición de la jurisprudencia ha sido pacífica por varios lustros, ello no significa que desde el enfoque dogmático penal quede exento de algunas críticas. Una de ellas, se dirige al principio de *reserva legal* de las decisiones judiciales que determina el imperativo de sometimiento a la ley (artículo 230 Carta Política), por cuanto habría un aparente vaciamiento de facultades legislativas por parte del órgano jurisdiccional, específicamente las de crear e interpretar los tipos penales (artículos 29 y 150-1º *ibídem*), ya que la interpretación judicial debe efectuarse dentro del sentido literal posible²¹⁸, y de contera, tal potestad hermenéutica está

²¹⁶ Auto de cesación de procedimiento de fecha junio 13 de 1991 (Acta No. 037), Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, M.P. Édgar Saavedra Rojas.

²¹⁷ La Sala de Casación Penal, en sentencia U.I. No. 17.088 de diciembre 19 de 2000, M. P. Álvaro Pérez Pinzón, enfáticamente señaló: “...El análisis que hace la Sala del ‘aspecto objetivo del delito’ entraña, entonces, comparar la conducta imputada con el tipo penal, a partir de la Constitución Política y de lo pertinente de la Ley 80 de 1993, es decir, con fundamento en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de tipo penal, de acuerdo con la cual éste comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales que prevé la Carta. Dicho de otra forma, su estudio implica ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico entero, que se mira en sus interrelaciones. ... Leer en la norma algo diverso a que los principios constitucionales subyacen a las actividades de tramitación, celebración y liquidación de los contratos, resulta vano y necio....”.

²¹⁸ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Página 150.

condicionada a las valoraciones superiores preestablecidas (artículo 1º de la Ley 270 de 1996). Posturas que abordaremos en su momento.

III. OTRAS DESVIACIONES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: REGULACIÓN EN EL DERECHO PENAL COMPARADO

A diferencia de lo que ocurre en Colombia, la legislación europea e incluso otros códigos penales en Latinoamérica, han previsto un tratamiento político-criminal sustancialmente opuesto al adoptado en nuestra legislación, para contrarrestar las irregularidades en la contratación pública. Situación que tiene incidencia directa en la eficacia de las normas penales, en la efectiva protección de bien jurídico merecedor de tutela y en las garantías mínimas del sujeto pasivo de la sanción penal. Por ello, a continuación se hará una referencia breve a varias conductas punibles reguladas en el derecho comparado.

3.1 El fraude funcional

Esta modalidad delictiva adoptada en los códigos penales de España, Guatemala, Honduras, Uruguay, Perú y otros, consiste en la concertación entre el funcionario con los particulares interesados en la contratación, para adjudicar los contratos de la Administración Pública a un grupo muy reducido de empresarios (oligopolio)²¹⁹, a cambio de favores políticos o de promesas remuneratorias -en la mayoría de los casos-, donde la finalidad social del contrato se desvía para la apropiación ilícita de recursos estatales destinados al bienestar y prosperidad general.

En España, fue tipificado por primera vez el fraude funcional en el Código Penal de 1848²²⁰, y a pesar de las reformas legislativas de los años 1870, 1922, 1944 y 1995, en esencia conservó el mismo contenido, salvo esta última que elimina la redacción casuística y vetusta de la norma para actualizarla a la época actual (art. 436): *“La autoridad o funcionario público que interviniendo por razón de su cargo en cualquiera de las modalidades de contratación pública o en liquidación de efectos o*

²¹⁹ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 281 y 313.

²²⁰ El artículo 314 del C.P. español de 1848, textualmente dispuso: *“El empleado público que interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contrata, ajustes ó liquidaciones ó haberes políticos, se concertare con los interesados ó especuladores, ó usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, incurrirá en...”*. (transcrito por Castro Cuenca, en la obra citada. Página 337).

*haberes públicos, se concertarse con los interesados o usare de cualquier otro artificio para defraudar, a cualquier ente público, incurrirá en*²²¹...”.

Por tanto, la conducta prohibida para evitar la corrupción en la contratación estatal contiene dos modalidades alternativas de mera actividad: 1) concertarse con los interesados en la contratación; 2) utilizar cualquier maniobra artificiosa con el fin de defraudar determinado ente público. Ambas conductas comportan una textura amplia que permiten reprochar cualquier atentado contra los deberes de probidad y objetividad a cargo de los funcionarios. Sin embargo, la *concertación* a que hace referencia la primera parte, debe entenderse en campo de la antijuridicidad en que fue concebido el delito (únicamente un fraude funcional), pues de tratarse de la búsqueda de provecho ilícito propio o a través de tercero, el tipo penal variaría²²².

Entre las principales legislaciones que tipificaron el fraude funcional, derivado de la actividad contractual de la Administración Pública, tenemos las siguientes:

3.1.1 Código Penal de Guatemala

El artículo 450 del Código Penal de Guatemala²²³, guardando armonía con la legislación española frente a la tipificación del fraude funcional, determinó: *“El funcionario o empleado público que, interviniendo por razón de su cargo en alguna comisión de suministros, contratos, ajustes o liquidaciones de efectos de haberes públicos, se concertare con los interesados o especuladores, o usare de cualquier otro artificio para defraudar al Estado, será sancionado con...”*.

3.1.2 Código Penal de Honduras

El Código Penal de Honduras, en su artículo 376 tipificó como delito de fraudes y exacciones ilegales, la misma conducta punible²²⁴: *“El funcionario o empleado*

²²¹ Código Penal de España de 1995 (Modificado por Ley Orgánica No. 5 de 22 de junio 2010). Título XIX (Delitos contra la Administración Pública), capítulo VIII (De los fraudes y exacciones ilegales).

²²² El artículo 439 del Código Penal de España, antes citado, determina: *“La autoridad o funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de...”*.

²²³ Adoptado mediante Decreto Legislativo No. 17 de julio 5 de 1973.

²²⁴ Decreto 144-83 de agosto 23 de 1983, Publicado en la Gaceta número 24.264 del 12 de marzo de 1984. Vigente a partir del 12 de marzo de 1985.

público que por razón de su cargo participe en cualquier acto jurídico que tenga interés el Estado y se ponga de acuerdo con alguno de los interesados para defraudar al fisco o con ese mismo propósito se valga de su condición para favorecer a un tercero o para facilitar su participación personal, directa o indirecta, en los beneficios que puedan producir tales asuntos o use cualquier otro artificio con la misma finalidad, será sancionado con...”.

3.1.3 Código Penal de Perú

El artículo 384 del Código Penal de Perú²²⁵, tipificó el fraude funcional bajo el *nomen iuris* de colusión, en los siguientes términos: *“El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad ...”.*

3.1.4 Código Penal de Uruguay

La legislación penal de Uruguay, en su artículo 160 tipificó como delito contra la Administración Pública el fraude funcional, en los siguientes términos: *“El funcionario público que, directamente o por interpuesta persona procediendo con engaño en los actos o contratos en que deba intervenir por razón de su cargo, dañare a la administración, en beneficio propio o ajeno, será castigado...”.*

3.2 La alteración de precios en concursos y subastas públicas

Otras conductas que propician la corrupción pública, son los acuerdos económicos entre los funcionarios y los interesados en la contratación que inciden en el precio real de las subastas públicas²²⁶. Aquí no se alude a la *adquisición* de bienes o servicios, sino a la *venta* de bienes públicos. Estas conductas, vienen siendo objeto de intervención penal en España desde la legislación del año 1848, luego en el Código Penal de 1870, que inicialmente sancionaban tres comportamientos para

²²⁵ Reformado por el artículo 2º de la Ley No. 26713 de diciembre 27 de 1996.

²²⁶ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Página 347.

alterar el precio de las cosas en las licitaciones y subastas públicas: 1) el llevado a cabo a través del soborno o la violencia; 2) el desplegado por medio de la coligación o concierto; 3) el realizado por medio de falsos rumores. Los códigos de los años 1928, 1932, 1944, 1995 y la reforma de 2003, matizaron la descripción.

De esta manera, el Código Penal español de 1995, con la reforma del año 2003²²⁷, de manera expresa prescribió: *“1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con... Si se tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o Entes Públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de...”*.

El delito se dirige a las convocatorias públicas realizadas por la Administración Estatal para la venta²²⁸ de su bienes, donde se describen cuatro comportamientos alternativos: 1) La solicitud de dádivas o promesas para no tomar parte en el concurso o subasta, es decir, una modalidad especial de cohecho; 2) el intento de separar de la subasta pública a los postores usando medios específicos, para evitar la pluralidad de interesados; 3) concertarse entre sí para alterar el precio del remate, en contra del patrimonio de la entidad pública convocante (verdadero acto de corrupción pública); 4) la declaración fraudulenta de quiebra o el abandono de la subasta luego de la adjudicación del bien rematado.

El artículo 341 del Código Penal de Venezuela²²⁹, tipificó como fraudes cometidos en el comercio, las Industrias y licitaciones, las siguientes conductas alternativas

²²⁷ Modificado por L.O. 15/2003. Texto anterior: *“Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se tratara de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o Entes Públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones Públicas por un período de tres a cinco años.”*.

²²⁸ En nuestro régimen de contratación pública, la obligatoriedad de enajenación de los bienes públicos en subasta pública fue implementada con la Ley 1150 de 2007 (art. 2º num. 2, lit. e.), pues de acuerdo con el parágrafo 3º del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, la subasta solo era obligatorio en los casos en que la ley expresamente determinara la venta de los bienes de las entidades estatales por el sistema de martillo.

²²⁹ Corresponde a la redacción del Código Penal de junio 22 de 1964 y al artículo 340 del Código Penal del 3 de marzo de 2005 (Gaceta Oficial Número No 5.768 del 13-04-2005).

pero que vinculan tanto la venta de bienes públicos como la *adquisición* de bienes y servicios para el Estado: *“El que por medio de amenazas, violencias, regalos, promesas, colusiones u otros medios fraudulentos, haya coartado o perturbado la libertad de las subastas públicas o de las licitaciones privadas por cuenta de las administraciones públicas, o el que por dichos medios hubiere alejado a los compradores o postores, será castigado... Si el culpable fuere una persona constituida por la ley o por la autoridad en las susodichas subastas o licitaciones, la prisión será de.... El funcionario antedicho que, mediante dinero,..., se abstenga de asistir a las subastas o licitaciones mencionadas, será penado...”*.

3.3 El favoritismo

Algunos países de la Unión Europea tipifican el fraude a los procedimientos de contratación pública mediante el delito de cohecho -si se fundamenta en dádivas-, o de estafa -si tiene por objeto obtener un provecho ilícito-; sin embargo, varias legislaciones criminalizan autónomamente los fraudes cometidos en los procesos de convocatorias o licitaciones para la adquisición de bienes y servicios estatales. Una de estas modalidades delictivas es el *favoritismo*, que consagran las leyes de Francia y de Inglaterra²³⁰.

En Francia, el delito está integrado por dos elementos. El primero, un elemento material que consiste en procurar para otro una ventaja injustificada mediante acto contrario a las normas sobre libertad de acceso y legalidad de los candidatos en los procesos de contratación estatal. Y el segundo elemento, de carácter subjetivo referido a la culpabilidad del actor por infringir la norma (legal o reglamentaria) con la intención de beneficiar ilícitamente a un tercero. Con lo cual, el delito mezcla la infracción a la ley (prevaricato) y el fraude personal (provecho ilícito)²³¹.

Inglaterra desde enero de 1991, cuenta con una legislación -sin precedentes en otras legislaciones-, aplicable únicamente a entidades públicas distintas de las empresas comerciales e industriales o de las sociedades de economía mixta. En la Circular del Primer Ministro de julio 29 de 1992, se enlistan varias conductas constitutivas del delito de *favoritismo* así: entregar información privilegiada sobre la contratación, confeccionar especificaciones técnicas, negociar procedimientos o

²³⁰ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Página 353.

²³¹ *Ibidem*. Página 354.

desestimar deliberadamente la calidad de los proponentes para acudir a un procedimiento negociado²³².

3.4 El fraude en las licitaciones

Ya observamos que España tipifica el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas. En otros países de Europa como Francia, Alemania e Italia, se sancionan las manipulaciones a los procedimientos de selección del contratista, bien por los acuerdos contra la libre competencia entre partes involucradas, como ocurre con la legislación Alemana, o bien por medios fraudulentos específicos, como sucede en las legislaciones de Francia, Italia²³³ e incluso Portugal.

En Francia, el artículo 316-6 del Código Penal tipifica el fraude en las licitaciones públicas, como una modalidad de estafa. El delito contiene tres modalidades de conductas: las dos primeras prohíben los actos fraudulentos de sobornos o de violencia, tendientes a perturbar las adjudicaciones públicas o excluir a los proponentes, y el tercer comportamiento prohibido, consiste en la participación en una licitación pública sin contar con la autorización del funcionario competente²³⁴.

Los problemas de corrupción originados de la actividad contractual del Estado, son regulados en Alemania a partir del 13 de agosto del año 1997 con la Ley de Lucha contra la Corrupción (*Gesetz Zur Bekämpfung der Korruption, KBG*) como “*Delitos contra la competencia*”, motivada por el elevado crecimiento de la corrupción en el sector público y en la economía privada, fundamentalmente en el campo de la construcción y la Administración Pública²³⁵. Con lo cual, el principio de legalidad de la contratación administrativa no es el bien jurídico objeto de tutela penal, sino el patrimonio económico o la libre competencia²³⁶.

²³² *Ibidem*. Páginas 354, 355.

²³³ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Página 355.

²³⁴ *Ibidem*. Página 355.

²³⁵ De Vicente Martínez, Rosario. Corrupción, Funcionario Público y Medio Ambiente. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2006. Página 47.

²³⁶ Código Penal Alemán de 1871, traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia (Actualizado al 30 de agosto de 2002), el §298 textualmente prescribe: “§ 298. *Acuerdos restrictivos de la competencia en licitaciones públicas.* (1) *Quien presente en una licitación pública sobre mercancía o servicios comerciales una oferta que se base en un acuerdo ilegal que tiene por objetivo motivar al organizador a la aceptación de una propuesta determinada, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa* (2) *A la licitación pública se equipara en el sentido del inciso 1 la licitación privada de un pedido después de un concurso previo de participación.* (3) *Conforme al inciso 1, también en relación con el inciso 2, no será castigado quien impida que el organizador acepte la propuesta o que éste ofrezca sus servicios. Si sin*

En Italia, hay dos delitos sobre defraudación a la libertad de competencia dentro de los procesos de adjudicación de contratos públicos: 1) la *turbata libertà dagli incanti*, que sanciona los atentados contra la libre competencia, ejercidos por medio de la violencia, amenazas, regalos o colusión, para obtener la desviación del proceso de selección del contratista; 2) la *astensione dagli incanti*, sanciona el ofrecimiento de dinero o cualquier dádiva para concurrir a un proceso licitatorio²³⁷, en perjuicio de la libertad de competencia económica.

El artículo 335º del Código Penal de Portugal²³⁸, dentro del delito de *tráfico de influencia*, tipifica el fraude mediante el uso de investidura real o simulada para obtener contratos públicos o adjudicaciones: “*Quien, por sí mismo o a través de interpuesta persona, con su consentimiento o ratificación, solicite o acepte, para sí o para un tercero, provecho patrimonial o no patrimonial, o su promesa, para abusar de su influencia, real o supuesta, con el fin de obtener de entidad pública premios, adjudicaciones, contratos, empleo, subsidios, subvenciones, beneficios u otras decisiones ilegales favorables, será sancionado con...*”

3.5 El fraude durante la ejecución del contrato

Italia es casi que el único país que tiene tipificada la ejecución del contrato de la Administración Pública, mediante dos modalidades. La primera, denominada *inadempimento di Contratti di pubbliche forniture*, sanciona el incumplimiento total o parcial de las obras o suministros necesarios para un establecimiento público o servicio público, por dolo o culpa grave del contratista (art. 355 C.P.). La segunda, es la *frode nelle pubbliche forniture* (art. 356 *ibídem*), tipifica la acción de cometer fraude en la ejecución del contrato de obra o durante el cumplimiento de otros contratos con el Estado o de las entidades públicas²³⁹.

intervención del autor no se acepta la propuesta o no se ofrece los servicios del organizador, entonces permanecerá sin castigo si se esfuerza voluntaria y seriamente para impedir la aceptación de la propuesta o la prestación de los servicios.”. Consultado a través de la siguiente página web: <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html>

²³⁷ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Página 358.

²³⁸ Reformado por la Ley No. 68 de septiembre 2 de 1998.

²³⁹ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 359, 360.

En el caso colombiano, la jurisprudencia tiene decantado que el delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, se configura cuando se tramita, celebra, o liquida el contrato estatal sin observancia de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere tipificado las ilegalidades ocurridas durante la etapa de *ejecución* del contrato, ya que de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y considera que la ejecución del objeto contractual, se tutela con el delito de interés indebido en la contratación, u otro que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc.²⁴⁰.

²⁴⁰ Sala de Casación Penal, sentencia de casación No. 14.699 de mayo 20 de 2003, M. P. Fernando Arboleda Ripoll. Reiterada en la sentencia No. 21.547 de febrero 9 de 2005, M.P. Marina Pulido de Barón.

CAPÍTULO TERCERO: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN PENAL

En el presente capítulo se abordará la protección penal del principio de legalidad de los contratos estatales, como bien jurídico objeto de tutela, según el tratamiento en el derecho comparado y la legislación Colombiana. Con tal fin, empezaremos con un breve estudio del bien jurídico desde el enfoque ontológico – naturalista con que fue concebido, hasta las teorías sociológicas que explican su legitimación en el derecho penal por encima de consideraciones individuales o materiales que negaban cualquier forma a su espiritualización.

Se examinará el desarrollo de la Administración Pública, como bien jurídico omnicomprendivo que involucra componentes orgánicos, funcionales y misionales, por medio de los cuales el Estado busca la estabilidad de sus instituciones y el cumplimiento de sus cometidos político-sociales, en especial, la satisfacción de necesidades colectivas. Veremos el contenido teórico del principio de legalidad en la contratación estatal, su conexión con los principios moduladores de la Administración Pública y la protección especial que ofrece el derecho penal para ubicarlo como bien jurídico, merecedor de tutela penal.

Por último, nos detendremos en un análisis crítico sobre el principio de legalidad de la contratación administrativa, como bien jurídico merecedor de tutela penal, según la interpretación judicial que *-lege data-* abriga la legitimación del injusto actualmente vigente en la legislación colombiana. De igual manera, expondremos las diversas formas de protección del principio de legalidad y de los principios basilares de la Administración Pública que nuestro ordenamiento jurídico contiene.

I. EL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO PENAL Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN

El bien jurídico como objeto de protección y límite del derecho penal, es un *topoi* del delito que ha reconducido el discurso dogmático de los últimos lustros. Para BINDING la determinación del bien jurídico es connatural al derecho penal y sólo el legislador es el legitimado para determinarlo, a través de los tipos penales²⁴¹. En cambio VON LISZT, considera que el bien jurídico es determinado socialmente y por ende preexistente al derecho, por cuanto se trata de un interés importante, valor o realidad valiosa de una persona o sociedad que merece protección jurídica del derecho positivo²⁴².

Luego, con la Escuela de KIEL y la teoría subjetiva de los valores, el concepto de bien jurídico pierde su importancia dentro del derecho penal. Superada esta etapa se produce el retorno al liberalismo ontológico y con el apareamiento de las corrientes finalistas, el concepto de bien jurídico pasa a segundo plano para ser reemplazado por valores ético-sociales, consecuentes con la teoría de la adecuación social que pregona el finalismo de WELZEL²⁴³.

1.1 Delimitación de la teoría del bien jurídico

Son variados los estudios y críticas sobre la teoría del bien jurídico, desde quienes defienden su relevancia con una teoría personal o rígida como HASSEMER, otras concepciones estructuralmente abiertas como la de SCHÜNEMANN, y otros con críticas hacia el bien jurídico como noción de legitimación de las normas penales (STRATENWERTH)²⁴⁴. También existen las teorías funcionalistas de la pena que prescinden del dogma del bien jurídico, basadas en planteamientos sociológicos o de *lesividad social* quienes aprecian la sociedad como un todo (AMELUNG), o en concepciones idealistas o normativistas que se estructuran sobre las expectativas en la sociedad y la vigencia de las normas (JAKOBS)²⁴⁵.

²⁴¹ Bernate Ochoa, Francisco. La Legitimidad del Derecho Penal. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007. Página 195.

²⁴² *Ibidem*. Página 196.

²⁴³ *Ibidem*. Página 196.

²⁴⁴ Ponencia sobre “*La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico*” de Gerhard Seher (Hefendehl (ED.), Roland. La teoría del bien jurídico. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición. Madrid. 2007. Página 71.

²⁴⁵ *Ibidem*. Páginas 71 y 72.

En la postmodernidad, la dualidad entre valores y normas sigue siendo aún el marco de referencia para la definición del delito²⁴⁶. Las normas en la concepción de JAKOBS, entendidas como instrumentos para hacer posible los valores -del ser humano y no voluntad del hombre-, son las que le dan significación a los procesos comunicativos del sistema social y a la pretensión legítima de los pueblos, exigible a sus gobernantes²⁴⁷.

Para delimitar el objeto de esta investigación y no tomar partida alguna en el debate sobre la legitimación de la teoría del bien jurídico, como principio y fin del derecho penal, el estudio de antijuridicidad será abordado desde la perspectiva de *la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico* tutelado, en los términos que contempla el artículo 11 de nuestro código penal²⁴⁸ y el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, y por supuesto se harán algunas referencias obligadas a las actuales teorías funcionalistas de la pena. Pero deberá examinarse las referencias problemáticas, dirigidas a los bienes jurídicos individuales y colectivos, habida cuenta que este trabajo se centrará a estos últimos.

Para adentrarnos al análisis debe partirse de la separación entre la protección de los bienes jurídicos individuales y los intereses o valores o colectivos, que tanta polémica han centrado en las últimas investigaciones dogmáticas. HASSEMER con su *“teoría personal del bien jurídico”*, concibe el bien jurídico como el *“interés humano necesitado de protección penal”* y a la vez la limitación del derecho penal nuclear. Por lo que con ese planteamiento, los delitos serán esencialmente de resultados para la defensa de derechos individuales, y excepcionalmente de peligros graves o concretos. Los bienes jurídicos colectivos son tratados como la sumatoria de intereses individuales, por lo que no hay lugar para la protección autónoma de los valores²⁴⁹.

²⁴⁶ Grosso García, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Grupo Editorial Ibáñez. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006. Página 56.

²⁴⁷ *Ibídem*. Página 58.

²⁴⁸ Al respecto, Tamayo Medina expresa: “...Ahora bien, si la ley establece que para estimar configurada la antijuridicidad se requiere, entre otros presupuestos, la lesión o puesta efectiva en peligro del bien jurídico, quiere decir que dicha categoría no se limita a la visión formal de antijuridicidad, sino que se extiende, en perfecta armonía con el marco constitucional, a una concepción material del injusto. ...”. (Tamayo Medina, Carlos Héctor. Delitos de peligro abstracto y antijuridicidad material. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007. Página 89).

²⁴⁹ Ponencia sobre *“La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico”* de Gerhard Seher (Hefendehl (ED.), Roland. La teoría del Bien jurídico. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición. Madrid. 2007. Página 74.

SCHÜNEMANN formula muchas críticas contra la teoría personal o individual del bien jurídico, por considerarla que intenta combatir los profundos cambios sociales de las últimas décadas con instrumentos propios del siglo XVIII, y ante la amenaza que para la humanidad representa la destrucción del medio ambiente, prevalece la supervivencia colectiva sobre los derechos individuales²⁵⁰. STRATENWERTH es del criterio que las diferencias estructurales existentes son complejas para ser abarcadas por un concepto omnicomprendivo de bien jurídico, el cual responde a la superada interpretación de autor-víctima propio de los delitos de resultado, desarrollados por el derecho nuclear. Alude a un “*consenso de mínimos de nuestra sociedad*” que con la libertad enmarcan ciertas normas elementales de conducta²⁵¹.

Por su parte, WOHLERS propone una legitimación desvinculada del dogma del bien jurídico, habida cuenta que éste no es un requisito de tipicidad y en algunos casos como en los delitos de peligro abstracto es excluido²⁵². Sin embargo, sostiene que el punto de partida de legitimidad estriba en la determinación del bien jurídico protegido por la norma penal, porque a partir de aquí se puede filtrar la ilegitimidad abstracta de la protección de los bienes jurídicos. Por consiguiente, habiéndose filtrado un bien jurídico legítimo, la legitimidad de la norma depende de la relación entre la estructura del delito y el bien jurídico tutelado²⁵³.

En el campo de la regulación actual, existe una marcada tendencia por un derecho penal de valores que incorpora delitos sin víctimas, y de manera excepcional, con muy forzadas argumentaciones, se puede reconducir a un referente individual del bien jurídico. A partir de este supuesto, se ha centrado la divergencia entre el liberalismo y el moralismo, apoyado en que el primero busca evitar daños, por el contrario, el segundo protege valores. Las críticas en uno y otro sentido, son fruto de malos entendidos, pues el liberalismo también protege valores y en ese sentido es una forma de moralismo; de igual forma, el moralista no tendría objeción en normas fundadas en el principio del daño, pero no remiten a la relación autor – víctima y por ello no castigan la lesión ocasionada, sino protegen los valores²⁵⁴.

HEFENDEHL, al estudiar los bienes jurídicos colectivos sostiene que éstos son omnipresentes tanto en el derecho penal nuclear como en el accesorio, y que el referente de servir a la generalidad no es suficiente para determinar su estructura y

²⁵⁰ *Ibidem*. Página 74.

²⁵¹ *Ibidem*. Páginas 74, 75.

²⁵² *Ibidem*. Página 75.

²⁵³ *Ibidem*. Página 76.

²⁵⁴ *Ibidem*. Página 87.

sistematización. Destaca la falta de fundamento de la tesis según la cual todos los bienes jurídicos colectivos son ilegítimos, pues no se concibe un derecho penal sin delitos contra la administración pública, la administración de justicia o falsedad monetaria por ejemplo, ya que la teoría de los bienes jurídicos individuales de “pesos ligeros”, no comprende en sí los bienes jurídicos colectivos²⁵⁵.

Para identificar los bienes jurídicos colectivos, HEFENDEHL parte de dos criterios: el primero, de *no exclusión o no rivalidad en el consumo*, significando con ello que todos miembros de la sociedad pueden hacer uso de los bienes colectivos en igualdad de condiciones sin exclusiones ni contrariedades. El segundo criterio, es el de *no distributividad*, conforme al cual el bien colectivo es conceptual, real y jurídicamente imposible de dividir en partes para distribuirlos en porciones a los individuos de una comunidad. En síntesis, el bien jurídico colectivo se vulnera por un consumo contrario al ordenamiento que lleva a su reducción o destrucción²⁵⁶.

A partir de esos criterios de distinción, HEFENDEHL estructura los bienes jurídicos colectivos en la *confianza socialmente relevante* o confianza en lo incorruptible del aparato funcional o la seguridad de la moneda, distinta de la confianza en la vigencia del ordenamiento; en bienes de naturaleza descriptivos o consumibles o agotables para la sociedad, como los recursos del medio ambiente; y los bienes jurídicos colectivos para la protección de las condiciones marco del Estado, tanto en la existencia o condiciones de funcionamiento institucional, como la actividad teleológica del Estado directamente prestacional o interventora. Todo ello permite determinar, si realmente existe un bien jurídico en la construcción legislativa²⁵⁷.

Un sector de la doctrina es de la opinión que los bienes jurídicos colectivos son entes inmateriales, no susceptibles de lesión, por lo cual su protección se limita únicamente a los tipos de peligro o por nuevas creaciones dogmáticas como los tipos intermedios²⁵⁸. Posición criticada, respecto de los bienes jurídicos de grandes dimensiones como la Administración Pública, puesto que la lesión de estos bienes colectivos no necesariamente implica su destrucción o afectación sustancial, tal como sucede en algunos bienes individuales como en el caso de las lesiones corporales de leve trascendencia, las cuales no afectan esencialmente la salud de

²⁵⁵ Hefendehl (ED.), Roland. La teoría del Bien jurídico. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición. Madrid. 2007. Página 182.

²⁵⁶ *Ibidem*. Páginas 188 y 189.

²⁵⁷ *Ibidem*. Páginas 190, 191.

²⁵⁸ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo. Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2009. Página 118.

una persona, o también difícilmente una injuria privada puede ocasionar afección integral en el honor de la víctima²⁵⁹.

Para el profesor GROSSO GARCÍA²⁶⁰, fundado en el paradigma normativista de JAKOBS, todas esas contradicciones epistemológicas de defensores y críticos de la teoría ontológica de los bienes jurídicos, conllevan a redefinir el concepto del delito a partir de un sistema valorativo-normativo, donde ese sistema de normas es un elemento comunicador entre los individuos y la sociedad. Con lo cual, se crea una interdependencia funcional -de carácter comunicacional- entre sociedad, norma y persona, cuya interferencia no deseada a ese proceso comunicativo, constituye el delito. Por lo que el dogma de la protección del bien jurídico, a juicio de JAKOBS no es criterio determinante para legitimar el derecho penal²⁶¹.

Para WOLFGANG FRISCH, la teoría del *fin de protección* es una ficción peligrosa en los casos sumamente complicados, pues transita por vías problemáticas, en especial porque “*desde el fin se argumenta con normas no determinante*”, o por ausencia de *función rectora de las normas determinantes* sencillamente se invoca como voluntad de protección lo que se ajusta al sentimiento jurídico propio, sin mostrar la significación básica, entre ellos, los criterios de creación de peligro concreto, y las categorías de necesidad y adecuación de la desaprobación de determinadas conductas, ni la justificación para el merecimiento de pena²⁶².

Al respecto, SCHÜNEMANN²⁶³ afirma que la relación entre la norma, el fin y el valor no puede construirse de la manera planteada por el normativismo, sino por una valoración o juicio de que cierto estado es bueno y en el derecho penal ese estado en tan bueno y valioso que se le califica de bien jurídico merecedor de protección penal, cuya función es prevenir con amenaza de pena a los individuos reales, para evitar que cometan acciones lesivas de bienes jurídicos, más no como “*instalar comunicaciones pensadas sobre acciones pensadas*”. A condición de que esa

²⁵⁹ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; Henao Cardona, Luis Felipe; Balmaceda Hoyos, Gustavo. Derecho Penal en la Sociedad de Riesgo. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2009. Página 119.

²⁶⁰ Grosso García, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Grupo Editorial Ibáñez. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 46, 47.

²⁶¹ Günther; Jakobs, y Cancio Meliá, Manuel. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias del II Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú de agosto a septiembre del 2000. Editora Grijley. Perú 2000. Página 46.

²⁶² Frisch, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición. Madrid. 2004. Páginas 97 y 98.

²⁶³ Schünemann, Bernd. Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico – Penal. Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007. Páginas 202 y 203.

amenaza de pena, sólo será efectiva si la prohibición contenida en el tipo penal expresa de manera clara y suficiente las acciones prohibidas.

No obstante, las discusiones académicas originadas por la teoría de protección del bien jurídico y las formas en que la lesión al mismo puede representarse, la Corte Constitucional ha precisado que el principio de antijuridicidad penal tiene sustrato constitucional en el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso, derivado de *“los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución...”*²⁶⁴.

Indica el máximo Tribunal Constitucional²⁶⁵ que en el Estado social de derecho el ejercicio del *ius puniendi* institucional se ha considerado como la *ultima ratio*, es decir, sólo puede acudir a él cuando no hay medidas menos restrictivas de los derechos fundamentales que tengan la capacidad de protección del bien jurídico agraviado. Que por ello, resulta necesario la *“ponderación entre la finalidad del bien común que persiguen las normas penales y la limitación de la libertad que se impone al infractor de la ley penal, se ha abierto paso la concepción de un derecho penal fundado en torno al concepto de la necesidad de la pena”*.

1.2 La Administración Pública como objeto de tutela penal

Las teorías para determinar las tareas de la Administración Pública, se fundan en las funciones del Estado o en las funciones del sistema político-administrativo, sin

²⁶⁴ Sala Plena, sentencia C-070 de febrero 22 de 1996, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Sobre el particular, la Corte precisó: *“...El principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales. Este sopesamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios. Como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales, la proporcionalidad exhibe una naturaleza diferencial, o sea, que admite una diversa libertad de configuración legislativa dependiendo de la materia. Así, por ejemplo, en el ejercicio de la reserva legal establecida para la reglamentación de derechos constitucionales, sólo la restricción excesiva e imprevisible de los mismos implica la ilegitimidad del medio escogido para la realización de los fines constitucionales. En términos generales, entre mayor sea la intensidad de la restricción a la libertad mayor será la urgencia y la necesidad exigidas como condición para el ejercicio legítimo de la facultad legal. ...”*.

²⁶⁵ Corte Constitucional. Sala Plena, sentencia C-489 de junio 26 de 2002, expediente D-3838, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

tener en cuenta la diferenciación entre las mismas²⁶⁶. La teoría de los sistemas no se refiere a las funciones del Estado, sino a las funciones del sistema político – administrativo y las contribuciones específicas a la sociedad. LUHMANN parte de una demanda social de *decisiones colectivamente vinculantes*, las cuales son formuladas para todo el sistema social y afectan esta colectividad, pero han de ser aceptadas como vinculantes por todos sus miembros²⁶⁷. Para la teoría de los bienes económicos (Estado bienestar), el punto de partida no son las necesidades sistemáticas de la sociedad, sino las necesidades individuales²⁶⁸.

Para la teoría político-económica, surgida del capitalismo tardío, la función del Estado no está dirigida a las necesidades individuales ni al sistema social global, sino a la conservación de un determinado estado del sistema en interés del capitalismo. Es decir, se trata de un Estado que protege el interés de grupo frente a los otros intereses concurrentes, donde se instrumentalizan las funciones del Estado a la clase dominante, la cual conduce a contracciones político-sociales²⁶⁹. Según MAX WEBER, la Administración en todos los tipos de dominación sirve al aseguramiento de la dominación política e imposición de sus objetivos²⁷⁰.

El desarrollo posterior de la Administración y hasta nuestros días, se caracteriza de una parte, por la asunción subsidiaria de las prestaciones de abastecimiento y servicios (satisfacción de las necesidades colectivas), y de otra, por la conducción del desarrollo social hacia determinados objetivos, como son la igualdad material, integración nacional, fortalecimiento de la democracia, crecimiento económico, mejora en los servicios de salud y educación²⁷¹. A partir de esta teleología del Estado y para garantizar efectivamente la satisfacción de necesidades sociales, surge la importancia de intervención penal en los asuntos administrativos.

Ahora bien, en cuanto a los delitos contra la Administración Pública, el profesor CASTRO CUENCA sostiene que se encuentran presentes como bien jurídico objeto de tutela, los principios de primacía del interés público, el de objetividad, el de legalidad, y el de eficacia. Entendido el interés público como el núcleo fundamental de la Administración Pública, que constituye el nexo entre todos los principios constitucionales en torno a los cuales se edifica el Estado. Sin embargo, ante la

²⁶⁶ Mayntz, Renate. Sociología de la Administración Pública. Alianza Editorial S.A., primera edición. Madrid – España. 1985. Página 44.

²⁶⁷ *Ibidem*. Página 47.

²⁶⁸ *Ibidem*. Página 49.

²⁶⁹ *Ibidem*. Página 51.

²⁷⁰ *Ibidem*. Página 53.

²⁷¹ *Ibidem*. Página 57.

existencia de intereses particulares, igualmente protegidos por la Constitución, la prevalencia de ellos en caso de tensión debe someterlos la Administración Pública a los criterios de objetividad e imparcialidad²⁷².

En cuanto a los delitos que atentan contra la Administración Pública, para SILVIO RANIERI²⁷³, son aquellos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones. Con lo cual concluyen GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU que el bien jurídico objeto de tutela es el ejercicio –debido, agregaría yo- de la función pública dentro de los principios de legalidad, eficiencia y honestidad.

Desde luego, la concepción del bien jurídico de la Administración Pública -a partir de una óptica teleológica-, depende de la correspondiente forma y organización del Estado, atendiendo la axiología de cada modelo, dados los intereses particulares propio de un Estado totalitario, los difusos del Estado liberal (*laissez- faire, laissez passer*), los deberes sociales en el Estado intervencionista (relaciones especiales de sujeción) y la jerarquización de los derechos fundamentales en el Estado social y democrático de derecho²⁷⁴.

La doctrina mayoritaria concibe la Administración Pública como un bien funcional referido al correcto funcionamiento de las instituciones político-sociales. Se trata de garantizar el respeto por los principios, valores y previsiones constitucionales que regulan el adecuado funcionamiento del Estado, como elemento básico de la configuración actual de la sociedad²⁷⁵. Niega la protección de la Administración como tal, y de su dignidad, para reconocer como único interés merecedor de tutela la actividad pública, entendida como instrumento prestacional de los servicios que las instituciones públicas prestan para el bienestar de los ciudadanos en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho²⁷⁶.

Para FEIJÓO SÁNCHEZ, el correcto funcionamiento de la Administración Pública desde la perspectiva político-criminal debe estar sometido a unos “mínimos” al

²⁷² Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 139 y 140.

²⁷³ Citado por Gómez Méndez, Alfonso; y Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá D.C. 2008. Página 32.

²⁷⁴ Gómez Méndez, Alfonso; y Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá D.C. 2008. Páginas 35 a 47.

²⁷⁵ Silva Sánchez, Jesús maría y Suárez González, Carlos J. La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del derecho penal. Ponencias del III Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú del 27 al 29 de agosto de 2001. Editora Grijley. Página 161.

²⁷⁶ *Ibidem*. Página 162.

momento de su actividad prestacional, es decir, que comporte un interés básico para la continuidad del sistema político-social, capaz de trascender lo netamente administrativo y evidencie su contenido penal²⁷⁷. En tal sentido, explica el tratadista que el correcto funcionamiento administrativo es una finalidad protectora que requiere de concreción en el tipo penal; cita de ejemplos, el delito de prevaricato con el cual se protege la ley y el derecho, o la infracción de custodia de información y de secretos oficiales, para tutelar la seguridad documental, o el de cohecho para impedir el enriquecimiento ilícito y la corrupción administrativa²⁷⁸.

CARLOS MIR PUIG, considera que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, es el correcto funcionamiento del Estado en su vertiente objetiva de la función pública o servicio público, de la relación externa entre la Administración – ciudadano (función pública como actividad de prestación a los administrados). Sin embargo, admite igualmente que en algunos delitos como el de desobediencia funcional, se protege directamente la relación interna u orgánica entre la Administración – funcionarios (deber de objetividad)²⁷⁹.

Según MORELL OCAÑA²⁸⁰, la objetividad es un criterio valorativo sobre una realidad que aparece en el seno de una controversia para aplicar lo justo y razonable a una situación específica, a fin de ponderar el adecuado punto de equilibrio entre el fundamento de hecho y la respectiva consecuencia jurídica. Este autor relaciona la objetividad con dos principios: la neutralidad y la imparcialidad. El primero para referirse a la neutralidad política de la Administración quien debe actuar así perjudique la política de Gobierno, y la imparcialidad implica el deber de fidelidad del funcionario en el desempeño del cargo, prescindiendo de las opiniones y voluntades personales y adecuándolas a la ley.

Respecto al principio de eficacia de los actos administrativos, según CONTINO HUESO²⁸¹ reside en *“una específica actitud de la Administración para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia asimismo específica de la realización efectiva de éstos; es decir, de producción de resultados efectivos”*, sin embargo, ello

²⁷⁷ Silva Sánchez, Jesús maría y Suárez González, Carlos J. La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del derecho penal. Ponencias del III Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú del 27 al 29 de agosto de 2001. Editora Grijley. Página 162.

²⁷⁸ *Ibidem*. Página 163.

²⁷⁹ Mir Puig, Carlos. Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. José María Bosch Editor. 2000. Primera edición. Barcelona – España. Página 19 y 42.

²⁸⁰ Citado por Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 142 y 143.

²⁸¹ *Ibidem*. Página 147.

no impone per se un deber de resultado a cargo de la Administración, sino el despliegue de los instrumentos legales encaminados a obtenerlo.

Un aspecto importante de destacar de la Administración Pública, es que en la doctrina no existe del todo consenso sobre el concepto de *interés público* para efectos penales, ni criterios objetivos para determinarlo, pues existen tres formas diferentes para caracterizarlo: la primera basada en un valor abstracto del interés público, como la justicia; una segunda manera está referida a un interés colectivo específico, como la Nación, y una última forma, a partir de la suma de intereses particulares (concepción liberal). Cualquiera sea criterio formal adoptado, el concepto de interés público resulta bien abstracto y complejo para definirlo²⁸².

Según la Corte Constitucional²⁸³, como la función pública está al servicio del interés general y puede llevarse a cabo mediante el mecanismo de la contratación estatal, resulta forzoso concluir que dicha contratación también está al servicio de ese interés general y por ello la teleología del Estatuto de Contratación Administrativa²⁸⁴, prescribe que la contratación pública persigue el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines²⁸⁵.

En últimas, las teorías formales para la conceptualización del bien jurídico, son desplazadas por los axiomas constitucionales y propuestas sociológicas que, en su orden buscan, en primer lugar, delimitar el ámbito de protección de las normas penales según los preceptos de la Constitución; y en segundo lugar, en el plano sociológico, conciliar la dogmática del derecho penal con las estructuras sociales

²⁸² Cartolano Schiaffino, Mariano. *la Corrupción – Aproximación Teórica*. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2009. Página 63.

²⁸³ Sala Plena, sentencia C-400 de junio 2 de 1999, expediente D-2268, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁸⁴ El artículo 3° de la Ley 80 de 1993, dispone: “*Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.*”.

²⁸⁵ Ya en sentencia C-449 de julio 9 de 1992, expediente D-033, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, refiriéndose al régimen constitucional de la contratación pública que estaba por expedirse, había expresado: “...7. *Para el cumplimiento de los fines del Estado, es necesario el aprovisionamiento de bienes y servicios por parte de los órganos públicos mediante la contratación. Luego el objeto de los contratos no es otro que la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. Es por ello que el estudio de la contratación estatal debe inscribirse en los principios axiológicos del Estado social de derecho, que irradian todas las disposiciones contractuales previstas en la Constitución,...*”.

vigentes y su explicación a través de la teoría de los sistemas²⁸⁶. La primera postura (positivismo normativo) conlleva al respeto de las pautas constitucionales, y la segunda, a que el bien jurídico fluctúa de acuerdo con la dinámica social y por ello no es una entidad pasiva y predeterminada normativamente²⁸⁷.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DEL CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: BIEN JURÍDICO OBJETO DE TUTELA

En el contexto tradicional del Estado “legal” de derecho, se consideraba que la ley garantizaba ciertos valores morales y contenidos de justicia, fundamentado en la vocación democrática con que nació el principio de legalidad como limitante al poder del absolutismo, donde los juicios de legitimación de las formulaciones jurídicas se presentaban de dos formas: una externa al derecho que remitía a las consideraciones políticas y axiológicas, y otra referida ya a las prescripciones normativas. Es decir, el derecho penal se legitimaba externamente por las razones de justicia que se invocaban por medio de principios normativos ajenos al derecho positivo, e internamente por la validez formal de los preceptos legales²⁸⁸.

El profesor GONZÁLEZ CUSSAC, refiriéndose a la reforma legislativa adoptada con el Código Penal español de 1995, sobre el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, expresó²⁸⁹ que la jurisprudencia (STS de julio 14 de 1995, junio 29 de 1995 y de julio 10 de 1995) y la doctrina mayoritaria, lo conectan el objeto de tutela directamente con los arts. 9.1º y 3º; 103 y 106 de la Constitución, y por consiguiente con los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad.

De allí que el principio de legalidad que rige el derecho administrativo, haya sido objeto de tutela en todos los delitos contra la Administración Pública que protege el Código Penal Colombiano, resultando necesario su estudio específico en la relación contractual del Estado con los particulares, como se verá a continuación, para determinar el alcance de la protección penal.

²⁸⁶ Barbosa Castillo, Gerardo; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Bien jurídico y Derechos Fundamentales – Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1996. Página 61.

²⁸⁷ *Ibidem*. Página 62.

²⁸⁸ Urbano Martínez, José Joaquín. La Legitimidad del Derecho Penal – Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2001. Página 119.

²⁸⁹ González Cussac, José Luis. Los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación. Consejo General del Poder Judicial, Madrid., 1996. Página 37.

2.1 El principio de legalidad en el derecho administrativo

El principio de legalidad surge (en el Estado de Derecho), como una limitante al poder absoluto del monarca en la relación entre derecho y sociedad, quien era el depositario incondicional de los poderes públicos y garante de la paz entre los súbditos. En el plano del derecho administrativo, esa relación monarca-sociedad significaba para los coasociados la inestabilidad y falta de certeza en cuanto a los trámites y decisiones de la administración y su control efectivo.

Esta concepción del Estado individualizado, fue objeto de reacción directa de las teorías de los revolucionarios franceses, para quienes el derecho sólo podía tener su fuente en la voluntad general, o sea en la ley como manifestación suprema de esta voluntad²⁹⁰. Es decir, al legislador correspondía la determinación y regulación general del poder político, como forma de evitar la inestabilidad y arbitrariedad típica del manejo personalizado del poder. En un Estado de Derecho (sujeto a la primacía de la ley)²⁹¹, *“el principio de legalidad se materializa como una cobertura de la ley, previa a la manifestación de cualquiera de los órganos del poder público, sin sujeción a la cual los actos por ellos proferidos se considerarían ilegales y por consiguiente carentes de validez”*²⁹².

En lo que respecta a la función administrativa, el principio de legalidad asume dos esferas delimitadas: una específica de referencia a la ley (concepción formal), y otra con referencia a los principios, valores e interpretación jurisprudencial del ordenamiento positivo que orientan la aplicación de la norma legal (concepción material). En este último caso, GARCÍA-TREVIJANO FOS²⁹³, dicen que se trata de una legalidad dialéctica, sustancial y orientadora que se edifica sobre la función unificadora a cargo de la jurisprudencia.

²⁹⁰ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II – Acto Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Cuarta edición. 2003. Página 39. Citando a García de Enterría.

²⁹¹ Así se origina la teoría del *voluntarismo*, según las cuales las leyes expresan la voluntad del legislador y por ello deben obedecerse sin importar si son buenas o malas. (Hervada, Javier. ¿Qué es el derecho? Editorial Temis S.A., segunda edición. Bogotá D.C., 2009. Páginas 79, 80).

²⁹² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II – Acto Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Cuarta edición. 2003. Página 40.

²⁹³ Citado por Santofimio Gamboa. *Ibídem*, página 42.

De lo anterior, el profesor SANTOFIMIO GAMBOA²⁹⁴ identifica dos elementos importantes del principio de legalidad. De una parte, la legalidad formal o simple legalidad que se caracteriza por la mera confrontación normativa, y de otro lado, la legalidad teleológica que se estructura en la permanente búsqueda y cumplimiento de los fines estatales. Dice que el primero de los fenómenos se concreta en una abstención, en tanto toda expresión de voluntad de la Administración debe estar expresamente autorizada por las normas, sin contradecir los mandatos superiores establecidos en el propio ordenamiento positivo.

En cuanto a la legalidad teleológica, sostiene el profesor SANTOFIMIO GAMBOA que este fenómeno se adentra al estudio de la finalidad estatal y las razones de su existencia. El actuar de las instituciones públicas se basa en el mejoramiento de los intereses comunes a los asociados, de ahí que la ley y las normas superiores persigan el cumplimiento de los intereses generales; estos es, el bienestar general de todos los coasociados. Por lo cual, el elemento teleológico constituye un presupuesto importante de interpretación de los actos estatales, en tanto no resulta suficiente para la efectividad del derecho, la simple comparación entre las decisiones del Estado y el ordenamiento jurídico, para concluir que la decisión administrativa se ajusta al principio de legalidad²⁹⁵.

Al respecto del principio de legalidad, la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁹⁶ ha expresado que este constituye una de las características más valiosas del Estado de Derecho y consiste en el ejercicio reglado del poder del Estado por las distintas autoridades públicas, bajo parámetros de actuación o de abstención previamente fijados por el Congreso de la República -como máximo órgano de representación democrática- o por la autoridad que el ordenamiento jurídico designe al efecto, a fin de evitar el libre albedrío de los servidores estatales.

El principio de legalidad, entendido por GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ²⁹⁷ como el “*sometimiento de las Administraciones a la Ley y al Derecho*”, es uno de los pilares fundamentales del derecho administrativo en los estados de derecho, en virtud del cual todas las actuaciones de la Administración Pública son regladas, incluso los actos discrecionales requieren de una norma que los autorice, con el fin de

²⁹⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo II – Acto Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Cuarta edición. 2003. Página 42.

²⁹⁵ *Ibidem*, página 43.

²⁹⁶ Sección Quinta, Auto de mayo 15 de 2008, expediente No. 2008-00089-01, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

²⁹⁷ Castro Cuenca, Carlos Guillermo; García López, Luisa Fernanda; y Martínez Vargas, Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General “Perspectiva comparada y regulación internacional”. Páginas 43 y 44.

garantizar la satisfacción de los intereses generales, la seguridad o estabilidad jurídica y ante todo, evitar los excesos de poder.

2.2 El principio de legalidad en la contratación administrativa

Para el caso específico de la contratación pública, la Administración es dotada excepcionalmente de cierto margen de discrecionalidad, con el cual puede fijar la prioridad de los contratos a ejecutar, introducir condiciones o cláusulas necesarias para el cumplimiento de los fines de la contratación que son expresadas en los documentos precontractuales, en el contrato mismo o en las variaciones que ocurran durante la ejecución del contrato administrativo, siempre que dicha autonomía -por supuesto- se enmarque dentro de los postulados constitucionales de la función administrativa y el ordenamiento jurídico²⁹⁸.

Por ello, al analizar el principio de legalidad en la contratación de la Administración Pública, GARCÍA DE ENTERRÍA²⁹⁹ señala que debe entenderse que estamos no sólo ante el respeto por la ley civil, comercial y administrativa, sino de la totalidad del ordenamiento jurídico, encabezado por la Constitución Política, según nuestra costumbre institucional. Es decir, la limitada autonomía de voluntad institucional, se fundamenta en la correlación de normas del derecho público y del privado, en las cuales el Estado busca la satisfacción de necesidades colectivas en una economía de mercado, donde debe ubicarse en igualdad de condiciones frente a los particulares. Ante esa tensión de intereses que en las relaciones contractuales se presenta en la Administración Pública, prima el interés general.

En cuanto al principio de legalidad de la contratación pública, la jurisprudencia constitucional sostuvo que con el paradigma de la soberanía popular, todas las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado donde el único soberano es el pueblo y por ello, las autoridades se encuentran sujetas a los límites que la Constitución le establece. En tal sentido, la teoría originaria de la separación de los poderes de Montesquieu es reelaborada a una nueva concepción en la que los diversos órganos de poder se articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado³⁰⁰.

²⁹⁸ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 126.

²⁹⁹ Citado por Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *Ibidem*. Página 116.

³⁰⁰ En la citada sentencia C-449 de julio 9 de 1992, la Corte Constitucional, refiriéndose a la trascendencia del principio de legalidad en la contratación administrativa, precisó: “...4. *El principio de legalidad consiste en el*

De acuerdo con la línea jurisprudencial del Consejo de Estado, la teleología de la contratación no es otra que *“la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz”*. Pero, a diferencia de la contratación entre particulares, donde las partes convergen según las leyes del mercado o por razones volitivas del adquirente del bien o servicio, el proceso de formación de voluntad de la administración en la contratación pública es reglado, se descompone de varias fases propias de toda actuación administrativa que involucran actos preparatorios, de trámite y conclusivos hasta la escogencia del contratista, el perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato³⁰¹.

Por consiguiente, la Administración para escoger a sus contratistas y la oferta más favorable a sus intereses, está sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en un doble propósito: un componente axiológico, orientado al cumplimiento de los cometidos estatales, los cuales se logran con el cumplimiento del objeto contractual, y un componente deontológico, encaminado a garantizar la moralidad y los deberes en la respectiva negociación. Bajo estos supuestos teóricos, la decisión administrativa de adjudicar y celebrar un contrato estatal, no es una facultad discrecional de las entidades públicas³⁰².

hecho de que, a partir de la soberanía popular, cada una de las ramas y órganos del Estado ejercen un poder reglado (artículos 3º, 6º, 121, 122 y 123 constitucionales). El artículo 3º de la Carta afirma que todos los poderes constituidos de la República se ejercen en los términos consagrados en la Constitución, de suerte que el único soberano es el pueblo. Ello constituye una diferencia respecto del régimen del siglo XIX, en el cual el poder legislativo era soberano. Hoy en día entonces, el propio Congreso se encuentra, como los demás órganos del Estado, sujeto a los límites que la Carta le establece. 5. La teoría de la separación de poderes ha sido reelaborada por la doctrina constitucional, pasando de su concepción clásica inicial de Montesquieu, en la que cada rama del poder hacía una sola y misma cosa -legislar, ejecutar, juzgar-, a una nueva concepción en la que los diversos órganos del poder se articulan mediante funciones separadas, destinadas a la consecución de unos mismos y altos fines del Estado (artículos 2º, 3º, 113, 365 y 366 de la Constitución). Es por eso que el Congreso y el Gobierno deben coordinarse pero no duplicarse en las actividades que requieren su concurso simultáneo

³⁰¹ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de diciembre 3 de 2007, expediente acumulado, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, citando a Héctor Escola, expresó: *“...En este proceso, explica Escola, se pueden diferenciar dos etapas: ‘La primera relativa al orden interno de la Administración Pública, y es la que se refiere a la formación de la voluntad administrativa, a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación (...). La segunda, en cambio, atañe al conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del cocontratante particular, que llevarán, finalmente, a la declaración de voluntad que constituirá el contrato’ ...”*.

³⁰² En la sentencia *ibídem*, el Consejo de Estado puntualizó: *“...En otras palabras, contrario a lo que ocurre en el derecho común, en el que prima la autonomía de la voluntad y la libertad de forma, en el derecho público la preparación, adjudicación y perfeccionamiento de los contratos del Estado es eminentemente reglado (sic), de manera que las partes, entidad pública y particular están en la obligación de cumplir con el procedimiento fijado por el orden jurídico, bajo precisos principios que garantizan el derecho a la igualdad de los oferentes y el cumplimiento de los fines estatales perseguidos con esta actividad. En efecto, existen mecanismos,*

Por ello, reitera el máximo Tribunal de lo Contencioso que en virtud del principio de legalidad se deriva una doble carga obligacional para las partes, por un lado, la administración y contratista deben dirigir la formación de la voluntad dentro de las reglas de procedimiento contractual establecidas por la ley, y respetar la ley en su sentido *formal y material*, al igual que el resto de fuentes del ordenamiento jurídico, en especial las normas del derecho administrativo y particularmente los reglamentos y los pliegos de condiciones que rigen el proceso de selección; y por otro lado, los interesados en celebrar contratos con la Administración Pública, deben sujetarse a esos reglamentos y condiciones especiales de contratación³⁰³.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la liquidación del contrato, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha señalado que la liquidación unilateral no obstante su origen bilateral es un acto administrativo sometido al control de los jueces³⁰⁴. Por su parte, la liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes, constituye un acto de autonomía privada que constituye definición de los créditos y deudas recíprocas de las partes. De contera, únicamente las actuaciones del contratista realizadas dentro de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado, pueden entenderse como cumplimiento del objeto contractual, y por consiguiente el acta de liquidación del mismo, sólo podrá consignar materias atinentes a las actividades contractuales realizadas en ese marco negocial³⁰⁵.

De acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema de Justicia, el proceso de contratación es una actuación administrativa reglada que obedece a unos principios, unos fines, ciertas competencias, al agotamiento de etapas y al cumplimiento de ciertos requerimientos que tienden a garantizar los fines esenciales

modalidades o procesos de selección de la persona más idónea y la oferta más favorable o ventajosa para la celebración del contrato con la administración, que serán menos o más rigurosos en función a ciertos elementos, como la cuantía, el tipo o naturaleza del contrato o el objeto de los bienes y servicios requeridos....”.

³⁰³ Sección Tercera del Consejo de Estado, sentencia de diciembre 3 de 2007, expediente acumulado, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

³⁰⁴ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de julio 4 de 2002, expediente No. 19.333, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar, puntualizó: “...La Sala precisa que la liquidación unilateral de los contratos estatales, en tanto decisión de la administración, proferida en ejercicio de potestad estatal expresa que le confiere la ley (artículo 61 de la ley 80 de 1993) para finiquitar el contrato, es un acto administrativo, en cuanto constituye expresión de voluntad unilateral de la entidad estatal contratante en uso de función administrativa, que comporta al propio tiempo la utilización de una prerrogativa propia y exclusiva del Estado, dirigida a poner término a una determinada relación contractual, que escapa a las posibilidades, facultades o derechos que los particulares tienen en ese tipo de negocios jurídicos, y cuyo juzgamiento de legalidad, dada su naturaleza jurídica de acto administrativo, como ya se indicó, es competencia exclusiva y excluyente de la jurisdicción contencioso administrativa, de la cual no son parte los jueces arbitrales....”.

³⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2011, expediente No. 18.082, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.

del Estado, y por consiguiente, a través del tipo penal de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”, se protege el principio de legalidad de la contratación estatal, sancionándose en consecuencia al funcionario que al tramitar, celebrar o liquidar un contrato público, se aparte de los estrictos mandatos normativos que el legislador ha determinado para las diversas etapas de la contratación³⁰⁶.

2.3 Tutela penal de la legalidad contractual

Sobre el principio de legalidad como punto de convergencia entre el derecho penal y el derecho administrativo, NIETO GARCÍA³⁰⁷ señala que dicho principio ofrece la misma ambigüedad que caracteriza a todos los principios generales del derecho, potenciada aquí aún más por la circunstancia de integrar dos elementos normativos -la reserva legal y el mandato de tipificación- que distan mucho de ser precisos separadamente considerados. El resultado final de este proceso de fusión, ha sido en principio extraordinariamente rígido, cuya aplicación rigurosa terminaría produciendo inevitablemente una seria perturbación del ejercicio normal de la potestad administrativa.

En cuanto a la conducta prohibida objeto de estudio, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sostiene que la inobservancia del principio de legalidad está vinculada a los principios de transparencia e imparcialidad de la contratación pública y que constituyen en el núcleo de la antijuridicidad material, puesto que el bien jurídico de la Administración Pública, dada su naturaleza funcional representa distintos valores que a su vez encuentran diversas maneras de protección, donde los principios de transparencia, igualdad y selección objetiva, como expresión del principio de legalidad, se conculcan cuando se contrata por fuera del marco conceptual definido en el Estatuto de Contratación³⁰⁸.

En ese sentido, la jurisprudencia precisó que el proceso de contratación estatal es una actuación reglada que persigue unos fines, desarrolla unos principios, fija ciertas competencias y exige el agotamiento de precisas etapas tendientes a cumplir, entre otros fines, que los recursos públicos serán invertidos en un tamiz de oportunidades igualitarias y transparentes que garantice a los coasociados que el

³⁰⁶ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de única instancia No. 18.754 de mayo 20 de 2004, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

³⁰⁷ Derecho Administrativo Sancionador. Nieto García, Alejandro, páginas 201, 202. Editorial Tecnos, cuarta edición. Madrid-España. 2005.

³⁰⁸ Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia 30.677 de junio 21 de 2010.

erario y las expectativas ciudadanas no se van a arriesgar por el capricho o arbitrio del ordenador del gasto. Por tanto, el funcionario está obligado a la observancia de lo ordenado en la Ley de Contratación, so pena de incurrir en la conducta punible atentatoria de la legalidad contractual, aun cuando el contrato pueda resultar beneficioso para la administración³⁰⁹.

Significa lo anterior que siendo objeto de protección el principio de legalidad de las actuaciones contractuales, el derecho penal interviene ante la defraudación de las expectativas en la relación funcional entre un agente estatal y el ordenamiento jurídico; es decir, derivada de la especial relación de sujeción del individuo frente al sistema normativo que regula su actuar, donde los principios transparencia, moralidad, planeación, economía, igualdad y selección objetiva, forman parte del principio de legalidad protegido por el tipo penal. Entendida la legalidad, como un juicio valorativo que permite a la judicatura auscultar y deducir los *motivos reales* de la contratación administrativa³¹⁰.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que el bien jurídico de la administración pública es polivalente, pues protege disímiles valores propios de la misión estatal con una significación estrecha con el funcionamiento del sistema, la forma cómo se actúa y se ejecutan las decisiones públicas. Por esa razón, los tipos penales asociados con el bien jurídico de la administración pública tutelan el interés general, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, como sus valores esenciales. Concluye que el tipo de celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales está íntimamente vinculado con el *principio de legalidad*, mientras que el interés ilícito está ligado al concepto de interés general y por ende a la desviación de poder³¹¹.

³⁰⁹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de única instancia No. 18.754 de mayo 20 de 2004, M.P. Carlos Augusto Gálvez Argote.

³¹⁰ En la sentencia de casación penal No. 17.574 de enero 29 de 2004, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Mauro Solarte Portilla, respecto de la observancia del principio de legalidad, dijo: “...En las anotadas condiciones, el contrato se revelaba lícito, pues por convenio interadministrativo se entiende, por definición legal, el celebrado entre sí por entidades estatales (artículo 7º del Decreto 855 de 1994), y ya se dejó visto cómo ambas, tanto el Municipio como la Administración Cooperativa, ostentaban dicha condición, según la dispuesto en el artículo 2º de la ley 80 de 1993, y 2º del Decreto 2251 del mismo año. Esta legalidad, sin embargo, solo era aparente, pues la actividad probatoria demostró que la decisión del procesado de acudir a esta forma de contratación, se erigía en una simple patraña para obviar el proceso licitatorio, y favorecer a terceros.” (Se suprimen las negrillas del texto original).

³¹¹ Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de única instancia No. 18.911 de octubre 13 de 2004, M.P. Mauro Solarte Portilla.

De lo anterior se advierte que conforme a nuestra legislación y jurisprudencia, las conductas penales lesivas del principio de legalidad de los contratos estatales que protege el delito *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales* (art. 410 CP), aluden concretamente al desconocimiento de los procesos de selección de los contratistas y al incumplimiento de los requisitos formales de perfeccionamiento y legalización de dichos contratos³¹². Tan cierto es ello que los principios y axiología de la Administración, son usados de argumentos recurrentes para cuestionar la contratación directa. No se conoce referente sobre en qué forma se incurre en la conducta prohibida durante la etapa de liquidación del contrato, ya que los requisitos concebidos como esenciales tienen lugar hasta antes de su ejecución.

Ahora bien, es importante tener en consideración que a diferencia de la mayoría de modalidades de corrupción pública que son calificadas antinómicamente por la doctrina de peligro abstracto³¹³ y por ende de mera actividad, el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en cambio requiere de un desvalor de resultado, que recae sobre la tramitación, celebración y liquidación del contrato estatal y su inobservancia de los requisitos esenciales establecidos en la ley.

Lo anterior resulta necesario porque debido a la especialidad de las reglas de contratación administrativa, la inestabilidad de las mismas y a la existencia de un juez especializado para revisar la legalidad de los actos y contratos, llevaría al juez penal a un escrutinio jurídico sobre la aplicación e interpretación de esas normas, lo cual para nada resulta fácil y podría significar una intromisión indebida en los asuntos de lo contencioso administrativo, donde la presunción de legalidad de los actos y contratos es un atributo del actuar de la Administración Pública³¹⁴.

En efecto, la naturaleza del tipo objetivo permite al juzgador penal realizar un juicio de valor entre el contrato y las disposiciones de derecho que presuntamente se

³¹² La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación No. 13.681 de julio 10 de 2001, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, respecto del bien jurídico expresó: “...*Comportamiento antijurídico que vulneró el bien jurídico de la administración pública, en cuanto a la transparencia que debe existir en la actividad contractual del Estado, que ha de estar siempre orientada a satisfacer el interés general, y en lo relacionado con la propiedad de los bienes estatales, pues el trámite para la enajenación de maquinaria en tales condiciones, estaba destinado a la celebración de un contrato en detrimento del patrimonio público....*”.

³¹³ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*—Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Páginas 124, 125.

³¹⁴ La Ley 1137 de 2011 (CPA y CCA), imperativamente estableció: “**Artículo 88. Presunción de legalidad del acto administrativo.** Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar.”.

aluden infringidas, para determinar si en su opinión se desconocieron o no los requisitos esenciales del contrato estatal; lo cual crea el riesgo de relativizar la antijuridicidad del delito, al mero criterio valorativo del juez y no necesariamente a una lesión material del principio de legalidad, como persigue el tipo. Tal situación fue objeto de examen de constitucionalidad, pero la Corte estimó que válidamente podían presentarse dos sentencias adversas, dada la independencia judicial³¹⁵.

III. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL: ANTI JURIDICIDAD MATERIAL O FORMAL?

Como se indicó, para la jurisprudencia el principio de legalidad contractual -objeto de tutela penal- se dirige fundamentalmente hacia la observancia de las normas legales y reglamentarias de procedimiento para la formación, celebración y liquidación de los contratos de la Administración Pública³¹⁶, haciéndose extensiva dicha protección a los presupuestos de existencia y validez del contrato estatal, según las reglas generales del derecho común³¹⁷. En ese sentido, el tipo penal podría estar privilegiando ciertos preceptos instrumentales, donde el contenido axiológico es ingénito a todo el ordenamiento jurídico, sin considerar si realmente se cumplió la finalidad de la contratación. De allí la importancia de este análisis.

³¹⁵ En la sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D-3375, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte concluyó: “...Tal como se dijo, las ópticas en que la jurisdicción contencioso administrativa y la penal examinan esta clase de asuntos, es distinta, y sus decisiones son, también, distintas.(...)”.

³¹⁶ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de única instancia No. 15.212 de febrero 16 de 2005, M.P. Herman Galán Castellano y Alfredo Gómez Quintero, precisó: “...Como quiera que el procedimiento contractual se encuentra sometido al principio de legalidad, esto conlleva a que la actuación que en tal sentido despliegue la administración debe cumplir una serie de trámites, requisitos y formalidades en cada una de las etapas que componen la contratación estatal, referidas al trámite precontractual según la modalidad (directa, licitación o concurso y de urgencia), a su celebración o perfeccionamiento, ejecución y liquidación; fases que en diversa medida el legislador ha protegido mediante la previsión de tipos penales, como el que es objeto de análisis, en el que claramente se excluye la de ejecución del contrato que comienza a partir del momento en que éste ha sido celebrado.(...)”.

³¹⁷ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación No. 31.288 de febrero 1º de 2012, M.P. José Leonidas Bustos Martínez, señaló: “De esta suerte, los contratos administrativos, como manifestación de ejercicio de la función pública, han de orientarse a salvaguardar los intereses generales, y por ende tramitarse, aprobarse, celebrarse o liquidarse siguiendo estrictamente los principios de interés general, legalidad, transparencia, objetividad, igualdad, moralidad, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad, responsabilidad y publicidad (art. 23 de la Ley 80 de 1993), que como principios se contraponen a la arbitrariedad, el subjetivismo, la improvisación y los sobrecostos que pueden llegar a afectar negativamente el bien jurídico institucional de la administración pública. Corresponde entonces la contratación estatal a una actividad pública estrictamente reglada a partir de los principios y valores constitucionales que cobijan todas las etapas del proceso contractual, cuya transgresión no solamente compromete la existencia o validez de los actos contractuales, sino que puede dar lugar a configurar responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal por parte de los servidores públicos y los particulares que en ella intervienen (arts. 50 y ss. de la Ley 80 de 1993).

3.1 Análisis del bien jurídico de la legalidad contractual

Analizado el contenido de las normas contractuales, surgiría la reflexión de si ciertamente la inobservancia de aspectos legales del proceso de selección es una afectación material del *bien jurídico* (aspecto valorativo-axiológico) que pregonan la Carta Política, según el dogma imperante en nuestro ordenamiento jurídico-penal; o si como *expectativa normativa* en la concepción funcionalista de LUHMANN³¹⁸, sólo sirve de retórica para dar un parte de tranquilidad *simbólica* a la sociedad, a través de la divulgación pública de severas condenas por infracción de las normas de procedimiento de escogencia de los contratistas, no obstante que el contrato cumplió con la misión social encomendada y de contera el verdadero “daño social” o en las relaciones de comunicación, se perfila en otros contenidos ocultos.

Bajo esta premisa y tal como lo expresa URBANO MARTÍNEZ³¹⁹, si al derecho se le han encomendado las funciones de integración de los distintos sistemas sociales, de buscar la satisfacción de las necesidades colectivas, de fijar pautas comportamentales para los individuos y la resolución de los conflictos suscitados, la teleología del derecho penal debe orientarse al mantenimiento de los conflictos sociales en niveles de tolerancia, para evitar reacciones informales y limitar el poder punitivo del Estado, todo lo cual se traduce en un objetivo esencial: proteger los derechos, cuya vulneración puede surgir mediante la comisión de delitos o la ilegitimidad de la pena.

Como se expuso en capítulos anteriores, para determinar el elemento normativo del tipo (requisitos legales esenciales), la jurisprudencia sostiene que siendo los principios constitucionales de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, el fundamento de la función administrativa. Pero, si el Código Contencioso Administrativo y la Ley de Contratación Estatal los reiteran e incorporan para toda la actividad contractual, resulta obvio que los responsables deben hacerlo con plena sujeción a tales axiomas, los cuales se hallan implícitos en cualquier tipo penal referido a la Administración Pública³²⁰. Resultando poco

³¹⁸ Montealegre Lynett, Eduardo; y Perdomo Torres, Jorge Fernando. Funcionalismo y normativismo penal – Una introducción a Günther Jakobs. Cuaderno de Conferencias y Artículos No. 37. Universidad Externado de Colombia. 2006. Página 14.

³¹⁹ Urbano Martínez, José Joaquín. La Legitimidad del Derecho Penal – Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2001. Página 120.

³²⁰ Sala de Casación Penal, sentencia U.I. No 17.088, diciembre 19 de 2000, M. P. Álvaro O. Pérez Pinzón. En esta sentencia hito, fundadora de línea, la Corte concluye: “...La conclusión, entonces, es obvia: dentro de la

convinciente el argumento o doxa utilizado actualmente para justificar la existencia de un bien jurídico tan difuso, como son los principios de gestión pública³²¹.

Empero, no puede perderse de vista, como lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, que en el sistema normativo los principios están llamados a cumplir los siguientes roles esenciales: 1) servir de fundamento de todo el ordenamiento jurídico; 2) actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas de derecho; y, 3) servir como fuente integradora del derecho, en caso de insuficiencia normativa concreta y específica. Es decir, los principios tienen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico, convirtiéndose en el punto cardinal de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido³²².

La Corte Constitucional, más allá de etéreas discusiones teóricas, considera que la legitimación del derecho penal está dada por la validez material del contenido de los valores supremos consagrados en la Carta Política. Por lo cual, el legislador debe abstenerse de tipificar conductas punibles arbitrarias, imprecisas y carentes de bien jurídico a proteger³²³, y en cambio está obligado a un juicio de ponderación entre

definición del artículo 146 del Código Penal, están materialmente incorporados también como componentes suyos y por encima de los demás, los principios constitucionales y legales de la contratación, en el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas....”.

³²¹ En la sentencia de casación No. 29261 de febrero 4 de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos, la Corte Suprema, expresó: “... La Corte no comparte el criterio del casacionista según el cual cuando en un proceso de contratación se vulneran los principios de transparencia y selección objetiva previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ello atañe exclusivamente al desconocimiento de requisitos legales de la contratación ...”.

³²² Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-818 de agosto 9 de 2005, expediente D-5521, Magistrado Rodrigo Escobar Gil. Con relación a los principios constitucionales, la Corte dijo: “...Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho, como ocurre, por ejemplo, con los contratos, el matrimonio, la responsabilidad o el ejercicio del poder público en sus distintas expresiones. De donde resulta que, en cumplimiento de esta función, los principios se convierten en el punto cardinal que sirve de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido....”.

³²³ La Corte Constitucional, en Sentencia C-205 de 2003, con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, expresó: “...Si bien es cierto que el legislador goza de un margen de configuración normativa al momento de definir qué comportamiento social reviste tal grado de lesividad para determinado bien jurídico que merezca ser erigido en tipo penal, decisión política adoptada con fundamento en el principio democrático y que refleja los valores que rigen a una sociedad en un momento histórico determinado, este margen de discrecionalidad no es ilimitado, por cuanto el bloque de constitucionalidad constituye el límite axiológico al ejercicio del mismo, razón por la cual la definición de tipos penales y de los procedimientos penales debe respetar en un todo el ordenamiento superior en cuanto a los derechos y la dignidad de las personas, tal y

los derechos fundamentales y especialmente la intervención de los derechos de libertad, frente a los bienes constitucionales que pretende tutelar a través del derecho penal, atendiendo que el derecho penal constituye una severa restricción de los derechos fundamentales pero a la vez un instrumento de protección de los mismos y de otros derechos constitucionales.

Para determinar la adecuada aplicación de los principios en los tipos penales, lo primero a examinar es la categoría de Constitución Política que nos rige, según KARL LOEWENSTEIN, quien las clasifica en tres: 1) *constituciones normativas*, como aquellas en las cuales sus regulaciones alcanzan un mayor grado de efectividad; 2) *constituciones nominalísticas*, las que existen de nombre porque sus propósitos o programas no se cumplen efectivamente; 3) *constituciones semánticas*, las que tienen por finalidad establecer procedimientos para perpetuar a individuos o ciertos grupos en el poder³²⁴.

A partir de esa tipología, concluimos que nuestra Carta de Derechos corresponde a la primera clasificación. Definido el primer punto de partida y estando frente a una constitución normativa, deberá acudir a la teoría de las normas para saber el contenido epistemológico de los diversos cánones constitucionales, dando por descontado que el preámbulo es el texto solemne y declarativo de los valores supremos, de los fines soberanos, de los momentos significativos y los motivos determinantes para la implementación de la nueva organización estatal³²⁵. Luego y en el mismo nivel de importancia, siguen las *normas axiológicas*, de alto contenido valorativo esencial para la existencia organizada y justa de la comunidad política, las cuales deben ser defendidas y defendidas por los poderes públicos³²⁶.

como en numerosas ocasiones y de tiempo atrás lo viene señalando esta Corporación en su jurisprudencia. Además, es menester que el ejercicio de un control constitucional efectivo en estos casos vaya más allá de dejar sin efecto normas penales manifiestamente irrazonables o arbitrarias, abarcando también un examen detenido sobre la proporcionalidad que ofrece cada una de estas medidas, ya que, siguiendo a Ferrajoli 'la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos', y en consecuencia, 'el principio de necesidad exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo', es decir, nullum crimen sine necessitate. ... Pues bien, siendo la norma penal, al mismo tiempo, un instrumento de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales y un mecanismo de protección de los mismos, así como de determinados bienes constitucionales, dado que un concepto de bien jurídico vinculante para el legislador sólo puede derivar de los cometidos plasmados en la Carta Política de un Estado Social de Derecho fundado en la libertad del individuo, en tanto que límites a la potestad punitiva del Estado. Por lo tanto, esta Corporación ha entendido que el ejercicio del ius puniendi está sometido a los principios de estricta legalidad, presunción de inocencia, proporcionalidad, razonabilidad, igualdad y responsabilidad por el acto en tanto que límites materiales a la ejecución de esta competencia estatal.(...)''.

³²⁴ Echeverri Uruburu, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Ediciones Librería del Profesional. quinta Edición. Bogotá D.C., 1997. Página 296.

³²⁵ *Ibidem*. Páginas 296 y 297.

³²⁶ *Ibidem*. Página 299.

Las normas constitucionales axiológicas, se caracterizan por carecer de imperativo y de fuerza vinculante inmediata, sólo sirven de marco referencial para la función legislativa y la interpretación del derecho en la actividad judicial; ejemplo de ellas, son el pluralismo, la tolerancia, la solidaridad, y la igualdad, entre otras. También, están las *normas preceptivas*, las cuales organizan las instituciones del Estado, determinan las distintas competencias y autoridades, contienen verdaderos imperativos del Constituyente hacia los órganos constituidos, los gobernantes y los gobernados. Una última clasificación son las *normas de desarrollo progresivo*, compuestas por el conjunto de preceptos de contenido generalmente económico y social que se imponen al Estado como programas de acción permanente³²⁷.

La anterior conclusión permite inferir que efectivamente los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad de planeación y publicidad, son normas axiológicas (principios) de la función administrativa, y como tal, sólo sirven de fundamento para la creación del derecho legislado y de criterio auxiliar para la hermenéutica judicial de interpretar las leyes. Significa ello que los principios están desprovistos del supuesto de hecho y de la consecuencia jurídica, requisitos propios de las normas (reglas) jurídicas. Dicho de otra manera, estas normas axiológicas o principios, como lo indicábamos en capítulo anterior, son mandatos de optimización para la realización de los derechos³²⁸.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que los principios son mandatos generales para la eficacia de los derechos, resulta necesario identificar las categorías de los derechos constitucionales a fin de precisar el grado de importancia de cada uno de ellos, teniendo en cuenta su contenido valorativo y su incorporación temporal en los textos constitucionales. La doctrina autorizada los ha clasificado en tres grupos de derechos: un primer grupo, denominado *derechos de primera generación* que hace relación a los derechos personalísimos y personales, como el derecho a la vida, las libertades de conciencia, de expresión, de locomoción, la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, el debido proceso y derecho de defensa³²⁹. Las constituciones actuales, privilegian los derechos fundamentales³³⁰.

³²⁷ *Ibidem*. Página 300.

³²⁸ ALEXY, Robert. Derecho y Razón Práctica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Segunda reimpresión corregida. México. 2002. Página 13.

³²⁹ Echeverri Uruburu, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Ediciones Librería del Profesional. quinta Edición. Bogotá D.C., 1997. Páginas 307 y 308.

³³⁰ *Ibidem*. Páginas 309 y 310. Sobre los derechos fundamentales se indicó: “...Dentro del más o menos amplio espectro de derechos incluidos en las Constituciones contemporáneas, cobra particular importancia una cierta **jerarquización o preeminencia** que pretende atribuírsele a cierto tipo de derechos frente a los demás. A pesar

El segundo grupo, son los *derechos de segunda generación* que corresponden a los derechos de contenido económico-social surgidos a partir del Estado Social de Derecho, luego de finalizada la segunda guerra mundial, como un consenso social-político entre el Estado, los empresarios y las clases trabajadoras, para obtener la recuperación económica después de los efectos de la postguerra. En esta tipología se encuentran el derecho al trabajo, el derecho de asociación sindical, el derecho a la huelga y negociación sindical, el derecho a la vivienda digna, el derecho a la educación, el derecho al descanso y a la recreación. Y los *derechos de tercera generación*, corresponden a los derechos colectivos, como los del medio ambiente, de utilizar el espacio público, de los consumidores, etc.³³¹.

Por supuesto que el constitucionalismo ha sido decisivo para la racionalización de los delitos y ponderación de las penas, a través de las formulaciones valorativas contenidas en los principios, los cuales penetran el ámbito meramente descriptivo y prescriptivo de las reglas jurídicas para darle un contenido axiológico al plexo normativo, con miras a la efectividad de los derechos, deberes, libertades y las garantías que le asisten al conglomerado social. Siendo estos valores, principios y reglas el verdadero fundamento filosófico y axiológico que legitiman el derecho penal y los deberes jurídicos que emanan del mismo³³².

Al respecto, la Corte Constitucional³³³ precisa que en el Estado Social de Derecho, la sanción penal sólo procedería cuando se produzca una grave afectación de un bien jurídico, por un comportamiento merecedor de reproche penal, a condición de que la pena resulte estrictamente necesaria. Bajo este contexto, el legislador bien podía optar por prescindir de la protección penal, cuando considere suficientes los instrumentos de control para el mismo fin previstos en otros ordenamientos, como por ejemplo la nulidad de los actos jurídicos o la indemnización de perjuicios en el

del formalismo que tal pretensión comporta, pues si bien ciertos derechos puedan tener una preeminencia absoluta considerados abstractamente –derecho a la vida y a la integridad personal; libertad de pensamiento y de expresión, etc.- su realización práctica y efectiva depende de la vigencia de otros derechos –V.gr.; no es posible el disfrute del derecho a la vida si se carece de los servicios médicos-asistenciales por razón de las condiciones de indigencia; igualmente, no es posible la expansión del derecho a la libertad de pensamiento y expresión si no se tiene acceso a la educación y de manera más general, a la cultura acumulada por el devenir histórico de la humanidad-... ”. (Negrillas del texto original).

³³¹ *Ibíd.* Página 308.

³³² Urbano Martínez, José Joaquín. La Legitimidad del Derecho Penal – Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2001. Página 122.

³³³ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-988 de noviembre 29 de 2006, expediente D-6207, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

derecho civil o la responsabilidad patrimonial por repetición, fiscal y disciplinaria en el derecho administrativo.

Bajo el anterior entendimiento, tenemos que el bien jurídico de la legalidad de la Administración Pública con apoyo en los raseros constitucionales alineados por la jurisprudencia, se enmarca en lo que la doctrina caracteriza como la vinculación de las teorías del bien jurídico respecto de la Constitución. Sobre el particular, hay una teoría *flexible, amplia o genérica* conforme a la cual la utilización que se hace de la Constitución es “a modo de marco de referencia”, permitiendo un amplio margen de potestad legislativa; en tanto que en la teoría *estricta* el bien jurídico objeto de tutela se encuentra sólidamente apoyada en los preceptos de la Ley Superior, reduciendo la discrecionalidad legislativa³³⁴.

Ahora bien, atendiendo que el principio de legalidad contractual adoptado en nuestra política criminal anticorrupción, está concebido dentro de la teoría flexible o amplia -acabada de exponer-, resultaría etéreo cualquier juicio valorativo para concretar los principios de la Administración Pública desde el plano de la lesividad material. En virtud de ello, la propuesta de los profesores BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU, viene a jugar un papel interpretativo interesante, pues la trascendencia de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, limitan la protección del bien jurídico formulado en las nociones inmanentes al derecho positivo o en las estructuras sociales vigentes³³⁵.

En el derecho español, las desviaciones sustantivas o procedimentales contrarias a la ley de contratación administrativa y el ordenamiento jurídico, son reguladas político-criminalmente como delitos de prevaricato, pero bajo el supuesto de una taxatividad de los requisitos estructurales del contrato³³⁶. En el derecho alemán, en

³³⁴ Barbosa Castillo, Gerardo; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Bien jurídico y Derechos Fundamentales – Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1996. Página 54.

³³⁵ Al respecto señalan ambos juristas: “*Si entre ‘bien jurídico’ y ‘derechos fundamentales’ existe una estrecha relación y éste (sic) último concepto está íntimamente ligado a la dignidad humana, su delimitación no puede depender de la arbitraria selección que realice en un texto constitucional.*”. (Obra citada, páginas 64, 65).

³³⁶ Al respecto Trillos Torres, Ramón, en su ponencia del 21 de octubre de 2002 titulada “La prevaricación y la Contratación Administrativa” (páginas 54 y 55), sobre Estudios Jurídicos – Ministerio Fiscal, III 2002, Delitos contra la Administración Pública, Derecho Concursal, insolvencias punibles, aspectos penales y civiles, Hacia dónde va el Ministerio Fiscal – Perspectivas europeas (Madrid – España), señaló: “... *referente a los requisitos para la celebración de los contratos, adquiere plena relevancia penal, porque la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha mantenido la tesis de que la ilegalidad e injusticia definidora de la prevaricación ‘puede provenir tanto de una infracción de las normas sustantivas como de las procesales, ya que lo decisivo, a los efectos propios de esta figura penal, es que la decisión de la autoridad o el funcionario suponga un ataque a la ilegalidad, una contradicción al ordenamiento jurídico’.* Es por eso que aquí no puede dejar de consignarse el

cambio, los problemas de corrupción originados de la actividad contractual del Estado, son regulados a partir del año 1997 con el calificativo de “*Delitos contra la competencia*”, en los cuales se protege como bien jurídico el patrimonio.

Es decir, más allá del simple argumento basado en la protección de principios y valores de orden constitucional, contenidos en el axioma de la legalidad, la Ley Penal Alemana propende por el control de los precios de mercado y la regulación del oligopolio típico de los carteles de las licitaciones, especialmente se dirige contra los acuerdos ilícitos -restrictivos de la competencia-, entre el funcionario que convoca al proceso público de selección y uno de los competidores³³⁷. Se trata de una práctica que atenta directamente contra el orden económico-social, en la medida en que monopoliza las contrataciones públicas, con repercusiones directas sobre la igualdad de oportunidades de las empresas, la generación de empleos y la sobrefacturación de los bienes y servicios, amén del soborno³³⁸.

En la derogada legislación penal peruana³³⁹ existía el delito de colusión, en virtud del cual se sancionaba al funcionario, no por violar el ordenamiento jurídico, sino por concertarse con particulares para defraudar el patrimonio público, con ocasión de la adquisición de bienes y servicios derivados de la actividad contractual. Esto significa que el derecho penal interviene, cuando la contratación del Estado es

contenido del Artículo (sic) 11-2 de la Ley de Contratación: ‘2. Son requisitos para la celebración de los contratos de las Administraciones públicas, salvo que expresamente se disponga otra cosa en la presente Ley, los siguientes: a) La competencia del órgano de contratación. b) La capacidad del contratista adjudicatario. c) La determinación del objeto del contrato. d) La fijación del precio. e) La existencia de crédito adecuado y suficiente, si del contrato se derivan obligaciones de contenido económico para la Administración. f) La tramitación de expediente, al que se incorporarán los pliegos en los que la Administración establezca las cláusulas que han de regir el contrato a celebrar y el importe del presupuesto del gasto. g) La fiscalización previa de los actos administrativos de contenido económico, relativos a los contratos, en los términos previstos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley. h) La aprobación del gasto por el órgano competente para ello. i) La formalización del contrato....’.

³³⁷ Tiedemann, Klaus. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Editora Jurídica Grijley. Perú. Segunda edición. 2007. Página 173.

³³⁸ Con relación a las personas que no forman parte del cartel de contratación: “...SCHAUPENSTEINER, desde la perspectiva de la práctica criminalística y de la mano con los distintos procedimientos de contratación pública, ha mostrado que la corrupción y el falseamiento, si bien no posibilitan, sí que facilitan y caracterizan los acuerdos ilícitos en las licitaciones; en caso de que aparecieren terceros no implicados (que no son miembros del cártel), el soborno constituye incluso el único medio para conseguir el éxito del cártel de licitación. Por ello, la corrupción (colusión) refuerza el ataque a la competencia....”. (Ibíd. Página 174).

³³⁹ “Artículo 384.- Colusión. El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años”.

instrumentalizada por las autoridades competentes, para defraudar los recursos públicos y no propiamente por contravenir el principio de legalidad.

No obstante, para algunos autores el delito de colusión que consagró el anterior código penal peruano, existe un interés de corrección de las funciones de los servidores estatales que intervienen en la contratación, conforme a los principios de legalidad, eficiencia, economía e imparcialidad, presentes en las relaciones económicas de la Administración Pública. Sin embargo, otros autores, entre ellos CASTILLO ALVA, estiman que esos principios son reglas de optimización de los procesos contractuales que, como objetivos, no pueden llevarse al extremo de criminalizar conductas resultantes de su inobservancia, pues si bien es indiscutible su contenido constitucional-administrativo, no puede perderse de vista el principio de intervención mínima que delimita la intervención penal³⁴⁰.

Si los principios de la función administrativa y en especial el de legalidad, están inescindiblemente ligados a todas las actuaciones de los funcionarios estatales³⁴¹, resulta consecuente inferir que cualquier acto desviado de parte de éstos, lesiona – en mayor y menor grado- dichos principios. Por consiguiente, la protección penal del principio de legalidad sustentado en el dogma de los postulados de la función pública, en vez de contrarrestar los potenciales factores de criminalidad surgidos de la contratación estatal, como el “*cartel de las contrataciones*” y la especulación de precios del mercado, parecería crear en la opinión pública una falsa creencia de un control social efectivo y eficiente, cuando en realidad podría tratarse de fenómenos expansivos del derecho penal, como el punitivismo³⁴².

Es más, la Corte Constitucional, refiriéndose a la protección del principio de *moralidad administrativa*, siendo la plataforma valorativa de la corrupción pública, sostuvo que si bien constituye un pilar esencial del funcionamiento del Estado, el

³⁴⁰ García Cavero, Percy; y Castillo Alva, José Luis. El Delito de Colusión. Editora Jurídica Grijley. Lima (Perú). Primera edición. 2008. Páginas 19, 20, 65 y 66.

³⁴¹ La Corte Constitucional, en sentencia C-948 de noviembre 6 de 2002, expediente D-3937, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, al respecto puntualizó: “...*En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 60. y 123)....*”.

³⁴² Günther; Jakobs, y Cancio Meliá, Manuel. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias del II Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú de agosto a septiembre del 2000. Editora Grijley. Perú 2000. Página 26 y 27.

Legislador no se encuentra obligado a acudir necesariamente a la acción penal para sancionar su inobservancia, sino únicamente en función del principio de necesidad de pena, cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, por un comportamiento merecedor de reproche penal³⁴³.

Habría que examinar si la justificación axiológica dispensada por la jurisprudencia más bien correspondería -en esencia- al resurgimiento de la antijuridicidad formal propia del positivismo jurídico, imperante en el causalismo clásico, donde el mero desacato del ordenamiento legal por un acto humano sin la presencia de norma o causal justificante, suponía la existencia de la antijuridicidad³⁴⁴. O en los términos de VON LISZT, la antijuridicidad formal, entendida como la contravención de un mandato o una prohibición del orden jurídico estatal³⁴⁵, y por consiguiente, el presupuesto de *antijuridicidad* del delito se cumplía con la simple contravención de las normas penales de mandato o prohibición, y la ausencia de tipos permisivos que justificaran el actuar del individuo.

En realidad, el ámbito de protección penal desarrollado por la jurisprudencia no cubre la tutela del principio de legalidad del contrato estatal (los requisitos de su esencia) como prescribe el tipo normativo, sino los principios de la administración que regulan la contratación pública (no el objeto material) o actividad contractual. Por ello, resulta técnicamente inadecuado seguir confundiendo o fusionando los conceptos de *contrato* de la Administración Pública o contrato estatal (acto jurídico

³⁴³ Al respecto la citada sentencia C-988 de noviembre 29 de 2006, expuso lo siguiente: “...*Dicho principio de moralidad irradia entonces toda la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas y para su protección en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar su respeto. Así por ejemplo, el texto superior señala claros mandatos destinados a asegurar el cumplimiento transparente e imparcial de las funciones públicas (arts. 83, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 291, 292 C.P.), establece directamente un régimen de inhabilidades incompatibilidades y prohibiciones para el caso de los Congresistas, (arts. 179 a 186), así como para el caso del Presidente de la República (art. 197 C.P.) los Magistrados de la Corte Constitucional (art. 240 y 245 C.P.), del Consejo Nacional Electoral (art. 264 C.P.), de los Diputados (art. 299 C.P.) y confiere al legislador competencia para establecer el de los demás servidores (arts. 123, 150-23, 253, 279, 293, 312 C.P.) establece diferentes acciones y recursos para exigir el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la Constitución y la Ley (arts. 87, 89, 92 C.P.). Particular mención merece el establecimiento de la acción de repetición (art 90 inciso 2), así como las acciones populares (art. 88 C.P.) dentro de cuyo objeto se señala expresamente la defensa de la moralidad administrativa...*”.

³⁴⁴ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. El principio de la Antijuridicidad Material. Giro Editores Ltda., cuarta edición. Bogotá D.C. 2005. Página 113.

³⁴⁵ Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal – Parte General. 3ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Medellín – Colombia. 2007. Página 358.

bilateral)³⁴⁶, con el de *contratación pública* o estatal³⁴⁷ (actividades o procesos en las fases preparatorias, de celebración, ejecución y terminación del contrato).

De otro lado, la forma como se concibe el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales, desde hace más de treinta años, está dando lugar a que se presenten situaciones donde sin existir concierto previo entre las partes, ni dolo de infringir los principios de la contratación pública, ni acción u omisión para lesionar el interés general, se desconocen reglas de contratación (antijuridicidad formal), *verbigracia* por diferencias conceptuales, y por ello las partes contratantes resulten sancionadas por mera violación del principio de legalidad, y peor aún, cumpliendo con los deberes deontológicos y axiológicos que fijan la Constitución y el contrato.

Con mayor razón, si se tiene en consideración la *inestabilidad* de la normatividad en materia contractual (por suspensión, anulación, derogación o reforma de los reglamentos)³⁴⁸, o el contenido altamente técnico -más que jurídico- de las reglas de contratación estatal³⁴⁹. Sin embargo, con el argumento de la actualización potencial de la conciencia de antijuridicidad o de la conducta prohibida (con los medios informáticos), resultan injustamente condenadas las partes contratantes que cumplieron con la finalidad del objeto estatal, dentro de los postulados deontológicos del art. 209 de la Carta Política, pero con infracción formal de una norma legal o reglamentaria.

Paradójicamente con la situación anterior, el gestor público corrupto, en cambio, se asocia con los *cárteles* de la contratación para defraudar el interés general en

³⁴⁶ Artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 32, 44 a 49, entre otros, de la Ley 80 de 1993.

³⁴⁷ Artículos 3º, 14, 20, 23, 24, 25, 30, 43, 56, 62, entre otros, de la Ley 80 de 1993.

³⁴⁸ Dentro de las leyes y reglamentos expedidas a partir de la Constitución Política de 1991, -sin contar las decisiones judiciales proferidas- que varían el plexo normativo sobre la contratación estatal, están, entre otras: Ley 80 de 1993, Decreto Ley 2150 de 1995, Ley 590 de 2000, Ley 816 de 2003, Leyes 1143, 1150 y 1166 de 2007, Ley 1450 de 2011, Ley 1474 de 2011, Decreto Ley 019 de 2012, Ley 1508 de 2012. **Reglamentos expedidos después de la Ley 80 de 1993 y antes de la Ley 1150 de 2007:** Decretos números 2681 de 1993, 679 de 1994, 855 de 1994, 856 de 1994, 1898 de 1994, 329 de 1995, 1275 de 1995, 457 de 1995, 287 de 1996, 2964 de 1997, 1436 de 1998, 2334 de 1999, 626 de 2001, 2170 de 2002, 3629 de 2004, 3740 de 2004, 1896 de 2004, 2166 de 2004, 2503 de 2005, 219 de 2006, 959 de 2006, 2434 de 2006, 4375 de 2006, 4117 de 2006, 4375 de 2006, 499 de 2007. **Reglamentos expedidos después de la Ley 1150 de 2007:** Decretos números 066 de 2008, 1170 de 2008, 2474 de 2008, 3460 de 2008, 4828 de 2008, 4444 de 2008, 4533 de 2008, 127 de 2009, 490 de 2009, 931 de 2009, 2025 de 2009, 2493 de 2009, 3806 de 2009, 3576 de 2009, Decreto 4881 de 2008, Decreto 836 de 2009, Decreto 1520 de 2009, Decreto 2247 de 2009, Decreto 3083 de 2009. Decretos números 1039 de 2010, 1430 de 2010, 1464 de 2010, 2473 de 2010, 3844 de 2010, 4266 de 2010, 2516 de 2011, 3485 de 2011, Decreto 4170 de 2011, Decreto 734 de 2012, Decreto 1397 de 2012, Decreto 1467 de 2012, Decreto 100 de 2013, y recientemente el Decreto 1510 de julio 17 de 2013.

³⁴⁹ Las normas de CIU, fueron adoptadas para Colombia por el DANE en un documento técnico de 402 páginas. Al respecto consultar la web: <http://www.dane.gov.co/files/nomenclaturas/ciu/CIURev31AC.pdf>

beneficio de ellos. A fin de cumplir “aparentemente” con las reglas de contratación administrativa, las partes o el empresario designan un equipo multidisciplinario de asesores (jurídicos, técnicos y financieros), con experiencia e idoneidad altamente calificada en la materia, quienes se encargan de todo el manejo del proceso contractual³⁵⁰, para llevar a cabo el designio criminal propuesto. Respecto de estos procesos contractuales, se observaron las reglas jurídicas y por ende pasan todos los controles de legalidad, sin ningún inconveniente.

Pertinente resulta recordar que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE, puntualizó que no eran suficientes las regulaciones generales o ciertas reformas regulatorias, para corregir ciertas fallas que originan álgidos factores de la corrupción, más bien insistió en la necesidad de adoptar controles más eficientes y de actuar focalmente sobre lo que la OCDE ha denominado: “*Las zonas oscuras de la contratación*”, especial énfasis sobre las fases previa y posterior a las licitaciones o convocatorias públicas para la elección de los contratistas del Estado, y por supuesto, respecto de las excepciones a los procedimientos competitivos³⁵¹ (contrataciones directas).

3.2 Eficacia de otros instrumentos de protección

Para la jurisprudencia del Consejo de Estado, en virtud del principio de legalidad, la Ley 80 de 1993 consagra las normas y principios jurídicos que tienen por finalidad primordial escoger objetivamente al contratista, donde los procesos o modalidades de selección, son una actividad reglada de la Administración en la que no procede la discrecionalidad absoluta, ni la autonomía de la voluntad del contratista para el nacimiento del contrato estatal. Por consiguiente, el principio de legalidad es de cardinal aplicación en la contratación pública, en la medida en que se constituye presupuesto de validez de la actuación contractual en todas sus etapas (precontractual y contractual), afincado en el postulado conforme al cual toda actuación pública debe estar conforme al ordenamiento jurídico³⁵².

³⁵⁰ El artículo 2.2.9 parágrafo 2º del Decreto 734 de 2012, habilita a los asesores externos para que formen parte del Comité Evaluador, quienes deben ceñirse a los pliegos de condiciones (conc. Art. 27 D. 1510/2013).

³⁵¹ Información tomada de la exposición del Dr. Álvaro Navas Patrón, Vicecontralor General de la República. (Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Página 94). Consultado en la siguiente página web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136

³⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007, expediente acumulado, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Para controlar el principio de legalidad de los actos administrativos, especialmente los actos o negocios de la Administración Pública, nuestro sistema procesal ha implementado mecanismos eficaces para su protección; verbigracia, la acción de nulidad contractual³⁵³, que puede ser alegada por cualquier persona que acredite interés o por el Ministerio Público, o incluso el juez del contrato debe declararla de forma oficiosa; amén de que el funcionario está en el deber de dar por terminado el contrato estatal y ordenar su liquidación, una vez advierta que el mismo fue celebrado contra expresa prohibición legal o cuando por sentencia de nulidad, decayeron los fundamentos de derecho del contrato³⁵⁴.

En igual sentido, los organismos constitucionales de control externo cuentan con herramientas eficaces para el oportuno control de legalidad de las acciones u omisiones de las autoridades públicas, durante la gestión contractual³⁵⁵. En efecto, desde la perspectiva del derecho disciplinario, el desconocimiento de los principios

³⁵³ Sobre el particular, el Código Contencioso Administrativo derogado, dispone: “Artículo 87. De las controversias contractuales. <Subrogado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998. El nuevo texto es el siguiente:> Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuentes, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación. (...)”. En el mismo sentido, el artículo 141 del actual Código de Procedimiento en lo contencioso Administrativo, textualmente dispone: “Artículo 141. Controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento, que se declare la nulidad de los actos administrativos contractuales, que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas. Así mismo, el interesado podrá solicitar la liquidación judicial del contrato cuando esta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del plazo convenido para liquidar de mutuo acuerdo o, en su defecto, del término establecido por la ley. (...) El Ministerio Público o un tercero que acredite un interés directo podrán pedir que se declare la nulidad absoluta del contrato. El juez administrativo podrá declararla de oficio cuando esté plenamente demostrada en el proceso, siempre y cuando en él hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes...”.

³⁵⁴ Sobre el particular, el artículo 45 de la Ley 80 de 1993, dispone: “Artículo 45º.- De la Nulidad Absoluta. La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación. En los casos previstos en los numerales 1o. 2o. y 4o. del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre...”.

³⁵⁵ La Ley 80 de 1993, sobre el particular determina: “Artículo 62º.- De la Intervención del Ministerio Público. La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del Ministerio Público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.” (Subrayo la parte pertinente).

que regulan la contratación estatal y la función administrativa consagrados en la Constitución y en la ley, constituye falta gravísima³⁵⁶ sancionable con destitución del cargo e inhabilidad general para el desempeño de funciones públicas de diez a veinte años (art. 46 L. 734 de 2002). Aunado a ello, la Procuraduría General de la Nación, desde el inicio del proceso disciplinario, cuenta con amplias potestades para suspender del cargo a los servidores públicos que persistan en la falta³⁵⁷.

Desde otra perspectiva, la Contraloría General de la República ejerce control fiscal sobre los contratos de la Administración Pública, inmediatamente se encuentren legalizados, terminados o liquidados (artículo 65 Ley 80 de 1993), quien por virtud de la Constitución Política (artículo 268-8º), cuenta la potestad discrecional para exigir a los nominadores o superiores, *verdad sabida y buena fe guardada*, la suspensión inmediata de gestores fiscales, mientras finalizan las respectivas investigaciones fiscales, o incluso los procesos penales o disciplinarios.

En ese contexto, la Corte Constitucional ha decantado la teleología del derecho disciplinario, señalando que su misión es garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, a fin de asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo del Estado. Cometido que se vincula inescindiblemente al artículo 209 de la Carta Política, pues, sin un sistema sancionatorio de la conducta de los servidores públicos, sería imposible para el Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de *“igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”*, a que hace referencia la citada norma constitucional³⁵⁸.

En cuanto a las diferencias sustantivas entre el derecho penal y el disciplinario para garantizar el cumplimiento de la axiología estatal y los postulados inherentes a la

³⁵⁶ Al respecto, el artículo 48-31 de la Ley 734 de 2011, dispone: “Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: ... 31. 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.”. (Aparte subrayado declarado condicionalmente exequible, mediante sentencia C-818 de 2005).

³⁵⁷ En cuanto a la suspensión provisional del empleo público, la Ley 734 de 2002, prevé: “Artículo 157. Suspensión provisional. Trámite. Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.(...)”.

³⁵⁸ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-948 de noviembre 6 de 2002, expediente acumulado, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

Administración Pública, la explicación reiterada por la Corte Constitucional³⁵⁹ queda en argumentos formales, más que de contenido, puesto que el análisis comparativo se aborda básicamente a partir de la técnica jurídica, la naturaleza de cada uno de los ordenamientos y de la potestad de configuración del Congreso en desarrollo de la cláusula general de competencia legislativa, para determinar las responsabilidades de los agentes públicos y la forma de hacerlas efectiva (arts. 6º y 124 C. Pol.), pero en el fondo no se expone un argumento racional que delimite el punto de partida, el alcance y fin entre uno y otro régimen sancionatorio.

Finalmente, vemos también que el principio de legalidad de la Administración Pública, tiene en el delito de prevaricato por acción un ámbito de protección penal bien definido, delimitado y entronizado en el equilibrio entre derechos y deberes constitucionales, pues no cualquier infracción legal da lugar a juicio de reproche, sino únicamente las conductas de hecho, adversas al ordenamiento jurídico³⁶⁰. De suerte, que siendo la actividad contractual generalmente de carácter reglada, es

³⁵⁹ La Corte Constitucional, Sala Plena, en sentencia C-124 de febrero 18 de 2003, expediente D-4075, con ponencia del Magistrado Álvaro Araujo Rentería, al examinar la diferencia entre el derecho penal y el disciplinario, sostuvo: *“Acerca de la distinción entre el Derecho Disciplinario y el Derecho Penal la Corte ha señalado: ‘Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios. Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.’...”*

³⁶⁰ En la sentencia de segunda instancia No. 37.733 de junio 27 de 2012, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, respecto del delito de prevaricato por acción, dijo: *“...En lo referente a la tipicidad objetiva del delito de prevaricato por acción, la hipótesis normativa prevé un sujeto agente calificado, pues se trata de servidor público, un verbo rector consistente en proferir, y dos clases de ingredientes normativos: de una parte, “dictamen, resolución o concepto”, y de otro “manifiestamente contrario a la ley”. En lo que a este último aspecto atañe, la Sala ha sido enfática y reiterativa al considerar que su configuración no sólo contempla la valoración de los fundamentos jurídicos que el servidor público expuso en el acto judicial o administrativo (o la ausencia de ellos), sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como el de los elementos de juicio que contaba al momento de proferirlo:...”*

apenas lógico inferir que tal como sucede en el derecho español, la defraudación normativa en el actuar de un funcionario público, respecto de los *procesos* de contratación, sean reprochadas suficientemente por el derecho penal.

CAPÍTULO CUARTO: TIPIFICACIÓN PENAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD CONTRACTUAL EN COLOMBIA Y SUS PROBLEMÁTICAS

En este capítulo se desarrolla un cuarto objetivo de investigación, consistente en el análisis de la tipificación del delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales y sus problemáticas en el derecho penal colombiano. Se efectuará una exposición de los antecedentes legislativos de la conducta prohibida y sobre el estado del arte, para mejor comprensión de la criminalización del principio de legalidad, como postulado nuclear de la contratación pública.

Se abordará un espacio al estudio de las distintas elaboraciones académicas frente a la legalidad de los contratos estatales como ingrediente normativo del tipo, en las cuales se desarrollan las posturas convergentes y divergentes sobre la temática, mirada desde varios sectores de la doctrina, el salvamento de voto del juicio de constitucionalidad realizado al tipo penal y el criterio del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en cuanto al principio de legalidad contractual.

Por último, se analizará desde el enfoque de la tipicidad penal, si la interpretación axiológica implementada por la jurisprudencia uniforme de la Corte Suprema de Justicia y abrigada por la Corte Constitucional, guarda correspondencia dogmática con la conducta prohibida objeto de investigación (los elementos esenciales del contrato estatal), especialmente ante la determinación judicial del tipo valorativo, la visión unitaria del contrato estatal, la teoría del error frente al ingrediente normativo y las formas de coparticipación penal.

I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO PENAL COLOMBIANO

1.1 Antecedentes legislativos

El primer Estatuto de Contratación de la Administración Pública en Colombia, se remonta a la expedición del Decreto–Ley 1670 de agosto 18 de 1975³⁶¹, expedido por el Gobierno Nacional, en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 28 de 1974 y previo concepto de la Sala de Consulta y Servicio del Consejo de Estado. Este plexo normativo de forma antitécnica dispuso que los contratos cuyo monto fuere superior a veinte mil pesos (\$20.000) debían constar por escrito, y si fuere inferior se hacía un reconocimiento por la entidad, mediante resolución motivada (artículo 18). En realidad, la regla no hizo cosa distinta de separar los conceptos de actos de gestión (bilateral) de los actos administrativos (unilateral), en ambos casos era presupuesto de validez la constancia escrita.

Cuando la actividad contractual en las entidades públicas se extendió al campo de los servicios públicos, surgió la necesidad de crear en el derecho administrativo una regulación especial denominada contratación administrativa³⁶². El derecho penal no fue ajeno al surgimiento de la nueva área del derecho público, pues ante el progresivo aumento de las contrataciones públicas, originado en el cambio de paradigma en la economía nacional -por las nacientes influencias neoliberales- y la ausencia de control institucional sobre la actividad contractual, el legislador paralelamente se vio obligado a regular las conductas de los servidores públicos que abusando de sus funciones obtenían provecho para sí o a favor de terceros.

Más allá de ese formalismo que caracterizó en ese momento histórico el contrato de la Administración Pública, el legislador extraordinario determinó con precisión y de manera taxativa los requisitos especiales del mismo, que podemos clasificar en dos grupos: un primer grupo *según los requisitos de validez del derecho privado*³⁶³: 1) consentimiento exento de vicio; 2) objeto; 3) causa lícita; y el segundo grupo, de *los requisitos propios de la contratación pública*³⁶⁴: 1) Licitación publicada o privada; 2) Aprobación y registro presupuestal; 3) Constitución y aprobación de garantías; 4)

³⁶¹ Publicado en el Diario Oficial No. 34388 del 30 de abril de 1975.

³⁶² Escobar Gil, Rodrigo. Teoría general de los contratos de la Administración pública. Legis Editores S.A., segunda reimpresión. 2000. Colombia. Páginas 50 a 53.

³⁶³ El artículo 13 del Decreto 1670 de 1975, establecía: “Artículo 13. Del consentimiento; objeto y causa. Los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y disposiciones complementarias.”.

³⁶⁴ El artículo 17 del Decreto 1670 de 1975, determinó los requisitos del contrato de la Administración Pública.

Concepto del Consejo de Ministros, aprobación del Presidente de la República y revisión del Consejo de Estado; 5) Publicación en el Diario Oficial.

Meses más tarde, el mismo Gobierno del Presidente LÓPEZ MICHELSEN expide el Decreto extraordinario 150 de enero 27 de 1976, con el cual deroga y subroga el citado Decreto 1670 de 1975³⁶⁵ y dicta las nuevas normas para la celebración de los contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas. Salvo lo relativo a la cuantía para determinar cuándo procedía la expresión bilateral de las partes, cuyo montó aumentó a cincuenta mil pesos (\$50.000) - artículo 18-, las normas del derogado Estatuto Contractual fueron reproducidas en su integridad.

Siete años después, el Gobierno del Presidente BETANCUR expide el Decreto– Ley 222 de 1983 que deroga el Decreto 150 de 1976 y expide el nuevo Estatuto Contractual de la Administración, en desarrollo de las facultades extraordinarias conferidas por la ley 19 de 1982. En cuanto a los requisitos legales del contrato, de una parte, al igual que los estatutos derogados reenviaba a las normas del derecho privado, esto es, a los requisitos de validez de todo contrato: capacidad, objeto y causa lícita³⁶⁶. También, enlistó taxativamente los requisitos especiales de los contratos de la Nación y sus entes descentralizados³⁶⁷. Tres años más tarde, con el Decreto-Ley 468 de de 1986³⁶⁸, según las facultades otorgadas por la Ley 22 de 1985, se adopta el estatuto contractual de las intendencias y comisarias.

³⁶⁵ El artículo 205 del Decreto 150 de 1976, dispuso lo siguiente: “Artículo 204. De la vigencia y alcance del presente estatuto. Este decreto rige a partir de la fecha de su publicación y, por regular íntegramente la materia, deroga las disposiciones de carácter general o particular vigentes sobre los contratos de que trata, en las entidades a que él mismo se refiere, en especial los decretos 1670 y 2449 de 1975”.

³⁶⁶ El artículo 15 del Decreto 222 de 1983, establecía: “Artículo 15. Del consentimiento, objeto y causa. Los requisitos de consentimiento válido, objeto y causa lícitos se regirán por las normas que sobre la materia establecen el Código Civil y disposiciones complementarias.”.

³⁶⁷ Los artículos 25 y 26 *ibídem*, taxativamente señalaban los siguientes requisitos legales de los contratos públicos: Artículo 25. De los requisitos. Salvo disposición legal en contrario, la celebración de contratos escritos, administrativos y de derecho privado de la administración, se someterá a los siguientes requisitos: a) presentación por el oferente del paz y salvo por concepto de impuestos sobre la renta y complementarios, desde el momento de formular la propuesta; b) Licitación o concurso de méritos; c) Registro presupuestal; d) Constitución y aprobación de garantías; e) Concepto del Consejo de Ministros; f) Firma del Presidente de la República; g) Revisión del Consejo de Estado; h) Publicación en el Diario oficial y pago de los derechos de timbre. Párrafo. Es entendido que además de los requisitos previstos en este artículo deberán cumplirse los especiales que se señalen para determinados contratos”... “Artículo 26. De los contratos que deben constar por escrito. Salvo lo dispuesto en este estatuto, deberán constar por escrito los contratos cuya cuantía sea o exceda la suma de trescientos mil pesos (\$ 300.000.00). En los demás casos, el reconocimiento de obligaciones a cargo de la entidad contratante se hará por resolución motivada”.

³⁶⁸ Publicado en el Diario Oficial No. 37.346 de 13 de Febrero de 1986. Los artículos 2 y 3 del Decreto – Ley 468 de 1986, establecieron los requisitos especiales para la validez de la contratación administrativa a cargo de las intendencias y comisarias.

Dada la taxatividad y precisión de los requisitos de los contratos de las entidades públicas, establecidos en las legislaciones de los años 1975, 1976, 1983 y 1986, la complementación del tipo en blanco (*requisitos legales*) descrito en el originario artículo 146 del código penal de 1980, en principio no presentaba inconvenientes hermenéuticos. Sin embargo, a fin de evitar excesos en la aplicación de la norma, dado que su amplitud comprendía tanto requisitos *formales* como *sustanciales* del contrato de la Administración, el Decreto 141 de 1980 (expedido dos días después del nuevo Código Penal), pese a invocarse una “aclaración” en la redacción de varios artículos, agregó al tipo normativo el adjetivo calificativo: “*esenciales*”.

Esta delimitación del elemento nuclear del tipo objetivo, se acompasaba con los principios de estricta legalidad y de reserva de ley, atendiendo que los entonces estatutos de la contratación pública, determinaban de manera clara y taxativa los requisitos *sustantivos* para la validez de tales negocios jurídicos³⁶⁹. Empero, con la vigencia del actual Estatuto General de Contratación Estatal, surgen problemas de interpretación respecto del ingrediente normativo del tipo penal³⁷⁰, pues tanto la Ley 80 de 1993 como sus reformas, no obstante la especialidad, autonomía e intento por unificar toda la contratación de la Administración Pública, han sido indiferentes frente al tema por no contrariar la jurisprudencia.

Pero, más allá del rechazo generalizado y medidas aparentes contra los actos de corrupción administrativa, en Colombia la criminalización del delito *contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*³⁷¹ presenta aún inconvenientes dogmáticos, bien por aplicación indebida o interpretación errónea del tipo penal, o tal vez por anfibología en el ingrediente normativo del delito, dada la falta de univocidad en la

³⁶⁹ Mediante el Decreto-Extraordinario 2274 de 1991, expedido con fundamento en las facultades legislativas otorgadas por el artículo transitorio 39 de la nueva Carta Política, el Gobierno prorrogó la vigencia del Decreto 222 de 1983 y extendió su aplicación a los recién creados departamentos: “*Artículo 24. Régimen contractual transitorio. El Decreto-Ley 222 de 1983 regirá en los nuevos departamentos y sus entidades descentralizadas hasta cuando se expida el estatuto general de contratación de la administración pública, de acuerdo con lo dispuesto en el último inciso del artículo 150 de la Constitución Política. La declaratoria de emergencia o urgencia evidente para la celebración de contratos en los nuevos departamentos requerirá concepto previo y favorable del Consejo de Ministros*”.

³⁷⁰ Debíó actualizarse la norma complementaria ante el quietismo intemporal del tipo normativo, lo que genera obsolescencia legislativa, debido al principio *rebus sic stantibus*. Al respecto: Soler, Sebastián. Interpretación de la Ley. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2008. Página 224.

³⁷¹ “*Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años*”.

legislación extrapenal que regula la contratación estatal (Ley 80 de 1993 y sus normas complementarias), como se expondrá en este trabajo.

1.2 Requisitos esenciales según el Estatuto Contractual

Examinada la Ley 80 de 1993, vemos que su artículo 41 dispuso que los contratos estatales se perfeccionen cuando las partes logren un acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y ese consenso se solemnice mediante escrito. Sin embargo, los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia³⁷², han trascendido la mera definición del precepto legal, señalando que son *requisitos esenciales* de los contratos estatales los principios constitucionales y legales de la Administración Pública, más los presupuestos de validez de los contratos del derecho privado, los cuales pueden transgredirse penalmente en tres momentos: previo, concomitante, o posterior a la celebración del contrato estatal.

Sin embargo, la regulación legal del estatuto de contratación vigente y la prolija jurisprudencia del Consejo de Estado³⁷³, determinan que los requisitos esenciales de los contratos estatales lo constituyen, en primer lugar, el acuerdo de voluntades respecto del *objeto* y la *contraprestación*. Un segundo requisito -instrumental- del contrato de derecho público, es su formalización al escrito. El tercer requisito, está referido a los elementos de existencia y validez que se exigen para todo contrato, según las reglas del derecho privado. Y respecto al cumplimiento de las normas orgánicas de presupuesto, se evidencian grandes diferencias conceptuales de si el certificado de disponibilidad y el registro presupuestal, constituyen requisitos para el nacimiento del contrato estatal.

Dentro del plexo jurídico que conforma el Estatuto de Contratación vigente (Ley 80 de 1993), encontramos diversidad de normas en cuanto a su contenido; entre ellas,

³⁷² Sentencias de la Sala de Casación Penal, números 17.088 de diciembre 19 de 2000, M. P. Álvaro Pérez Pinzón; 32.679 de diciembre 14 de 2011, M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz; y 31.288 de febrero 1º de 2012, M. P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez, entre otras.

³⁷³ En cuanto a los requisitos legales para el perfeccionamiento del contrato estatal y la incidencia de las formalidades presupuestales, el Consejo de Estado, en su Sección Tercera, se ha pronunciado en las siguientes providencias: Sentencia de junio 23 de 2005, expediente 12846, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Sentencia de septiembre 28 de 2006, expediente 15307, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de marzo 8 de 2007, expediente 15052, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Sentencia de julio 30 de 2008, expediente 15079, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia de febrero 18 de 2010, expediente 15596, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

se destacan las axiológicas o teleológicas³⁷⁴, las preceptivas³⁷⁵ y las orgánicas o instrumentales³⁷⁶. Las reformas introducidas mediante las leyes 1150 de 2007, 1474 de 2011 y el Decreto – Ley 019 de 2012, consagran reglas prescriptivas y regulatorias de los procesos de selección de los contratistas, pero en ninguna de ellas, ni en otra norma posterior, nuestro legislador ha determinado con criterio de autoridad cuáles son los requisitos “*esenciales*” de los contratos estatales. Omisión institucional³⁷⁷, que viene dando lugar a elaboraciones hermenéuticas por parte de la jurisprudencia y doctrina.

Ante la falta de significación legal del vocablo “*esenciales*”, se recurre a las reglas básicas de contratación del derecho privado, para afirmar que los elementos de la esencia son aquellos necesarios para la *identidad sustantiva* del contrato; es decir, aquellos requisitos sin los cuales el negocio no nace a la vida jurídica o se transmuta en otro diferente³⁷⁸. Como se advierte en la presente investigación, la doctrina y la jurisprudencia igualmente acuden a los elementos o condiciones de *validez* de los contratos del derecho privado³⁷⁹, para concluir que hacen parte de los requisitos *esenciales* del contrato estatal: la capacidad para obligarse, el consentimiento libre de vicios, el objeto y la causa lícita.

Previo a cualquier exploración legal sobre el concepto “requisitos esenciales” del contrato de la Administración Pública, debe precisarse el sentido y alcance del adjetivo calificativo “*esencial*”. Como primera definición³⁸⁰, podría decirse que es lo “*perteneciente o relativo a la esencia*”, sinónimo de “*sustancial, principal y notable*”. Al consultar el significado de *esencia*, el diccionario de la Real Academia Española,

³⁷⁴ Artículos 2º numeral 3 y 3º de la Ley 80 de 1993.

³⁷⁵ Artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 20, 21, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 32, 36, 37, 40, 42, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 76 y 81.

³⁷⁶ Artículos 6º, 11, 12, 14, 15, 16 17, 18, 19, 22, 30, 31, 33, 34, 35, 38, 39, 41, 45, 54, 59, 61, 68, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 77, 78, 79 y 80.

³⁷⁷ El artículo 150-1º de la Carta Política, adscribe al Congreso de la República la competencia para interpretar, reformar y derogar las leyes, y en especial las normas de contratación estatal (*ibídem*, parte final).

³⁷⁸ Al respecto el código civil, dispone: “*Artículo 1501. Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.*”.

³⁷⁹ El Código Civil, textualmente prescribe: “*Artículo 1502. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1º) que sea legalmente capaz. 2º) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3º) que recaiga sobre un objeto lícito. 4º) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.*”.

³⁸⁰ Tomado de la página web: <http://lema.rae.es/drae/?val=esencial>

contiene una segunda definición bajo el enunciado de *“aquellos que constituyen la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas, lo más importante y característico de una cosa*³⁸¹.

Es decir, partiendo de la definición lingüística del vocablo, podría afirmarse que lo *esencial* es la característica invariable y permanente (sustantiva) que constituye la naturaleza de las cosas. Ya con este punto de partida, tenemos entonces que los *requisitos esenciales* de los contratos son las exigencias sustantivas predicables de la *identidad* del acto jurídico como tal, *-identidad sustantiva*, diría yo-, y no de la mera ritualidad o instrumentación de los procedimientos normativos dispuestos para la formación bilateral de voluntades (contrato).

Bajo ese entendido, por ejemplo, si la entidad estatal y particular celebran contrato de arrendamiento para la prestación de cierto servicio intelectual, en realidad se trataría de la prestación de servicios profesionales o técnicos y no de arriendo, pues el objeto del arriendo debe ser material. O si el objeto es la construcción de una edificación bajo la figura de la contratación de servicios profesionales con un consorcio integrado por ingenieros civiles, estaríamos en presencia de contrato de obra, independiente de que todos los miembros de la firma contratista sean profesionales. Con lo cual, la tipicidad del contrato depende de la naturaleza del negocio jurídico (objeto), más no de la calidad de las partes ni menos aún de la rotulación acordada por las partes³⁸².

Esa es la enunciación que trae el artículo 1501 del Código Civil, para definir los elementos esenciales de los contratos, cuando alude a éstos como *“aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente”*. Ahora bien, precisada esta definición, vemos que las reglas propias de la contratación estatal disponen que el contrato se perfeccione con el acuerdo (por escrito) sobre el objeto y la contraprestación³⁸³. De esta preceptiva se concluyen dos aspectos importantes para nuestro trabajo. El primero, que el contrato estatal es totalmente solemne³⁸⁴, porque sólo se autoriza la ejecución de su objeto una vez

³⁸¹ Tomado de la página web: <http://lema.rae.es/drae/?val=esencia>

³⁸² Para Pino Ricci, la tipología de los contratos tiene un carácter sustantivo, más no nominal: *“...no se trata de simplemente de nominar los contratos para los fines del encabezamiento en su texto, sino de acertar en su tipificación para evitar la aplicación de un régimen equivocado...”*. (Pino Ricci, Jorge. El régimen jurídico de los contratos estatales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. Página 411).

³⁸³ Artículos 39 y 40 de la Ley 80 de 1993, en armonía con el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 que abolió la contratación sin formalidades plenas o acto unilateral de imposición de obligaciones misionales de parte de la Administración hacia un tercero.

³⁸⁴ De acuerdo con los incisos 4º y 5º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993: *“En los casos de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción del contrato escrito, se prescindirá de*

se eleve a escrito, salvo extrema urgencia manifiesta; y el segundo, que los requisitos esenciales de tales contratos, dependen de la naturaleza de su *objeto*.

Si se examina el contenido del tipo prohibitivo, claramente se observa que el ingrediente valorativo está referido a los presupuestos sustanciales (esenciales) del contrato estatal y no a los requisitos procedimentales (formales), ni de validez ni de eficacia para el nacimiento del mismo. Por ello, mal podría un criterio expansivo de interpretación, crear una *simbiosis teórica* para justificar la eventual punición del mayor instrumento utilizado en la Administración Pública³⁸⁵ -como es la contratación-, que viene siendo desviado para fines personales en contra de los fines axiológicos que edifican su razón de ser. La reacción político-criminal contra el fenómeno de la corrupción, no puede transgredir las categorías dogmáticas vigentes, menos aun cuando se trata de una vaguedad y omisión legislativa.

Por tanto, se considera que no deben confundirse las reglas de procedimiento y de habilitación competencial, *ex antes* a la formación del contrato³⁸⁶, que plasman las exigencias deónticas a que están sometidos los servidores públicos durante la actividad contractual³⁸⁷, con las normas sustantivas que identifican la tipología de cada uno de los negocios que puede utilizar la Administración para la satisfacción de cometidos específicos³⁸⁸ (no en abstracto). Por consiguiente, los presupuestos de *validez* y de *eficacia* del contrato estatal, no podrían ser los mismos requisitos *esenciales* a que alude el tipo normativo, por cuanto, son de la *esencia* del contrato: 1) la solemnidad del acuerdo escrito -condición *ad sustancian actus* de existencia- ; y 2) los elementos de identidad sustantiva según su objeto.

Al revisar el derecho comparado, encontramos que en los sistemas *neoromanistas* como el de España y México, son disímiles los elementos de los contratos. Para el derecho español, son elementos esenciales del contrato los componentes del

éste y aún del acuerdo acerca de la remuneración, no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante. A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contratación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.”.

³⁸⁵ Algarra Lobo, Mario Iván. No más Corrupción – Estrategia Preventiva para Combatirla. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2005. Página 125.

³⁸⁶ Mesa Nieves, Luis Eduardo. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2002. Página 156.

³⁸⁷ Ramos Acevedo, Amparo y Ramos Acevedo, Jairo. Contratación Estatal. Teoría General y Especial Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2009. Página 111.

³⁸⁸ Cuello Duarte, Francisco. Contratos de la Administración Pública. Ecoe Ediciones. Tercera edición. Bogotá D.C. 2009. Página 15.

mismo que determinan su existencia, con la consecuencia de su nacimiento y perfección, de manera que la falta de uno de ellos da lugar a la inexistencia del negocio jurídico. En el derecho mexicano, son esenciales el consentimiento y el objeto posible, mientras que la capacidad, la forma, la ausencia de vicios en el consentimiento y la licitud en el objeto o en el motivo (causa), son elementos de validez del contrato. En el *Comon Law* de los EU, son esenciales del negocio la *consideración* (prestaciones recíprocas), y el *mutuo consentimiento*³⁸⁹.

Sobre la determinación de los requisitos esenciales según la tipología del negocio, existen pronunciamientos de la Corte Constitucional relacionados con el examen separado de los contratos. Por ejemplo, en la sentencia C-086 de 1995, la Corte dijo que la transferencia de dominio y la constitución de un patrimonio autónomo, son dos de los elementos esenciales sin los cuales no podría existir el contrato de fiducia mercantil, pero que tratándose de contratos del Estado, el legislador contaba con amplia libertad de configuración, y en el ejercicio de tal atribución había creado un contrato especial de fiducia para las entidades estatales, sin que ello fuere inconstitucional³⁹⁰. Lo importante de este fallo para nuestro interés, es la determinación de los elementos esenciales, a partir del *objeto* del contrato.

En igual sentido, mediante sentencia C-154 de 1997 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de revisar los requisitos esenciales del contrato de prestación de servicios y su parangón con el contrato laboral, señalando que en el primero por ser contrato estatal, uno de los elementos esenciales es la actividad desarrollada de manera independiente por una persona natural o jurídica, con la que no existe relación de subordinación o dependencia, y el otro requisito esencial del contrato es la contraprestación económica que percibe el contratista³⁹¹.

Estos dos claros ejemplos de desarrollo jurisprudencial, revelan que los *elementos esenciales* de los contratos estatales, distan diametralmente de los presupuestos *de validez y eficacia* desarrollados profusamente por varios sectores autorizados de

³⁸⁹ Bolaños Linares, Rigel. Contratación Internacional. Editorial Porrúa. Primera edición. México. 2004. Páginas 12, 13.

³⁹⁰ La Sala Plena, mediante sentencia C-086 de marzo 1º de 1995, expedientes D-647 y D-672, con ponencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, expresó: “*Por las razones expuestas, esta Corporación encuentra que el hecho de que el contrato de que trata el numeral 5º. del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, denominado ‘encargo fiduciario y fiducia pública’, contenga disposiciones que desconocen los elementos esenciales del contrato de fiducia mercantil o que resultan poco prácticas al momento de contratar con el Estado, no significa que se haya vulnerado disposición constitucional alguna.*”.

³⁹¹ Sala Plena, sentencia C-154 de marzo 19 de 1997, expediente D-1430, M.P. Hernando Herrera Vergara.

la doctrina³⁹². En consecuencia, si los requisitos esenciales y de validez o de eficacia de los contratos públicos, son instituciones jurídicas totalmente diferentes, cualquier intento teórico encaminado a fusionarlos o imbricarlos, para la efectiva aplicación del tipo normativo, conllevaría al empleo de la analogía *in malam partem*, respecto de la norma complementaria del tipo en blanco³⁹³.

1.3 Los requisitos esenciales según la jurisprudencia

Al margen de las posturas asumidas por la doctrina, tenemos que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, basada en criterios teleológicos y de política criminal efficientista, ha sentado un dogma de aplicación del tipo normativo, especialmente en lo relativo a la cualificación de *esenciales*, implementada hace algo más de treinta años, cuya indeterminación se hace notoria con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993. En un primer momento, la jurisprudencia presenta una solución material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de la conducta prohibida³⁹⁴, de

³⁹² Recientemente, en sentencia C-300 de abril 25 de 2012, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, refiriéndose a los requisitos de la esencia del contrato estatal dijo: “...2.6.6. Por último, es preciso resaltar que **la modificación del contrato no puede ser de tal entidad que altere su esencia y lo convierta en otro tipo de negocio jurídico**, puesto que ya no estaríamos en el escenario de la modificación sino ante la celebración de un nuevo contrato. En efecto, de acuerdo con el artículo 1501 del Código Civil, los contratos tienen elementos de su esencia, de su naturaleza y accidentales. El Consejo de Estado, en su jurisprudencia, ha señalado que el **plazo** es un elemento accidental del contrato –no de su esencia ni de su naturaleza- y por ello puede ser materia de modificaciones....”. [destacado del texto original].

³⁹³ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Página 156.

³⁹⁴ La Sala de Casación Penal, en sentencia U.I. No. 17.088 de diciembre 19 de 2000, con ponencia del Magistrado Álvaro Pérez Pinzón, expresó: “...De otra parte, como se expresa en la resolución acusatoria, se trata de un tipo penal en blanco, exactamente impropio, porque para su aplicación requiere que su supuesto de hecho o precepto sea complementado con otras normas, para el caso las que consagra el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, adoptado por la Ley 80 de 1993 y demás disposiciones que la desarrollan, en cuanto precisan el alcance del concepto ‘requisitos legales esenciales’. El análisis que hace la Sala del ‘Aspecto objetivo del delito’ entraña, entonces, comparar la conducta imputada con el tipo penal, a partir de la Constitución Política y de lo pertinente de la Ley 80 de 1993, es decir, con fundamento en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de tipo penal, de acuerdo con la cual este comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales que prevé la Carta. Dicho de otra forma, su estudio implica ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico entero, que se mira en sus interrelaciones. Con base en los anteriores presupuestos y en las explicaciones que siguen, la Sala concluye que la conducta juzgada, objetivamente es típica. Uno. La Constitución Política sienta los principios que regulan toda actividad. La conducta de la administración, entonces, está genéricamente plasmada en ella y la normatividad legal la desarrolla. El marco que la norma superior establece en pos de la protección del bien jurídico administración pública y, de manera más específica, de lo relacionado con la sana contratación estatal, surge de su propio contexto. Para ejemplificar lo anterior, basta tener en cuenta que ya desde su Preámbulo encumbra el derecho a la igualdad, la democracia participativa y la garantía de un orden económico justo. Estas tareas también las indica en los artículos 2o., que entre los fines esenciales del Estado fija los de servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar los principios que la componen, así como facilitar a todos la participación

acuerdo con la cual, ésta comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales de la Constitución y del ordenamiento jurídico. Más tarde, lo hace extensivo ese criterio para los casos de venta de bienes estatales³⁹⁵.

Postura que comporta un concepto omnicomprendivo de la norma extrapenal de complemento, edificada, no en una interpretación dogmática penal del problema, sino en el deseo general de combatir los factores de corrupción originados -en la mayoría de los casos- a partir de la contratación de las administraciones públicas, lo cual, parecería enfrentar al poder punitivo del Estado³⁹⁶ con los postulados de intervención mínima, de libertad, de dignidad humana y de legalidad estricta.

Ya en un segundo momento, la jurisprudencia de la Corte Suprema³⁹⁷ matiza la amplitud del tipo normativo, señalando que los elementos esenciales del contrato

en las decisiones administrativas; 6o., que responsabiliza a los servidores del Estado por violación de la Constitución y de las leyes y por omisión y extralimitación de sus funciones; 13, en cuanto protege la igualdad real; 95-2, que impone a todas las personas la obligación de cumplir la Constitución y las leyes; 122-2, que compele a los funcionarios hacia ese deber bajo la presión del juramento; y 333-2, que expresamente garantiza el derecho a la libre competencia. Pero la norma mayor más nítida, la que irradia directa y exhaustivamente la contratación, es el artículo 209 de la Constitución, que, en lo pertinente, dispone: 'La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...'. Es claro, así, que las reglas constitucionales señaladas en los ejemplos anteriores tienen que ser acatadas y cumplidas cuando se labora con la administración y, en concreto, cuando se tramitan, celebran y liquidan contratos. Dos. La normatividad constitucional, frente al tema que ocupa la atención de la Sala, a plenitud se refleja en el artículo 3º. del Código Contencioso Administrativo, que dentro de los principios generales-orientadores de la actuación administrativa establece los de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción, norma que, además, en forma expresa dice que las actuaciones administrativas se deben desarrollar con arreglo a ellos. Y la Constitución, igualmente, es expandida por el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, la mencionada Ley 80 de 1993, cuerpo legal que, ceñido a la Carta, reitera y sienta postulados o principios infranqueables que deben guiar a la administración cuando realiza convenios, tal como indiscutiblemente lo ordena la misma ley en su artículo 23, con estas palabras: 'De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo'. Leer en la norma algo diverso a que los principios constitucionales subyacen a las actividades de tramitación, celebración y liquidación de los contratos, resulta vano y necio...".

³⁹⁵ La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación No. 13.681 de julio 10 de 2001, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, sobre la enajenación de bienes públicos expresó: "..., pues el trámite para la enajenación de maquinaria en tales condiciones, estaba destinado a la celebración de un contrato en detrimento del patrimonio público....".

³⁹⁶ Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. 2012. Páginas 283 y 284.

³⁹⁷ La Sentencia U.I. de octubre 6 de 2004, expediente 16.066, con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo, precisó: "...Principios que toman cuerpo en los requisitos que la ley de contratación exige sean cumplidos en las distintas fases del proceso de contratación pública. **2.1.2.1. Unos previos a la celebración del**

estatal elaborados axiomáticamente en la sentencia del 19 de diciembre de 2000, dependen de la fase contractual que se analice, pues si se trata de la etapa previa a la celebración del contrato, son la competencia y autorización para contratar, la existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente, y la licitación o el concurso previo; que al momento de la celebración del contrato, son el texto escrito con todas las cláusulas, la constitución de garantías y la firma del contrato por las partes; y una vez firmado, son la aprobación de las garantías por parte de la entidad estatal, el pago del impuesto de timbre y la publicación del contrato.

En pronunciamiento del año 2006³⁹⁸, la Corte señaló que para la contratación de mínima cuantía con formalidades plenas, era requisito esencial la obtención de por lo menos dos ofertas conforme lo exigía el artículo 3º del Decreto Reglamentario 855 de 1994. Un año más tarde, agregó que en los contratos de menor cuantía donde solo participaba un oferente, eran esenciales: la constancia de haberse solicitado varias ofertas y de recibir apenas una de ellas, la constancia de que no existen varias personas que puedan proveer esos bienes o servicios, el certificado de existencia y representación legal de la firma proponente, el acto administrativo donde se designa el interventor o el supervisor del contrato, y la comunicación de la adjudicación al proponente seleccionado y a los no seleccionados³⁹⁹.

En lo que respecta al fraccionamiento del contrato, entendido como la división de la *unidad natural del objeto contractual*⁴⁰⁰, para eludir la convocatoria pública de selección del contratista, y con ello, celebrar directamente varios contratos con determinadas personas, por lo general allegadas al competente de la contratación, la jurisprudencia ha reiterado que no obstante haber desaparecido esa prohibición

contrato que de ser omitidas impiden su nacimiento, son ellos: a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente. d. La Licitación o el concurso previo. **2.1.2.2 Requisitos concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular, son ellos:** a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas. **2.1.2.3. Requisitos posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el contrato la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado; son los siguientes:** a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto. ... ”. [Negrillas fuera del texto].

³⁹⁸ Sala de Casación Penal, sentencia de diciembre 18 de 2006, radicado U.I. No. 19.392, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

³⁹⁹ Sentencia de casación No. 23765 de febrero 28 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. En el mismo sentido mediante sentencia U.I. No. 23543 de julio 11 de 2007, M.P. Álvaro Pérez Pinzón, la Corte determinó que era esencial en el contrato de menor cuantía, la invitación pública mediante la fijación de aviso.

⁴⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación No. 35.560 de junio 12 de 2013, M.P. María del Rosario González Muñoz.

con la Ley 80 de 1993, tal comportamiento es la modalidad que por excelencia configura el tipo normativo del delito, al ser utilizada por los servidores públicos para quebrantar el principio de transparencia, conforme al cual la escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso público, salvo en los casos en los cuales procede la contratación directa⁴⁰¹.

Refiriéndose al ingrediente normativo, la jurisprudencia reitera que por tratarse de un tipo penal en blanco, su integración debe efectuarse con las disposiciones constitucionales y legales que reglamentan el tema de la contratación estatal. Que en consecuencia, los principios de moralidad, eficacia, economía, imparcialidad y de publicidad del canon 209 de la Carta Política, y los principios de transparencia, economía y responsabilidad previstos en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley 80 de 1993, integran materialmente el tipo de celebración de contrato sin cumplimiento de requisitos legales⁴⁰²; pero también la inobservancia de los requisitos generales del derecho privado, constituye el delito en estudio⁴⁰³.

En cuanto a los trámites y formalidades previos, concomitantes o posteriores al contrato público, la Corte ha sostenido que si bien éstos aisladamente observados no alcanzan el carácter de requisitos esenciales de los contratos estatales, sí ostentan esa categoría los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que se garantizan con el cumplimiento de esos procedimientos, y por ello quien decida desconocerlos, puede incurrir en el ilícito de celebración de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales⁴⁰⁴.

En el año 2009, la jurisprudencia de Casación Penal reitera la postura frente al tipo normativo (requisitos legales esenciales), reafirmando la misma lista de trámites y

⁴⁰¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación No. 30.933 de mayo 26 de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos. Reiterada en sentencia de casación No. 33.714 de octubre 24 de 2012, M.P. Fernando Alberto Castro Caballero.

⁴⁰² Corte Suprema de Justicia, sentencia U.I. No. 25.945 de mayo 6 de 2009, M.P. Javier Zapata Ortiz.

⁴⁰³ Mediante auto de marzo 21 de 2007, expediente No. 21171, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Julio Enrique Socha Salamanca, señaló: “...*Para la Sala el argumento de que no se ejecutó aquella conducta prohibida porque los requisitos legales en la contratación administrativa, establecidos en la Ley 80 de 1993, son accesorios o accidentales, no constituyen más que una refutación sofística en torno de la cual se hace necesario precisar que se habla de contrato administrativo cuando la administración pública establece una relación negocial con un contratista en orden a satisfacer una necesidad, el cual por su naturaleza no puede guiarse por el derecho privado, sino por normas especiales que garantizan el cumplimiento de los principios de la función pública previstos en la Constitución Política, de tal modo que las exigencias o requisitos de aquella ley sin duda alguna constituyen elementos necesarios o indispensables del contrato, cuya inobservancia, desde la perspectiva del derecho penal, configura delito....*”.

⁴⁰⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicado No.25149, M.P. Javier Zapata Ortiz.

formalidades que a juicio de la Corte taxativamente configuraban la conducta prohibida⁴⁰⁵, dependiendo de la fase contractual respectiva. Siendo *previos* a la celebración del contrato: 1) la competencia del funcionario para contratar; 2) la autorización del funcionario competente para contratar; 3) la existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente; y, 4) la licitación o el concurso previo⁴⁰⁶.

En la misma decisión anterior, también se mantuvo el prurito de que los requisitos esenciales *concomitantes* a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento habilita el acuerdo prestacional de las partes, son: 1) la elaboración escrita del contrato que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos; 2) la constitución de garantías de cumplimiento por el contratista; 3) la firma del contrato por las personas aptas. En igual sentido, se ratifica que los requisitos *posteriores* a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite su ejecución, son: 1) la aprobación de póliza por parte de la entidad competente; 2) el pago del impuesto de timbre; 3) la publicación⁴⁰⁷.

La jurisprudencia, pese a la tendencia acrítica frente a los vacíos de tipicidad que la norma pueda contener, dado el pragmatismo que representa desde el punto de vista político-criminal del eficientismo contra la corrupción pública, no ha sido del todo uniforme respecto de la real criminalización de esta conducta, siendo flexibles las posturas para identificar los *requisitos esenciales* del contrato estatal y los instrumentos metodológicos para determinarlos⁴⁰⁸, e incluso en la determinación de

⁴⁰⁵ Ese listado de trámites y formalidades cuya inobservancia constituía la conducta prohibitiva, fue creado en la citada sentencia 16.066 de octubre 6 de 2004, y ratificado, entre otras, en las sentencias de casación 23.765 de febrero 28 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, y la número 30.291 de mayo 12 de 2012, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

⁴⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 20 de 2009, expediente No. 31654, Magistrados Ponentes María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán.

⁴⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 20 de 2009, expediente No. 31654, Magistrados Ponentes María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán.

⁴⁰⁸ Así, en la sentencia No. 23765 de febrero 28 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez, la Corte Suprema de Justicia, señaló: “...Este proceso se cumple a través de la comprobación de los requisitos legales esenciales que corresponden a la capacidad de los contratantes, a un acuerdo de voluntades, precisión del objeto del contrato, que tenga causa lícita, las estipulaciones de la contraprestación, que se eleve a escrito y sea publicado en el diario o gaceta oficial de la respectiva autoridad territorial, con inclusión de las cláusula de caducidad administrativa, el plazo, la sujeción a la cuantía, la aprobación de la garantía y la existencia de disponibilidad presupuestal ...esta clase de contrato requería a) constancia de que el alcalde solicitó varias ofertas pero solo recibió una de ellas; b) constancia de que no existen varias personas que puedan proveer esos bienes o servicios c) certificado de existencia y representación legal de la firma proponente d) acto administrativo que designe el interventor o el supervisor del contrato y e) comunicación de la adjudicación al proponente seleccionado y a los no seleccionados...”. Por su parte, en la sentencia de casación No. 31288 de febrero 1º de 2012, M. P. Dr. José Leonidas Bustos Martínez, la misma Corporación Judicial, recurre a valoraciones omnímodas para determinar el tipo objetivo: “...el principio de estricta legalidad que viene de destacarse, obliga necesariamente al interviniente en la contratación estatal a cumplir la totalidad de las exigencias

la responsabilidad penal de los intervinientes en el proceso contractual, como veremos más adelante.

Es decir, tanto jurisprudencia⁴⁰⁹ como doctrina⁴¹⁰, partiendo del desvalor formal del ordenamiento jurídico y del simple estudio antijurídico de la conducta, dedican sus valiosas investigaciones en la elaboración de teorías para justificar que además de las condiciones de existencia y validez regladas por el derecho privado⁴¹¹, los requisitos esenciales del contrato estatal son los principios especiales previstos para la contratación del Estado, entre ellos, los estudios previos, los pliegos de condiciones, las autorizaciones previas, los estudios previos, la disponibilidad presupuestal, la invitación pública, el registro único de proponentes, el registro presupuestal, las garantías y la publicación, y cualquier otra formalidad derivada de los axiomas constitucionales, sin importar los límites del derecho penal.

1.4 Examen de constitucionalidad del tipo penal

Por cuenta de la imprecisión que ocasionó la Ley 80 de 1993 (Estatuto Contractual vigente), en sentencia C-917 de 2001 la Corte Constitucional estudió la juridicidad del tipo normativo de los códigos penales derogado y vigente, respecto de la definición legal de los requisitos esenciales del contrato. La acusación del actor se basaba, en primer término, en que solo la justicia administrativa estaba facultada para declarar la invalidez de los contratos, en tanto la legalidad se presume, y en segundo lugar, porque se trataba de un tipo penal en blanco, lo que a juicio del actor vulneraba el principio de legalidad del delito, atendiendo que la Ley Contractual no definía la conducta, por contener reglas y pautas generales.

La Corte Constitucional luego del análisis respectivo concluyó que la norma se aviene al ordenamiento superior, pues en primer lugar, estimó que el objeto de las jurisdicciones contencioso administrativa y penal, era sustancialmente distinto y existía un instrumento procesal –prejudicialidad- que posibilitaba al investigador criminal para suspender -por un tiempo razonable- la evaluación de las pruebas

normativamente previstas de manera general para cualquier tipo de contratos en la constitución, la ley o el reglamento... ”.

⁴⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia de diciembre 2 de 2008, expediente 29285, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

⁴¹⁰ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Páginas 111 a 395.

⁴¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia U.I. de marzo 13 de 2013, expediente No. 37858, Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez.

mientras obtiene fallo de legalidad sobre determinado acto. De otra parte, recordó que el derecho penal admite la posibilidad excepcional de los denominados “tipos penales en blanco”, a condición de que se cumplan los requisitos de claridad e inequívocidad, lo cual dependía de cada tipo de contrato. La Corte, en virtud del principio *pro actione*, omitió examinar el contenido de las normas extrapenales⁴¹².

Con la expedición del fallo de constitucionalidad 917 de 2001⁴¹³, reafirmada por las sentencias C- 976 de 2001 y de tutela T- 193 de marzo 23 de 2010⁴¹⁴, la Corte Constitucional legitima la definición interpretativa del tipo normativo del delito, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia viene acuñando de la norma, - según su saber y entender- en los veinte años de vigencia del actual estatuto de contratación de la Administración Pública. Todo lo cual, aparenta una discusión zanjada y por ende un capítulo académico cerrado.

En la citada sentencia C-917 de 2001⁴¹⁵, la Corte Constitucional avala y transcribe apartes de la entonces reciente sentencia del 19 de diciembre de 2000, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la que analizó el contenido del tipo penal y sostuvo que la conducta juzgada objetivamente es típica, si se toma en consideración que dentro de la norma complementaria, materialmente se

⁴¹² Corte Constitucional. Sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴¹³ En la citada sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D 3375, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte concluyó: “...En consecuencia, el examen de constitucionalidad que a continuación hará la Corte se encaminará a determinar si las disposiciones demandadas, en el reenvío que hacen, se produce de manera clara e inequívoca. a) El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 146 del Código Penal anteriormente vigente, describe como conducta delictual el tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón ésta por la cual habrá de acudir, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual, el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la Constitución. Así las cosas, el cargo formulado no puede prosperar, por cuanto no se quebranta el principio de legalidad. ...”.

⁴¹⁴ Mediante sentencia de tutela T-193 de marzo 23 de 2010, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, el máximo Tribunal Constitucional, señaló: “...Encuentra esta Sala de Revisión de Tutelas que el actor pretende imponer, por vía de amparo, su personal forma de interpretación del régimen de contratación estatal - el cual viene a integrar la descripción típica penal incompleta -, buscando así que el juez de tutela la acoja, por encima de la realizada por la autoridad judicial competente, que para el caso es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria en el respectivo ámbito. A riesgo de generar intromisión en otra competencia exclusiva y excluyente, permítase observar que en la decisión reprochada fueron consignados, con suficiencia, los fundamentos fácticos y jurídicos necesarios para establecer la responsabilidad penal del allí condenado, basándose además en jurisprudencia de esa corporación en torno a un tipo penal en blanco como el de ‘contrato sin cumplimiento de requisitos legales’ (arts. 146 D. 100/80; 57 L. 80/92; L. 190/95; y 410 L. 599/00). (...)”.

⁴¹⁵ Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

encuentran incorporados también los principios constitucionales y legales de la contratación, bajo el entendido que las exigencias esenciales de los trámites, las celebraciones y las liquidaciones de los contratos de la administración devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas. Postura que catapultó la *doxa* imperante en la actualidad⁴¹⁶ y de alguna forma cerró el paso a sus críticos.

II. LAS POSTURAS INTERPRETATIVAS DEL TIPO NORMATIVO: PROBLEMA DOGMÁTICO LATENTE

Retomando la posición mayoritaria, tenemos que la jurisprudencia decantó que la norma contiene tres conductas alternativas de realización⁴¹⁷: 1) el incumplimiento de los requisitos legales sustanciales en la *tramitación* del contrato, el cual cubre todos los pasos que la administración debe observar hasta su celebración; 2) la no verificación de los presupuestos previstos en la ley de contratación estatal para su *perfeccionamiento*, que incluye obviamente constatar la presencia de los atinentes a la fase precontractual; 3) inobservancia de los requisitos legales esenciales relacionados con la *liquidación* de los contratos estatales. Es decir, se excluye expresamente la fase de ejecución. Veamos las distintas posturas interpretativas.

2.1. Salvamento de voto de la sentencia C-917 de 2001

A pesar de que la sentencia C-917 de 2001, legitima la constitucionalidad del tipo penal “*contrato sin cumplimiento de los requisitos legales*” y avaló la aplicación jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, se presentó una postura disidente por parte del Magistrado ARAÚJO RENTERÍA⁴¹⁸, quien consideró que el tipo era

⁴¹⁶ En la sentencia de 5 de octubre de 2006, radicado No.25149, la Corte Suprema de Justicia, M.P. Javier Zapata Ortiz, expresó: “Cabe anotar que dicho fallo de la Sala de Casación Penal fue citado, reproducido en lo pertinente y avalado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-917 de 2001 (29 de agosto), a través de la cual declaró exequibles los artículos 146 del Código Penal (Decreto 100 de 1980) y el artículo 410 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que tipifican el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, los cuales fueron demandados por considerarse normas penales en blanco....”.

⁴¹⁷ Sala de Casación Penal, sentencia de casación No. 14.699 de mayo 20 de 2003, M. P. Fernando Arboleda Ripoll. Reiterada en la sentencia No. 21.547 de febrero 9 de 2005, M.P. Marina Pulido de Barón.

⁴¹⁸ En la citada sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D 3375, el Magistrado Jaime Araújo Rentería, presentó salvamento de voto en los siguientes términos: “...1. Considero que tanto el artículo 146 del anterior Código Penal, como el artículo 410 del nuevo Código es una norma que viola el principio de legalidad de los delitos exigidos por la Constitución, ya que no define cuales son los requisitos esenciales del contrato y deja en manos del juez la determinación de esos requisitos esenciales; pudiendo un juez considerar que en un caso unos son los requisitos esenciales y otro juez en otro caso, podrá considerar respecto de un mismo contrato, que son otros los requisitos legales esenciales. 2. No sobra recordar que de acuerdo con la teoría de

violatorio del principio de *legalidad estricta* exigido por la Constitución, al no estar definidos los requisitos esenciales del contrato y dejar a cargo de la judicatura la determinación de esos requisitos valorativos, dando lugar a varias aplicaciones y tratamientos judiciales, respecto de un mismo supuesto de hecho.

Además recordó el profesor ARAÚJO RENTERÍA, que según la teoría general de los contratos hay unos elementos que se consideran *esenciales*, otros que hacen parte de la *naturaleza* del contrato y otros *accidentales* que consensualmente le pertenecen. Por ello, cada tipo de contrato tiene unos elementos esenciales que lo tipifican y lo hacen diferente frente a otra categoría contractual, citando el ejemplo de la cosa y el precio que son los requisitos esenciales de la compraventa, y sin embargo, no son estructurales en otro tipo de contrato. En consecuencia, como el tipo penal no definió taxativamente los requisitos esenciales, esa indeterminación podría atentar contra la libertad de los ciudadanos⁴¹⁹.

En fallo posterior, la Corte Constitucional al examinar las ritualidades plenas de la contratación estatal, señaló que debía tenerse en cuenta que las formalidades del contrato y su forma, son dos cosas muy distintas, por cuanto las formalidades son los requisitos esenciales que deben observarse en la celebración del contrato y pueden ser anteriores, -por ejemplo, el pliego de condiciones-, concomitantes -la adjudicación-, o posteriores -aprobación y formalización escrita- al acuerdo de voluntades entre la entidad estatal y el contratista; mientras que la forma, es uno de esos requisitos esenciales del contrato, pero referido a la solemnidad concreta de cómo se documenta, materializa e instrumenta el vínculo contractual⁴²⁰.

A mi juicio el sentido del fallo que se analiza, fue el resultado de la proposición sustantiva en la demanda de inconstitucionalidad y no de un examen de fondo del principio de *legalidad estricta* y su incidencia frente a preceptos constitucionales, ya que el fundamento de la demanda fue la prejudicialidad y la existencia de un tipo penal en blanco, más no la vaguedad e indeterminación del tipo normativo y la omisión legislativa de la norma complementaria (ECE), integrada al tipo en blanco (art. 410 CP), por no prescribir de manera clara e inequívoca los presupuestos de

los contratos hay unos elementos que se consideran esenciales, otros que hacen parte de la naturaleza del contrato y otros que accidentalmente pertenecen al contrato. Además cada tipo de contrato tiene unos elementos esenciales, que lo tipifican y que son diferentes de los elementos esenciales de otra categoría contractual; por ejemplo la cosa y el precio son esenciales en la compraventa sin embargo no son esenciales en otro tipo de contrato. 3. Como quiera que el tipo penal no define lo que son requisitos legales esenciales, esa indeterminación puede atentar contra la libertad de los ciudadanos....”

⁴¹⁹ Sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D 3375, antes citada.

⁴²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-949 de septiembre 5 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

hecho. Sin embargo, creo que en la sentencia C-300 de 2012⁴²¹, la Corte matiza el tema, precisando que el *objeto* del contrato es un requisito esencial del mismo.

2.2 Posiciones adversas de la doctrina

Doctrinantes nacionales versados en materia de contratación pública, entre ellos, el Profesor SANTOFIMIO GAMBOA⁴²², reconocen la ausencia de taxatividad para definir los elementos normativos que contiene el tipo prohibitivo, objeto de este estudio; sin embargo, desde una óptica académica e investigativa proponen diversas salidas metodológicas, que en últimas no convergen del todo con el paradigma axiológico, formulado en los últimos tres lustros por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

El tratadista SANTOFIMIO GAMBOA, aborda el problema de la falta de definición legal, partiendo de dos criterios que permiten aproximarse a la identificación de los requisitos legales esenciales del contrato estatal⁴²³. El primer razonamiento sería acudir a la teoría general de los contratos y negocios jurídicos, para extraer de ahí las exigencias legales fundamentales, sin las cuales se generaría la ineficacia o nulidad del vínculo jurídico. La otra fórmula consiste en aplicarle a cada etapa contractual, los principios generales del estatuto de contratación administrativa, el cual contiene unos requisitos mínimos legales para todos los contratos y otros específicos que dependen del tipo y naturaleza del contrato.

El profesor EXPÓSITO VÉLEZ⁴²⁴, luego de un profuso análisis comparado con el derecho de contratación español, alude a ellos como “*elementos o requisitos necesarios*” para la celebración de los contratos, siendo los mismos del derecho privado, esenciales para la validez, pero reconociendo los matices propios del derecho administrativo; con lo cual, en términos generales reduce a cinco (5) los elementos necesarios para el perfeccionamiento de los contratos públicos, los

⁴²¹ En la sentencia C-300 de 2012, la Corte Constitucional precisó: “...Además, la modificación del contrato está limitada por la imposibilidad de transformar sus elementos esenciales –como el objeto- y desnaturalizarlo; en tal hipótesis, ante la existencia de un nuevo contrato, se requiere un nuevo proceso de selección y el cumplimiento de los demás procedimientos y formalidades que exige la normativa sobre contratos estatales, y cuya finalidad es la realización de los principios de la función administrativa....”.

⁴²² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 130.

⁴²³ *Ibidem*, páginas 130 a 335.

⁴²⁴ Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español – Análisis de la selección de contratistas. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2003. Páginas 259 y 260.

cuales desarrolla suficientemente en su texto: 1) *Los sujetos*; 2) *El consentimiento*; 3) *El objeto*; 4) *La causa*; y 5) *La forma*.

Desde la perspectiva estrictamente penal, encontramos, en primer lugar que los tratadistas GÓMEZ MÉNDEZ y GÓMEZ PAVAJEAU, admiten de manera expresa que frente a la aplicación del elemento normativo objeto de estudio, “[e]l problema es saber cuáles son los requisitos esenciales del contrato, por cuanto la ley 80 de 1993 no hizo referencia expresa a ello”. No obstante, en el afán académico por encontrar la respuesta adecuada, recurren a los principios generales del derecho privado (artículos 1501 y 1502 del Código Civil), para concluir de manera genérica que tales elementos son la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita, y otros especiales, dependiendo del tipo de contrato; por ejemplo, el precio y la cosa en el contrato de compraventa⁴²⁵.

Ambos autores exponen la ausencia y necesidad de una norma extrapenal que de manera clara y específica defina los elementos esenciales del contrato estatal, mediante la completud que se exige para los tipos en blanco; no obstante, abrigan el argumento tautológico desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, por ser sometido al escrutinio de constitucionalidad donde pasó la prueba, con un salvamento de voto⁴²⁶ -de poca rigurosidad científica, pero de claridad implacable- del Magistrado Jaime Araújo Rentería, quien sostuvo que el déficit legislativo no podía quedar a merced del dispensador de la justicia penal.

Para el profesor CASTRO CUENCA⁴²⁷, el tipo penal suscitó la primera controversia frente a la posibilidad de que la justicia penal –dogmáticamente- pudiera revisar la legalidad de los contratos públicos, siendo ello una competencia del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Estima, que a partir del examen de constitucionalidad efectuado en la sentencia C-917 de 2001, la discusión fue superada con el argumento de la no identidad de las jurisdicciones penal y contenciosa administrativa, de los precedentes de validez sobre los tipos penales en blanco y de la figura procesal de la *prejudicialidad*, a la que en últimas podría recurrir el juez penal para solucionar las controversias específicas, en materia de legalidad de la contratación administrativa.

⁴²⁵ Gómez Méndez, Alfonso. Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá D.C. 2008. Páginas 405 y 406.

⁴²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴²⁷ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. La corrupción en la contratación pública en Europa. Universidad de Salamanca. Ratio Legis Librería Jurídica. España. Primera edición. 2009. Páginas 291, 314 y 315.

Con su visión crítica, pero sin ahondar en el problema –por no ser el tema de su investigación-, el profesor CASTRO CUENCA⁴²⁸ en otra obra, luego de plantear un estado del arte a partir de diez posturas de tratadistas autorizados, expresa su desacuerdo con la posición de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia *hito* del 19 de diciembre de 2000, conforme a la cual, en el concepto de requisitos legales esenciales, a que hace referencia el tipo penal, se entiende incorporado el criterio ambiguo de los principios sustanciales de la contratación estatal y de la función administrativa, sin especificar los requisitos especiales del contrato, como en cambio sí lo hizo Santofimio Gamboa.

Sin embargo, en lo que pareciera una adhesión del profesor CASTRO CUENCA con una nueva postura de la Corte, aduce que, “afortunadamente”, en la sentencia de única instancia de octubre 6 de 2004, expediente 16066, Magistrado Ponente EDGAR LOMBANA TRUJILLO⁴²⁹, el alto Tribunal limita el alcance de los principios fundantes de la contratación y enlistó unos requisitos especiales, dependiendo de la etapa previa, concomitante o de liquidación del contrato estatal, pero que pese a este esfuerzo hermenéutico por delimitar el ingrediente normativo del tipo penal, los funcionarios judiciales continuaban aplicando a su arbitrio los criterios de la sentencia del 19 de diciembre de 2000.

El profesor CASTRO CUENCA, más que adhesión con la nueva jurisprudencia definitoria de los requisitos legales esenciales del contrato estatal, lo que hizo fue exaltar la labor de concreción del tipo normativo que, en aras de la seguridad jurídica, avanzaba la Corte para delimitar el principio y fin del ingrediente valorativo del delito, a fin de evitar la significación ambigua -etérea a mi juicio- que comporta acudir a los principios rectores del derecho administrativo y de la contratación pública. Ello se infiere, cuando al analizar la legislación penal española y descartar la legalidad como bien jurídico de la contratación pública, el Autor expone su crítica sobre la experiencia colombiana, donde un tipo penal tan abierto causa confusión e inseguridad jurídica⁴³⁰.

⁴²⁸ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. *Corrupción y delitos contra la administración pública*—Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Página 374.

⁴²⁹ *Ibidem*. Páginas 374 a 376.

⁴³⁰ *Ibidem*, página 352 y con idéntico argumento en su obra “La corrupción en la contratación pública en Europa” (pág. 291), el autor señala: “..., pues retomando la experiencia colombiana, la incorporación de fórmulas de tipificación (como la violación de los elementos esenciales del contrato público) es tan abierta que sólo genera confusión e inseguridad jurídica ante la imposibilidad de identificar legalmente a qué requisitos se refiere la ley y la tentación de acudir a criterios inciertos como los principios generales de la contratación pública. ...”. Postura que coincide con la conclusión del estudio de la conducta delictual en la ley colombiana, al enfatizar: “En todo caso, consideramos que los elementos no pueden jamás identificarse con los principios

Siguiendo su exposición, el profesor CASTRO CUENCA recapitula la fórmula de PABÓN PARRA, según la cual el criterio más práctico y adecuado para hallar los elementos esenciales del contrato estatal, es identificarlo con los requisitos de validez del derecho privado que regula suficientemente la legislación civil, por integrar unidad normativa y así disponerlo expresamente el artículo 13 del Estatuto General de Contratación Administrativa.

En ese sentido, el baremo para identificar un requisito legal esencial del contrato público, será ponderando normativamente si su ausencia genera la ineficacia o nulidad absoluta del vínculo negocial, siguiendo los artículos 44 de la Ley 80 de 1993 (ECE), 1741 del Código Civil y el 899 del Código de Comercio; es decir, armonizar la regulación del derecho privado, con las causales de nulidad previstas en las reglas propias de la contratación pública: 1) violación del régimen de impedimentos; 2) violación de expresa prohibición legal; 3) abuso o desviación de poder; 4) insubsistencia jurídica del acto en que se funda el contrato; y 5) por violación del principio de reciprocidad, para las ofertas extranjeras.

Autores como PEÑA OSSA⁴³¹, sostienen que ante la falta de taxatividad de la Ley 80 de 1993 frente a la determinación de los requisitos esenciales de los contratos estatales, debe acudir a las fuentes normativas del derecho privado, cuyos artículos 1501 y 1502 del Código Civil, distinguen claramente los elementos esenciales, de la naturaleza y accidentales de todo contrato, y las condiciones de validez para el perfeccionamiento del negocio jurídico, respectivamente. Además de las exigencias del derecho privado, destaca los principios generales de la contratación pública incorporados materialmente a la descripción típica, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de diciembre de 2000.

En el mismo sentido, pero con una metodología distinta, MESA NIEVES⁴³² señala que para definir los requisitos esenciales del contrato administrativo, el primer punto de partida son los requisitos personales (capacidad legal y el consentimiento exento de vicios), también los inherentes a la prestación (objeto y causa lícita), y los de perfeccionamiento del negocio (solemnidad, bilateralidad y onerosidad). En

esenciales de la contratación, sino que son meras herramientas para su interpretación.”. (pág. 376 ídem). [Lo subrayado no es del texto original].

⁴³¹ Peña Ossa, Erleams de Jesús. Delitos contra la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C., segunda edición. 2005. Páginas 202 a 205.

⁴³² Mesa Nieves, Luis Eduardo. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2002. Páginas 156 y 157.

segundo lugar, existen unos contratos especiales respecto de los cuales la ley de contratación pública, exige unos requisitos y procedimientos que hacen parte de su esencia, tales como los de concesión, telecomunicaciones y de crédito.

El profesor CORREDOR BELTRÁN⁴³³, cuestiona duramente la cualificación del ingrediente normativo realizado por el legislador penal extraordinario mediante el Decreto 141 de 1980, quien creó un tipo en blanco de muy compleja comprensión que un sector de la doctrina denomina *tipo penal indeterminado*, el cual lesiona el principio de tipicidad. Agrega que los tipos indeterminados, son aquellos donde el legislador, traicionando su potestad de reserva legal y de determinación de los delitos, establece cláusulas vagas o generales de valoración o el reenvío a textos extrapenales complejos, con las cuales termina delegando al juez la competencia de identificar claramente el ingrediente normativo, lo que denomina FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, como “tipos en blanco absoluto” o de “reenvío genérico”.

Por ello sostiene que el Estatuto de Contratación Administrativa no estableció los elementos esenciales de los contratos estatales y de acudir al derecho privado por integración normativa, tampoco se resuelve la indeterminación típica objeto de controversia. Que ello supone la presencia de un *reenvío general* característico de los tipos abiertos, clara remisión *in totum*, que según la opinión de la doctrina extranjera restringe la aplicación de las normas en blanco por falta de concreción y por consiguiente, contraviene los principios de legalidad y de reserva legal en el derecho penal. Situación que -en la praxis- deja en libertad al operador judicial (investigador o juez), con precaria formación en contratación estatal, para suplir interpretativamente el vacío legal, generando una “dictadura judicial”⁴³⁴.

Para IBÁÑEZ GUZMÁN y BARBOSA CASTILLO, la jurisprudencia hasta ese momento venía aplicando los requisitos de forma establecidos para los contratos de la Administración Pública, conforme al derogado Estatuto de Contratación (D.L. 222 de 1983) y las normas especiales de las antiguas intendencias; sin embargo sentaron su disenso ante a esa práctica judicial, atendiendo que si el legislador de manera expresa incluyó el adjetivo “*esenciales*”, era porque quiso restringir la conducta prohibida a los casos más relevantes de inobservancia de los requisitos legales en la contratación estatal. Por ello concluyeron que mientras el legislador no

⁴³³ Corredor Beltrán, Diego. Reflexiones en torno al tipo penal de la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales. Revista No. 68 derecho penal y criminología. 2000. Vol. 21. Universidad Externado de Colombia. Páginas 44 y 45. Información obtenida de la página web: <http://revistas.externado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1121/1063>

⁴³⁴ *Ibidem*, página 47.

determinara específicamente los requisitos *esenciales* del contrato estatal, debía inaplicarse el tipo penal por violación al principio de tipicidad⁴³⁵.

Ambos juristas, al revisar el recién expedido Estatuto de Contratación Estatal (L. 80 de 1993), constataron que a diferencia de la regulación derogada, el nuevo Estatuto no enlistó los requisitos propios de la contratación administrativa, pues la Ley Contractual en los artículos 23 al 31, hacía referencia a los principios de la contratación pública, que evidentemente eran esenciales a la *actividad contractual*, pero penalmente insuficientes para la completud del ingrediente normativo del tipo. Visionaron lo grave que sería -mediante facilismo- acudir de manera directa a la aplicación de los principios de la contratación, porque si bien contienen requisitos esenciales no satisfacen el principio de estricta legalidad del delito⁴³⁶.

El profesor MATA LLANA CAMACHO⁴³⁷, tratadista de derecho administrativo, sin elevar crítica alguna sobre el tema, simplemente hace una síntesis de diversos casos examinados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia y la interpretación del máximo Tribunal respecto del elemento normativo del tipo penal, en los cuales reafirma que este presupuesto del delito lo constituye el principio de *legalidad* representado en la garantía de los principios y normas de carácter constitucional y legal que rigen la contratación estatal; entre ellos, los de selección objetiva, planeación, transparencia, economía y publicidad.

Otros tratadistas se mantienen al margen de la discusión y únicamente señalan las reglas especiales para el perfeccionamiento del contrato estatal, sin reafirmar ni infirmar la línea jurisprudencial sobre el particular⁴³⁸. En el trabajo de la Doctora SANDOVAL ESTUPIÑÁN⁴³⁹, sin adentrarse al problema de la definición de los

⁴³⁵ Pino Ricci, Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1996. Páginas 377 y 378.

⁴³⁶ *Ibidem*. Página 378. Sobre la aplicación de los principios contractuales como fundamento del tipo normativo, los profesores Augusto Ibáñez Guzmán y Gerardo Barbosa Castillo, expresaron: “...*Por manera que salvo mejor opinión, corresponde al legislador realizar una descripción clara de lo que se debe entender como requisito esencial de la contratación, evitando que el ingrediente normativo sea manipulado en vulneración del principio de reserva constitucional. Entonces, frente a dicha materia, la ley no posee solución a tan importante cuestionamiento. No obstante, si se insiste en su aplicación, podría acudirse a los antecedentes de la norma y darle categoría de requisitos legales esenciales a aquellos mencionados en el proyecto de 1978, esto es, la licitación, determinación de objeto, cuantía y plazo para la ejecución y el abono de anticipos sin la constitución de garantía previa. (...)*”.

⁴³⁷ Matallana Camacho, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública - Reforma de la Ley 80 de 1993. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. 2009. Páginas 1230 a 1237.

⁴³⁸ Mendoza Torres, Arnaldo. Los contratos de la Administración pública. Ediciones Uninorte. Barranquilla. Primera edición. 2004. Páginas 172 y 173.

⁴³⁹ Sandoval Estupiñán, Luz Inés. Contratación estatal y contratación en salud del Estado Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2009. Página 334.

requisitos legales esenciales del contrato estatal, se plantea la posibilidad de que en el trámite de la actividad contractual pueda estar presente el delito de fraude procesal, por tratarse de actuaciones administrativas en las cuales la autoridad competente expide decisiones que deben ajustarse a la ley. Lo cual se muestra como una opinión que en últimas presenta unos rasgos adicionales sobre los bienes jurídicos realmente amparados por el ordenamiento penal.

En la exposición de motivo que dio lugar al Estatuto de Contratación Estatal⁴⁴⁰, el Gobierno Nacional dejó advertido que a diferencia del régimen legal anterior y del derecho privado, una de las características sustanciales del entonces proyecto de ley, era la solemnidad de los *contratos escritos* donde se recoja el consenso sobre el objeto y la contraprestación de las partes, con la única excepción de situaciones extremas de urgencia manifiesta, en las que dada la inmediatez de la solución institucional, se autorizaba la ejecución del objeto contractual antes de elevar a escrito el acuerdo jurídico.

Si bien el tema no ha sido examinado por los expertos en contratación estatal con el rigor jurídico que la problemática presenta, resulta importante la posición de la ex Ministra de Justicia, como jurista en el Consejo de Estado⁴⁴¹, al diferenciar entre

⁴⁴⁰ Gaceta del Congreso No. 25 de septiembre 23 de 1992, en la que se publica la Exposición de Motivos del proyecto de ley presentado por el Gobierno Nacional a través del Ministerio de Obras Públicas y Transporte, que culminó con la actual Ley 80 de 1993. En cuanto a los requisitos de perfeccionamiento del contrato, textualmente se expuso: “...En este caso se estará en presencia de un contrato “solemne”. A diferencia del Decreto 222 de 1983, cuyo artículo 51 establece una serie de requisitos y condiciones para el perfeccionamiento del contrato, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos que le traza la adopción del postulado de la autonomía de la voluntad, consagró un único requisito formal. En efecto, los artículos 33 y 35 establecen que los contratos que celebren las entidades constarán por escrito. Es el escrito, entonces, el único requisito exigido para el perfeccionamiento del contrato estatal, en el cual se recogerá el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación...”.

⁴⁴¹ Al respecto en la aclaración de voto que hizo la entonces Consejera Ruth Stella Correa Palacio, en sentencia 15596 de febrero 18 de 2010 (C.P. Mauricio Fajardo Gómez), citando a Scongnamiglio, puntualmente concluyó: “...Siguiendo la doctrina citada y la jurisprudencia transcrita, cabe precisar los siguientes fenómenos jurídicos que le restan eficacia al negocio jurídico: i. El contrato al que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 892 y 898 del Código de Comercio... En cuanto a los elementos que estructuran los contratos del derecho privado, que son los mismos del contrato celebrado por la administración pública, se dividen en generales (capacidad de las partes, consentimiento, objeto y causa, artículo 1502 del Código Civil, cuya validez son también imprescindibles para su eficacia, como se verá más adelante); y específicos, que a su turno, se clasifican en esenciales, naturales y accidentales (artículo 1501 ejusdem). Desde el punto de vista específico, los elementos esenciales del contrato se refieren al contenido mínimo legal impuesto que resulta de los términos de la ley a propósito de la definición del negocio jurídico en concreto, y contra los cuales nada puede la autonomía negocial por el carácter imperativo de las normas que la previenen, so pena de inexistencia o conversión (...). ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero tiene un vicio congénito y concluyó de manera irregular por contrariar o

existencia y validez de los contratos, señala que: “...[e]l negocio inexistente de entrada no cuenta con efecto alguno; en cambio, el negocio inválido alcanza a existir y surte efectos, pero ellos son susceptibles de ser aniquilados por los motivos previamente establecidos en el ordenamiento jurídico...”. Criterio de gran valor para distinguir los requisitos de existencia, eficacia y validez del contrato.

2.3 Criterio del Consejo de Estado

La jurisprudencia del Consejo de Estado⁴⁴², Tribunal competente para examinar la legalidad de la contratación pública, a partir del auto de 27 de enero del 2000, expediente número 14935, ha mantenido la postura según la cual *“los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”*; empero, en el aspecto presupuestal se evidencian grandes diferencias conceptuales, en cuanto a si el certificado de disponibilidad (CDP) y el registro presupuestal (RP), constituyen requisitos de nacimiento del contrato. En el año 2005, la jurisprudencia rectifica su criterio y señala que el CDP era un acto preparatorio a la contratación y por el contrario, el registro presupuestal sí constituía un requisito de perfeccionamiento del contrato.

Un año más tarde, el Consejo de Estado profiere una sentencia en la que vuelve y rectifica su postura⁴⁴³, advirtiendo que la ausencia de registro presupuestal no

vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil) es inválido, por valoración negativa posterior, esto es, nulo o anulable dependiendo de que el vicio esté calificado legalmente como de nulidad absoluta o como nulidad relativa, sanción legal que en uno u otro evento requiere de declaración judicial (artículos 1502 y 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993). ...”.

⁴⁴² Sección Tercera. Sentencia de junio 23 de 2005. Expediente 12846. Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar. Al respecto, el alto Tribunal, puntualizó: “...En este sentido, no constituye entonces requisito de existencia ni de perfeccionamiento del contrato, pues se trata de un acto de constatación presupuestal propio de la administración, que como se indicó, es de carácter previo inclusive a abrir la licitación, concurso o procedimiento de contratación directa. Por el contrario, el registro presupuestal sí constituye un requisito de perfeccionamiento del contrato, lo cual se extrae del inciso segundo del mismo artículo 49 de la Ley 179 de 1994, ...”.

⁴⁴³ Sección Tercera. Sentencia de septiembre 28 de 2006. Expediente 15307. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. En cuanto a los requisitos esenciales del contrato estatal, la Corporación precisó: “...De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se producen cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: ‘acuerdo sobre el objeto y la contraprestación’ (elementos sustanciales) y también que ‘este se eleve a escrito’ (elemento formal de la esencia del contrato). Al efecto cabe tener en lo afirmado por Marienhoff, para quien, como regla “puede afirmarse que el contrato queda ‘perfeccionado’ cuando se produce el acuerdo o fusión de voluntades entre las partes’). De conformidad con lo expuesto se tiene que, según lo previsto en la Ley 80 de 1993, el contrato es perfecto cuando se han cumplido las condiciones para su

produce la inexistencia del contrato estatal, sino que determina su inejecución; pero además, apoyado en la doctrina foránea y en el Estatuto de Contratación (artículo 41), el alto Tribunal de lo contencioso administrativo, de manera enfática define que los elementos esenciales del contrato público son: “...‘*acuerdo sobre el objeto y la contraprestación*’ (elementos sustanciales) y también que ‘*este se eleve a escrito*’ (elemento formal de la esencia del contrato)...”. Decisión que tuvo dos aclaraciones de voto, donde los disidentes manifestaron que consideraban que el registro presupuestal sí era otro elemento de perfeccionamiento del contrato.

En el año 2007⁴⁴⁴, el Consejo de Estado hace un profuso estudio en contratación administrativa, y su fuente del derecho privado, para afinar que los requisitos esenciales del contrato son el objeto y la contraprestación a los que alude el artículo 1601 del Código Civil, sin los cuales el negocio no nace a la vida jurídica y por ello no requiere declaración de invalidez, por ser ineficaces de pleno derecho según disponen los artículos 897 y 898 del Código de Comercio. Mientras que en los requisitos de validez, el contrato nació a la vida jurídica por haber recorrido las reglas de definición jurídica para su formación, pero concluyó de forma irregular por contrariar las condiciones de validez (capacidad, consentimiento exento de vicios, causa y objeto lícito), requiriendo por consiguiente declaración judicial.

existencia, esto es, al recorrer su definición, porque concurren sus elementos esenciales, sin perjuicio de que puedan existir condiciones o plazos que suspendan su ejecución...”.

⁴⁴⁴ Sección Tercera. Sentencia de marzo 8 de 2007. Expediente 15052. Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio. En cuanto a los requisitos esenciales del contrato estatal y su diferencia con los de validez, el alto Tribunal precisó: “...*En suma, la ineficacia lato sensu de un negocio jurídico se refiere a su carencia de efectos, por motivos diferentes que versan sobre la carencia de los elementos para su nacimiento –inexistencia-; o por predicarse del mismo defectos, distorsiones, vicios o irregularidades –invalidez-; o por circunstancias que le inhiben relevancia –condiciones o situaciones subordinantes- según se trate, que emergen de un juicio negativo. De ahí que, para que un contrato sea patrocinado por el ordenamiento jurídico y en consecuencia produzca los efectos perseguidos por las partes con su celebración, tiene que cumplir con los elementos, requisitos y las formalidades constitutivas que prevén las normas jurídicas en orden a su formación o nacimiento, así como aquellos necesarios para su regularidad, de suerte que de verificarse la totalidad de los mismos, se reputa su existencia y validez, que le permite satisfacer la función práctico social que está llamado a cumplir. Contrario sensu, en el evento de carecer o no reunir todos los elementos o requisitos esenciales previstos por el orden jurídico, el contrato puede ser inexistente o resultar inválido por ser valorado negativamente, según el caso, y no está llamado a producir ninguno de los efectos de los deseados de acuerdo con el primer calificativo o éstos pueden ser truncados según el segundo, dependiendo de la índole del mismo así: i. El contrato que le falta un elemento o requisito esencial se le resta cualquier eficacia jurídica, porque es inexistente y, por ende, ineficaz de pleno derecho, sin necesidad de declaración judicial, tal y como se puede colegir de los artículos 1501 del Código Civil, 897 y 898 del Código de Comercio. ii. El contrato que alcanza a nacer, porque recorrió con la definición prevista por las normas jurídicas para su formación, pero concluyó de manera irregular por contrariar o vulnerar alguna norma o requisito que determina su validez (1502 y ss. del Código Civil), es nulo por valoración negativa posterior o anulable bien por nulidad absoluta o por nulidad relativa, lo cual requiere de una declaración judicial que así señale esta sanción legal (artículos 1740 y ss. del Código Civil, 899 y ss. del Código de Comercio, 44 de la Ley 80 de 1993)...”.*

En el año 2008 y siguiendo la misma línea de pensamiento frente a los requisitos esenciales del contrato estatal⁴⁴⁵, el Consejo de Estado reitera su jurisprudencia en cuanto a que los requisitos esenciales son el acuerdo de las partes sobre el objeto y la contraprestación, además de la instrumentación escrita del negocio público por constituir formalidad “*ad substantiam actus*” para su nacimiento⁴⁴⁶ y consecuentes efectos jurídicos, y se reafirma que el registro presupuestal es un requisito para su ejecución y no esencial para su existencia.

Por su parte, la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema⁴⁴⁷, opuesta a la línea jurisprudencial trazada por el Consejo de Estado, expresó que el registro presupuestal y los principios básicos de la contratación pública son elementos esenciales del contrato estatal, en el entendido que la legalidad del gasto, entra a ser un requisito de perfeccionamiento de la relación negocial de la administración y se materializa en la existencia del rubro y el registro presupuestal. Con lo cual, se enfrentan las tesis de los altos tribunales de la justicia, en torno al tema.

⁴⁴⁵ Sección Tercera. Sentencia de julio 30 de 2008. Expediente 15079. Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra. En esta jurisprudencia se afirmó: “...*A diferencia de lo dispuesto en el decreto ley 222 de 1983, la ley 80 de 1993 reguló el perfeccionamiento del contrato de una forma coherente con la significación gramatical y jurídica de este concepto, al disponer en su primer inciso que: ‘Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.*’. En tanto que en el inciso segundo reguló, en forma independiente, las condiciones para su ejecución, así: ‘Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.’. De conformidad con lo dispuesto en la precitada norma, la existencia y el perfeccionamiento del contrato estatal se produce cuando concurren los elementos esenciales del correspondiente negocio jurídico, definidos por el legislador como el: ‘acuerdo sobre el objeto y la contraprestación’ (elementos sustanciales) y también que ‘éste se eleve a escrito’ (elemento formal de la esencia del contrato). El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que este nace a la vida jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal...” [Subrayas del texto original].

⁴⁴⁶ Reiterada por la misma Sala, en sentencia 15596 de febrero 18 de 2010, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁴⁷ Sentencia de casación No. 32679 de diciembre 14 de 2011, M. P. Dr. Javier Zapata Ortiz, en la cual se afirmó: “...*En este entendido, el registro, es un requisito legal esencial de los contratos administrativos. ... Estos parámetros realizan el principio de la legalidad del gasto público para contratar, temática sobre la cual y en esta misma orientación en sentencia de unificación jurisprudencial, la Sección Tercera del Consejo de Estado (Sentencia de 23 de junio de 2005, radicación No. 12486), dentro de la acción de controversias contractuales, sobre el asunto consideró y concluyó, que éste constituye un requisito para el perfeccionamiento de los contratos administrativos, por ende de su esencia...*”.

III. ANÁLISIS DE LA POSICIÓN JURISPRUDENCIAL DOMINANTE

A fin de no redundar en temas agotados en precedencia, ni caer en argumentos tautológicos e ininteligibles, la posición pacífica delineada desde casi trece años por la jurisprudencia, podría representarse de la siguiente forma: *“El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite [contratación] sin la observancia ...[de los principios y valores que orientan la contratación pública o de los requisitos de validez]..., o... celebre [el contrato]⁴⁴⁸ o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en...”*. Al respecto, se advierte lo siguiente:

3.1 En cuanto a la determinación judicial del tipo normativo

En primer lugar, de acuerdo con la teoría general de los contratos, la capacidad, el consentimiento exento de vicios, el objeto y la causa lícita son presupuestos de validez del contrato, no esenciales del mismo⁴⁴⁹. Por tanto, como decíamos en precedencia, cualquier intento teórico encaminado a fusionar o identificar esos dos requisitos sustantivos opuestos, con miras a la efectiva aplicación de un tipo penal complementario -de textura abierta y deficiente-, conllevaría al empleo de la analogía *in malam partem*, respecto del alcance de la norma extrapenal. Por lo cual, siendo la *claridad* una de las mayores garantías asociadas al principio de legalidad del delito, la vaguedad se convierte entonces en problema estructural del derecho penal y no en una simple cuestión hermenéutica⁴⁵⁰.

En segundo lugar, los principios son enunciados normativos generales y amplios del ordenamiento jurídico, a fin de orientar un comportamiento y solucionar un problema determinado. Evocan un valor, pero fundamentalmente contienen una estructura deóntica (deber ser), para la realización del derecho en su nivel óptimo. Tienen un carácter perpetuo e inacabado, por cuanto sus designios se mantienen en el tiempo aun cuando no definan totalmente la conducta, sino unas directrices

⁴⁴⁸ La expresión entre corchetes no hace parte del texto original y corresponde a una propuesta de este autor, con miras a delimitar la conducta prohibida que será objeto del análisis.

⁴⁴⁹ Considero que el profesor Bonivento Fernández incurre en aparente antinomia, al indicar que el *objeto* es “[o]tro de los requisitos ‘esenciales’ para la validez del contrato de compraventa,” y a renglón seguido sostiene que de faltar la *cosa* el contrato se reputa inexistente, pues la expresión “esenciales” no corresponde a la teoría general de los contratos ni al contexto de su producción intelectual. (Bonivento Fernández, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Ediciones Librería del Profesional. Décima Edición. Bogotá D.C., 1992. Páginas 15 y 56).

⁴⁵⁰ Molina Fernández, Fernando. La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2007. Página 33.

para cumplirse en la mayor medida posible⁴⁵¹. Es decir, los principios son normas que buscan regular en la mayor medida posible determinadas eventualidades jurídicas y fácticas, siendo “*mandatos de optimización*”⁴⁵² *prima facie*.

Por ello, si una de las características fundantes del principio de tipicidad del delito es la taxatividad, claridad y univocidad del comportamiento prohibido, pretender que el supuesto de hecho del tipo en blanco, se halle en los principios basilares de la estructura operativa de la Administración Pública (normas de optimización), y no en reglas específicas de determinación que le permitan a los destinatarios conocer el sentido completo de la prohibición penal y de contera el alcance de la amenaza de pena, podría constituir un claro desconocimiento del principio de estricta legalidad, no obstante el consenso sobre los tipos dinámicos.

Para reforzar la tesis anterior, no olvidemos que ya la Corte Constitucional tuvo oportunidad de examinar el alcance normativo de los principios de la contratación estatal como fundamento de tipicidad de las faltas en el derecho disciplinario, y concluyó que pese al carácter abierto de las normas disciplinarias, los principios como normas de derecho por sí solos “*no pueden servir de instrumento para la descripción de los comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias dada su vocación normativa de carácter general*”, resultando manifiestamente contrarios a la concreción y especificidad que se requiere para la tipificación de las conductas prohibidas⁴⁵³. Si este problema dogmático fue analizado en el campo disciplinario, mayor aplicación tiene en el derecho penal, donde está en conflicto la libertad.

⁴⁵¹ Lorenzetti, Ricardo Luis. Fundamentos de Derecho y Razonamiento Judicial. Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 26. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., 2011. Páginas 187 a 189.

⁴⁵² Alexy, Robert. Derecho y Razón Práctica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Segunda reimpresión corregida. México. 2002. Página 13.

⁴⁵³ En la sentencia C-818 de agosto 9 de 2005, expediente No. D-5521, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, en cuanto a la aplicación de los principios de la contratación estatal como fundamento de tipicidad de la falta disciplinaria, puntualizó: “...18. Como se expuso con anterioridad, en el ámbito disciplinario las garantías constitucionales de los principios de legalidad y tipicidad imponen al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables disciplinariamente y las sanciones en las que se incurrirá por quien cometa alguna de dichas conductas prohibidas, pues sólo de esa manera se cumple una función verdaderamente garantista y democrática, dirigida a proteger la libertad de las personas y asegurar la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, porque la norma en cuestión no determina con claridad la conducta reprochada, o porque no fija los criterios para su determinación o porque resulta tan excesivamente general y ambigua que no permite especificar y concretar los comportamientos prohibidos, la norma en cuestión debe ser declarada inconstitucional, y por ende, retirada del ordenamiento jurídico. En el asunto en concreto, una lectura detenida del precepto legal demandando permite establecer, sin la menor duda, que la tipificación de la conducta es vaga, deficiente y lesiva de las garantías fundamentales del debido proceso del sujeto disciplinado, ya que se establece como falta gravísima el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa en la etapa precontractual y en la actividad contractual del Estado, sin que se concrete en ella de manera taxativa y específica el tipo de conductas que dan lugar a la

Un segundo reparo radica en que en el ámbito constitucional los principios deben apreciarse en el aspecto deontológico, mientras que los valores, como categoría suprema, desde el punto de vista axiológico. Ello implica que no necesariamente los principios tengan la misma naturaleza en el esquema iusfilosófico, pues como normas deontológicas ellos están desprovistos de imperativos y de contera sólo sirven para la creación de las leyes y la labor interpretativa de los jueces, en tanto que mirado como normas preceptivas, los principios organizan las instituciones del Estado, determinan las competencias de éstas y de las autoridades⁴⁵⁴. Al revisar el artículo 209 Constitucional, sobre el funcionamiento del Estado, se advierte su contenido deóntico o de imperativo abstracto, por encima de valores supremos.

En consecuencia, la aplicación del tipo penal en la forma como lo precisó la jurisprudencia, enfrenta los principios orgánicos de la Administración Pública que los hace extensivos a la contratación estatal, con dos de los principios axiológicos fundantes del Estado Social de Derecho como son el de libertad y el de la estricta legalidad del delito (debido proceso). Tensión ante a la cual, el *Estado legislador* debe garantizar eficacia de los derechos fundamentales, y por su parte el *Estado juez* debe interpretar el derecho siempre a favor de tales derechos⁴⁵⁵. De otro lado, los principios de la Administración Pública no tienen carácter axiológico como tal en el modelo del Estado Social de derecho, pues simplemente son el *medio* o lineamientos generales para garantizar de los cometidos institucionales.

configuración del comportamiento prohibido. En este orden de ideas, el legislador al intentar ampliar el catálogo de infracciones disciplinarias, mediante el señalamiento como falta gravísima del desconocimiento de los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, incurre en una flagrante vulneración de los principios de legalidad y tipicidad que rigen el ejercicio del derecho punitivo del Estado, pues como previamente se expuso, los principios en cuanto normas jurídicas, por sí solos, sin más, no pueden servir de instrumento para la descripción de los comportamientos constitutivos de faltas disciplinarias dada su vocación normativa de carácter general, por la cual resultan manifiestamente contrarios a la concreción y especificidad que se requiere para la tipificación de las conductas prohibidas en el campo disciplinario. Además es claro que dada la textura abierta de sus mandatos, el precepto legal acusado deja a la libre apreciación subjetiva del funcionario que ejerce la potestad disciplinaria, el juicio acerca de la realización o no de la conducta prohibida, pues ante la ausencia de una definición legal, y del señalamiento de pautas y criterios que permitan entender cuáles son y en qué consisten los principios cuyo desconocimiento en el ámbito contractual del Estado sugieren la imposición de una sanción disciplinaria; se estaría, en últimas, facultando automáticamente al funcionario investigador para imponer la pena prevista en las normas disciplinarias, sin importar cuál sea la actuación realizada, y si la misma deba ser objeto o no de reproche a título de falta gravísima, dentro de las cuales, según lo ha reconocido esta Corporación, deben consagrarse exclusivamente aquellos comportamientos esencialmente graves derivados del incumplimiento de los deberes funcionales de los servidores públicos. ...”.

⁴⁵⁴ Echeverri Uruburu, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Ediciones Librería del Profesional. quinta Edición. Bogotá D.C., 1997. Página 300.

⁴⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-587 de noviembre 12 de 1992, expediente No. D 055, M.P. Ciro Angarita Barón.

En tercer lugar, la determinación jurisprudencial de un catálogo de requisitos legales propios de la contratación estatal, formulados para rescatar la utilidad de un precepto ambiguo, en aras de contrarrestar uno de los factores generadores de corrupción administrativa violaría el principio de *reserva de ley*, como limitante del poder punitivo del Estado, especialmente en lo que respecta a la potestad de configuración normativa del legislador para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado, pues la precisión del *supuesto de hecho* del tipo complementario, fue el resultado de una actividad intelectual del poder judicial y no de la discusión democrática del legislador⁴⁵⁶.

Finalmente, debido a la complejidad de las normas de contratación administrativa y la propensión cambiante de ese ordenamiento especial, sostener el dogma según el cual los requisitos esenciales del contrato de derecho público se extraen de los principios generales y fundantes de la Administración Pública⁴⁵⁷ y que *“leer en la norma algo diverso a que los principios constitucionales subyacen a las actividades de tramitación, celebración y liquidación de los contratos, resulta vano y necio”*⁴⁵⁸, desatendería la eficacia del derecho penal en su función preventiva general, por cuanto difícilmente los ciudadanos podrían reconocer el objeto de la prohibición; amén de la amplia potestad de interpretación en los jueces que daría lugar a excesos. Sería un derecho penal para la comprensión de unos cuantos⁴⁵⁹.

Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado⁴⁶⁰ ha insistido en que la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional no es absoluta, pues tiene su límite y ámbito de acción en la Constitución y en la ley, a las cuales debe sumisión y respeto, no siéndole permitido desconocer tales preceptos, suprimirlos, restringirlos, alterarlos, ampliarlos, adicionarlos o modificarlos, porque ello entrañaría invadir la órbita

⁴⁵⁶ El artículo 124 de la Carta Política, dispone: “Artículo 124. La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”.

⁴⁵⁷ Para Streck: “es erróneo pensar que los principios constitucionales representan la positivación de los valores. El derecho es un sistema que consiste en reglas (preceptos) y principios. Ambos son normas. La diferencia entre la regla y el principio es que éste está contenido en ella, la atraviesa, rescatando el mundo práctico. (...) La regla no existe sin el principio. Del mismo modo, no hay principio que pueda ser aplicado sin el cruce de una norma.”. (Streck, Lenio Luiz. *Hermenéutica y Decisión Judicial*. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá – Colombia. 2013. Página 33).

⁴⁵⁸ Sala de Casación Penal, en sentencia U.I. No. 17.088 de diciembre 19 de 2000, M.P. Álvaro Pérez Pinzón.

⁴⁵⁹ Al respecto de los límites al *ius puniendi*, la Corte Constitucional en sentencia C-996 de agosto 2 de 2000, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonel, expresó: “...El límite al poder punitivo del Estado, en lo relativo a asegurar el principio de legalidad, se refleja como garantía de objetividad, pues la finalidad perseguida con la determinación de los hechos punibles consiste en que sean previsibles para el ciudadano los presupuestos de punibilidad y la clase de pena imponible para reprimir la conducta ilícita...”.

⁴⁶⁰ Sección Tercera, sentencia de abril 1º de 2009, expediente No. 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

constitucional de competencia del Legislador. Criterio que viene dando origen al cambio de las normas reglamentarias de los principios de la actividad contractual de la Administración y por ende ocasionan inseguridad jurídica. No obstante, hay casos donde estos reglamentos sustentan algunas condenas⁴⁶¹, pese a reconocer la jurisprudencia que la remisión es *impropia*, o sea, reenvío a un precepto legal.

3.2 En cuanto a la tesis unitaria del contrato estatal

Otro tema que anima a la revisión dogmática de la jurisprudencia imperante, es la precisión sobre el modelo teórico de contratación adoptado con el nuevo Estatuto de Contratación. Esto es, si con la Ley 80 de 1993 se acogió la teoría unitaria de la contratación administrativa, como lo expuso la Corte Suprema de Justicia⁴⁶², o si por el contrario se presenta una integración normativa entre las reglas del contrato administrativo y el privado en favor del interés general, como indica SANTOFIMIO GAMBOA⁴⁶³ y anunciamos al inicio de esta investigación.

Para EXPÓSITO VÉLEZ, pese a los esfuerzos por concebir una teoría contractual propia del derecho administrativo, las reglas del derecho privado están presentes en el contenido de los contratos estatales⁴⁶⁴, resultando impropio admitir la existencia de una nueva legislación exclusiva del derecho administrativo. En criterio de la Corte Suprema, los contratos celebrados por las entidades públicas, cualquiera sea su naturaleza, conforman una categoría única (criterio de la naturaleza unitaria de los contratos), bajo la denominación de contratos estatales, entendiéndose por tales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren aquéllas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ Sala de Casación Penal, sentencia de diciembre 18 de 2006, radicado U.I. No. 19.392, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia de casación No. 23765 de febrero 28 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. En el mismo sentido mediante sentencia U.I. No. 23543 de julio 11 de 2007, M.P. Álvaro Pérez Pinzón, la Corte determinó que era esencial en el contrato de menor cuantía, la invitación pública mediante la fijación de aviso.

⁴⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de agosto 20 de 1998. Radicación 10.295. Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll.

⁴⁶³ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV – Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión. 2006. Página 41.

⁴⁶⁴ Expósito Vélez, Juan Carlos. La configuración del contrato de la administración pública en derecho colombiano y español – Análisis de la selección de contratistas. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. 2003. Página 255.

⁴⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de agosto 20 de 1998. Radicación 10.295. Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll.

A partir de este *criterio unitario*, la jurisprudencia considera que para la tipicidad no es necesario que el contrato celebrado pertenezca a una categoría determinada o esté regulado por un régimen jurídico específico, pues lo trascendente sería que lo celebre el servidor público en ejercicio de sus funciones y sin el cumplimiento de sus requisitos esenciales.

Por consiguiente, la aplicación del tipo normativo, es ampliada a cualquier tipo de contrato celebrado por las entidades públicas, bien sea de derecho administrativo, de derecho común o de regulación especial.

Ese criterio implica, la expansión del tipo penal -y con ello recurrir a la analogía prohibida⁴⁶⁶- a ciertas entidades públicas que si bien se rigen por los principios generales de la función administrativa, por su naturaleza fueron excluidas del Estatuto Contractual, para regularse por el derecho privado⁴⁶⁷, como hospitales, empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, entidades financieras y de seguros del Estado, entidades del sector Defensa, empresas oficiales que desarrollan servicios de telecomunicaciones y televisión, entidades que desarrollan actividades de exploración y explotación de recursos naturales, y las entidades de Ciencia y Tecnologías⁴⁶⁸, entre otras.

⁴⁶⁶ Al analizar una jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, relativa a la facultad interpretativa de los jueces respecto de los ingredientes normativos del tipo, el profesor González Cussac, puntualizó: “...*Por último, en una tercera etapa, el TC por fin ha dejado sentado que cualquier elemento contenido en una norma penal es, valga la redundancia, una norma penal. Y ello con independencia de que se trate de un elemento que no defina conductas sancionables: porque como es evidente, también de su interpretación depende la aplicación de ius puniendi del Estado.... Este giro evolutivo en la doctrina del TC ha determinado que el canon constitucional de análisis de las quejas que denuncian indebida aplicación de las normas penales, cualquiera sea su naturaleza sea hoy más riguroso, puesto que exige una mayor sujeción del Juez a la ley en el momento de su aplicación. ...*”. (González Cussac, José Luis. Política Criminal, Reglas de Imputación y Derechos Fundamentales. Grupo Editorial Ibáñez – Universidad Santo Tomás. Primera edición. Bogotá D.C., 2007. Página 289).

⁴⁶⁷ En cuanto a la facultad interpretativa de los jueces penales, la Corte Constitucional en sentencia C-996 de agosto 2 de 2000, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonel, expresó: “...*El juicio de tipicidad que el operador jurídico realiza le permite analizar en qué condiciones cuando una conducta se adecua a uno u otro tipo delictivo y cuando no. En este sentido, corresponde al investigador o al juzgador determinar qué tipo de imputación en relación con la persona vinculada al proceso penal, deriva en un hecho punible. La responsabilidad penal que se atribuye a un sujeto determinado, comienza por el proceso de adecuación típica, el cual dicho en otras palabras, es un juicio de tipicidad por parte del operador jurídico. Debe luego, debe (sic) considerarse que el funcionario judicial, debe hacer la interpretación de los tipos penales en forma estricta, lo cual significa que no le está permitido hacerla en forma extensiva o restringida....*”.

⁴⁶⁸ Sandoval Estupiñán, Luz Inés. Contratación estatal y contratación en salud del Estado Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2009. Páginas 44 a 48.

3.3 En cuanto al elemento normativo del tipo y la teoría del error

El profesor VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ⁴⁶⁹, define el error como una discordancia entre la conciencia del agente y la realidad, donde el agente se representa de manera equivocada ante lo existente. Considera que *“el error es de tipo cuando el momento cognoscitivo del dolo no abarca el aspecto objetivo del supuesto de hecho en la forma requerida por cada figura”*, lo cual se traduce en atipicidad de la conducta, mientras que el error de prohibición recae sobre la conciencia de la antijuridicidad y por ende afecta la culpabilidad.

Tratadistas como SALAZAR MARÍN⁴⁷⁰, abren el debate a partir de la definición generalizada según la cual el error de tipo *“es el que recae sobre los elementos objetivos del tipo, que son los descriptivos y normativos”*. Este autor, después de una larga disertación teórica sobre el tema, discrepa de la doctrina dominante en especial de los finalistas, y llega a la conclusión que el error sobre los *elementos normativos* del tipo, no es de tipo sino de prohibición, por cuanto la discordancia se presenta en la comprensión del concepto valorativo o significado jurídico.

El profesor DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁴⁷¹, luego de un estudio acucioso sobre diversas corrientes en la teoría del error sobre los elementos normativos del tipo, destaca que dentro de éstos se encuentran presentes unos *elementos teóricos o cognitivos* del tipo y otros elementos de *valoración global y leyes penales en blanco*. El primer grupo de elementos alude a los conocimientos extralegales, contenidos en reglas de experiencia y de técnicas, en tanto que el segundo, hace relación en primer lugar, al conjunto del ordenamiento jurídico para establecer los presupuestos objetivos de la antijuridicidad (valoración global), propios de los tipos abiertos, y en segundo lugar, a las normas jurídicas de reenvío necesarias para determinar los supuestos de hecho de la conducta prohibida.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO⁴⁷² parte de la teoría restringida de la culpabilidad y frente a al error sobre las leyes penales en blanco, sostiene que debe separarse del

⁴⁶⁹ Velásquez Velásquez, Fernando. Manual de Derecho Penal – Parte General. 3ª edición. Librería Jurídica Comlibros. Medellín – Colombia. 2007. Páginas 309 y 310.

⁴⁷⁰ Salazar Marín, Mario. Injusto Penal y Error. Segunda reimpresión, 2003, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Páginas 163 y 164.

⁴⁷¹ Luzón Peña, Diego-Manuel; Mir Puig, Santiago; Díaz Y García Conlledo, Miguel; Silva Sánchez, Jesús-María. Cuestiones actuales de la teoría del delito (Monografía). Mc Graw Hill. España. Primera edición, 1999. Páginas 71 a 75.

⁴⁷² Luzón Peña, Diego-Manuel; Mir Puig, Santiago; Díaz Y García Conlledo, Miguel; Silva Sánchez, Jesús-María. Cuestiones actuales de la teoría del delito (Monografía). Mc Graw Hill. España. Primera edición, 1999. Páginas 109 y 110.

dolo tanto los elementos típicos descritos (total o parcialmente) por la norma de remisión o complemento, como la existencia misma de ésta. De suerte que la existencia de la norma complementaria sólo hará parte del dolo cuando así se desprenda del sentido del tipo. En tal sentido, el error sobre el supuesto de hecho y la existencia de la norma complemento afecta el ingrediente normativo del tipo y de contera, genera la ausencia de tipicidad objetiva. Pero, aún no queda claro en qué eventos la *existencia* de la norma abarcaría o no el dolo, pues tal suceso, -y en especial siendo un *reenvío impropio*- podría ser un error de prohibición⁴⁷³.

Para MIR PUIG, todo error en un elemento normativo del tipo, así sea de derecho debe considerarse como un error sobre el supuesto de hecho constitutivo de la infracción penal, y por consiguiente, es un error de tipo. Sostiene que el error de prohibición, es el que reside sobre la ilicitud del hecho⁴⁷⁴. Conviene la precisión de este tratadista, por cuanto para nuestro estudio la norma núcleo es la que contiene la conducta prohibida, mientras que la norma de complemento expresa mandatos de derecho referidos a los requisitos que se exigen para el trámite, celebración y la liquidación de los contratos estatales. Bajo esa óptica habría una mayor claridad teórica respecto de configurarse un error de tipo, al no recaer la equivocación en la ilicitud del supuesto de hecho, sino sobre un elemento estructural del mismo.

Para el profesor FILEMÓN TORRES, la equivocación en la subsunción jurídica o en la valoración normativa, es por lo general un error de prohibición, siempre que la comprensión del objeto o de la circunstancia fáctica no dependa esencialmente de una adecuada valoración jurídica, pues en tal situación desaparecería el dolo, por falso conocimiento del supuesto de hecho, y por consiguiente, se configuraría un error de tipo subjetivo y no sobre el ilícito propiamente dicho⁴⁷⁵.

El actual Código Penal, regula el error de tipo en el numeral 10 del artículo 32, bajo el título genérico de causal de ausencia de responsabilidad. Dentro del mismo numeral se encuentran dos hipótesis que *extinguen* o *modifican* la pena, bien por tratarse de un error invencible o vencible, respectivamente. No obstante, la textura abierta de la norma complementaria -por la interpretación expansiva impuesta por la jurisprudencia- y la ambigüedad del tipo nuclear, hacen del tipo normativo en

⁴⁷³ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Página 871.

⁴⁷⁴ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Reppertor, S.L., impreso por Tecfoto, S.L. Reimpresión de la quinta edición. Barcelona España. 2007. Página 572.

⁴⁷⁵ Torres Vásquez, Filemón. El error en el Derecho Penal Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Monografías – Módulo Penal 9. Universidad Santo Tomás. Bogotá D.C., 2007. Páginas 128, 129.

estudio que sea absolutamente inoperante la teoría del error, pues ni siquiera se tienen en cuenta la especialidad, incomprensibilidad e inestabilidad de las normas contractuales, ni el hecho de que en la mayoría de los casos los representantes legales de las entidades estatales, actúan supeditados a los comités asesores⁴⁷⁶.

3.4 En cuanto a la autoría y participación

Empecemos por superar las teorías sobre los delitos de dominio del hecho y de infracción de deber, por no ser objeto de esta investigación. El punto de partida será esta última teoría por responder de forma satisfactoria varios inconvenientes dogmáticos relacionados con los delitos de funcionarios y delitos especiales. Para el caso específico del tipo en estudio, ROXIN señala que la autoría constituye una infracción de un deber extrapenal imputable solamente al autor (*intraneus*), no extensible a todos los partícipes, pues aún cuando éstos dominen el acontecer causal, sólo podrán responder como cómplices, al no tener el deber de lealtad antepuesto a la norma penal, exigible sólo al *intraneus*⁴⁷⁷.

Respecto de la coautoría⁴⁷⁸, ROXIN plantea que en los delitos de funcionarios la infracción de deber tiene una estructura dogmática propia, pues se requiere el quebrantamiento conjunto de un deber *común* por parte de varios funcionarios. Con lo cual, el sólo acuerdo de voluntades varios de funcionarios con distribución de tareas y dominio del hecho simplemente configura complicidad, pues para la coautoría se requiere la defraudación de deberes específicos comunes a todos.

Para JAKOBS, quien parte de una teoría normativista del delito opuesta al estudio de acciones y omisiones, hace una distinción entre los deberes que emanan de la organización exigible objetivamente a todos y los deberes que proceden de la

⁴⁷⁶ En la sentencia U.I. 18.029 de noviembre 5 de 2008, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Dr. José Leonidas Bustos Martínez, se abstuvo de acusar a un ex Presidente de la Cámara de Representante por el injusto de contrato sin cumplimiento de requisitos legales y en cambio lo condenó por peculado culposo, por cuanto consideró que la Directora Administrativa de esa Corporación era la responsable del primer delito y de un peculado por apropiación, mientras que el ex Congresista fue declarado autor de peculado culposo, porque en su calidad de ordenador del gasto omitió el rol de vigilancia a su cargo, violando con ello el deber objetivo de cuidado. Pienso que la Corte desconoció el principio de *unidad de imputación* frente al delito de peculado por apropiación, ya que dogmáticamente debía reconocer -al aforado-, la existencia de error de tipo *vencible* respecto de los mismos dos delitos que le imputaron a la Directora Administrativa, y con ello la condena por peculado imprudente se sustentaba en el remanente culposo previsto en el art. 32-10 del CP, y la abstención de cargos por celebración indebida de contratos del art. 410 *ibídem*, en la ausencia de modalidad culposa.

⁴⁷⁷ Roxin, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Traducción de la séptima edición alemana. Madrid – España. 2007. Página 387.

⁴⁷⁸ *Ibídem*. Página 391.

posición institucional de los funcionarios públicos, a los cuales ubica dentro de los delitos de infracción referidos al ámbito institucional, fundamentados en la lesión de un deber protegido institucionalmente. JAKOBS fundamenta la autoría de los delitos especiales en que *“el verdadero obligado especial responde como tal no por lo que realiza con los otros intervinientes, sino, de forma inmediata, por lo que le debe al bien”*. En esta corriente, rige el principio de un deber *altamente personal* y por consiguiente, toda forma de intervención converge en un autor único.⁴⁷⁹

A la concepción de JAKOBS arribaron muchas críticas, entre ellas las de BERND SCHÜNEMANN, quien comparte la posición de ROXIN de la separación de delitos de dominio y de infracción de deber, y por ende, las modalidades de autoría y participación que de ellas dimanar, afirmando que JAKOBS sostiene un regreso teórico a los conceptos unitarios de autoría y extensivo de autor, los cuales sólo tiene en cuenta para la medición de la pena. Además de considerar que JAKOBS fue contradictorio con su rechazo abierto a la teoría del dominio del hecho y su aceptación implícita de la misma, pese haber invocado un error de interpretación de sus críticos y nuevos argumentos de defensa a su postura radical⁴⁸⁰.

Descendiendo al tema de esta investigación, el fundamento de la autoría estriba en el reproche que normativamente se formula a la expedición de actos jurídicos donde concurren las voluntades de la Administración Pública representada por sus agentes, con miras a la realización de sus fines, de una parte, y por la otra, un particular o agente externo a la entidad pública, motivado en colaborar con esos cometidos y obtener la correspondiente utilidad económica. Si examinamos la celebración irregular de un contrato estatal, en la tesis de ROXIN el agente del Estado responderá como autor y el contratista como interviniente⁴⁸¹. Pero en la propuesta de JAKOBS ambos serían autores del delito, por defraudación de las expectativas institucionales que su rol de partes del contrato les imponía.

Sin embargo, más allá de los prolegómenos a favor de una y otra teoría, el delito de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales⁴⁸² -que tipifica

⁴⁷⁹ Lesch, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1995. Páginas 69 y 70.

⁴⁸⁰ Schünemann, Bernd. Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico – Penal. Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007. Páginas 196, 198 y 199.

⁴⁸¹ El profesor Suárez Sánchez, sigue la misma línea de pensamiento teórica (Suárez Sánchez, Alberto. Autoría. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá DC, 2007. Páginas 532, 533, 534).

⁴⁸² “Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión...”.

nuestro código penal-, desencadena mayores aristas a la problemática de los casos difíciles.

En efecto, surgen las siguientes reflexiones: ¿Por qué se conmina penalmente a un sujeto ajeno al cumplimiento de los deberes institucionales, con el simple argumento de la presencia de un nexo formal (firma del contrato) que lo une a la infracción de deber a cargo del *intraneus*? O, ¿por qué la atribución de responsabilidad penal se predica sólo de quien tiene la competencia para celebrar el contrato y no de los comités asesores que son los únicos con conocimientos especializados para salvaguardar el principio de legalidad de la contratación⁴⁸³?

En el primer planteamiento anterior, el deber específico de cumplir con los trámites *legales* de la contratación estatal, sería exclusivo de unos funcionarios que dentro de la institución están obligados normativamente (por leyes y reglamentos) al agotamiento de las etapas preparatorias, previas, conclusivas y ejecutorias que progresivamente guían la gestión y los resultados de la actividad contractual, por contar con conocimientos especializados y destrezas que incluso le permitieron -a través del mérito- el ingreso a la función pública⁴⁸⁴; mientras que el contratista, motivado por un aspecto objetivo (colaborar a los fines institucionales) y otro subjetivo (obtener una contraprestación), simplemente se adhiere a la actividad reglada de la entidad estatal⁴⁸⁵.

Bajo ese entendimiento, extender la responsabilidad penal del agente estatal al tercero que firma el contrato, –bien a título de partícipe (en la tesis de Roxin) o

⁴⁸³ En cuanto a la segregación de las competencias administrativas, mediante sentencia C-372 de mayo 15 de 2002, expedientes D-3770 y D-3775, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, expuso: “...7. *El funcionamiento de la administración pública está apoyado en tres principios: ‘división técnica del trabajo y especialización, complementariedad y jerarquía’.* La estructura funcional de las entidades públicas permite la participación de un conjunto de funcionarios que, en mayor o menor grado y/o número, intervienen en los procesos decisorios. El modelo de organización de las entidades públicas corresponde a la división de funciones por cargo (C.P., arts. 6º, 122 y 124), en donde no se encuentra la asignación individual de procesos sino más bien la participación fragmentada y acumulativa en procedimientos, lo cual hace que la decisión administrativa en una entidad estatal sea el resultado de una serie de etapas y actuaciones en las cuales participan varios empleados, en ocasiones de diferentes dependencias...”.

⁴⁸⁴ Sobre el particular, en la citada sentencia C-372 de mayo 15 de 2002, la Corte Constitucional, precisó: “...Es el caso de la contratación estatal pues, en consideración a la naturaleza de la función, la celebración de un contrato estatal está precedida de un complejo, detallado y acumulativo proceso de participación de funcionarios y especialistas, en ocasiones también de particulares, orientados todos ellos por una visión parcial del resultado que persigue la entidad, con cuya labor se estructura progresivamente la decisión a adoptar.....”.

⁴⁸⁵ Sin embargo, en sentencia C-1122 de noviembre 12 de 2008, expediente D-7271, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, avaló la interpretación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que únicamente el particular que actúa como coautor de delito especial tiene la calidad de interviniente y con ello, el beneficio de rebaja de una cuarta parte de la pena.

incluso como coautor (en la de Jakobs)- quien llega a la Administración motivado por legítimos intereses y cuyos deberes institucionales (cumplimiento del objeto contractual) surgen a partir de la formalización del contrato y no antes⁴⁸⁶, podría significar una *responsabilidad objetiva*, toda vez que se le reprocha simplemente el haber concurrido a la firma de un contrato con el servidor público, sin importar los elementos cognitivos ni volitivos del dolo.

Sumado a lo anterior, no existen criterios precisos de imputación contra el agente institucional, la sola relación normativa con la actividad contractual lo sitúa igualmente en una responsabilidad objetiva, pues de acuerdo con los artículos 11 y 26 numeral 5º de la Ley 80 de 1993, el representante legal de la entidad estatal es el único fiscal, disciplinaria y penalmente responsable.

Es más, la delegación en otro funcionario para contratar no transfiere en todos los casos la responsabilidad personal al agente delegatario⁴⁸⁷, ya que contradictorias han sido las decisiones judiciales frente a la aplicación del *principio de confianza*, como pauta limitante de la imputación objetiva, en pocos casos la jurisprudencia

⁴⁸⁶ En cuanto a las obligaciones de los contratistas, el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece: “Artículo 5º. De los derechos y deberes de los contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º de esta ley, los contratistas: 1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. 2º. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramamientos que pudieran presentarse. 3º. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren. Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste. 4º. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello. 5º. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho. Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato. ...”.

⁴⁸⁷ Al respecto el parágrafo del artículo 12 de la Ley 489 de 1998, textualmente prescribe: “...Parágrafo.- En todo caso relacionado con la contratación, el acto de la firma expresamente delegada, no exime de la responsabilidad legal civil y penal al agente principal.”.

admite su procedencia⁴⁸⁸ y en otros más recientes, bien lo matiza basado en el deber objetivo de cuidado⁴⁸⁹, o simplemente niega su aplicación⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ En la sentencia U.I. de fecha agosto 10 de 2005, expediente No. 21489, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Sigifredo Espinosa Pérez, reconoce el principio de confianza en la idoneidad y experiencia de subalternos, basada en la sentencia U.I. de marzo 21 de 2002, con ponencia del Magistrado Carlos Eduardo Mejía Escobar, radicación 14.124, donde igualmente se reconoció el principio de confianza, bajo el siguiente argumento: *“...Es cierto que una de las características del mundo contemporáneo es la complejidad de las relaciones sociales y, en materia de producción de bienes o servicios, la especialización en las diferentes tareas que componen el proceso de trabajo. Esta implica la división de funciones entre los miembros del equipo de trabajo y por lo tanto un actuar conjunto para el logro de las finalidades corporativas. Como no siempre es controlable todo el proceso por una sola persona y en consideración a que exigir a cada individuo que revise el trabajo ajeno haría ineficaz la división del trabajo, es claro que uno de los soportes de las actividades de equipo con especialización funcional es la confianza entre sus miembros. Esta, cuando ha precedido una adecuada selección del personal, impide que un defecto en el proceso de trabajo con implicaciones penales se le pueda atribuir a quien lo lidera, a condición naturalmente de que no lo haya provocado dolosamente o propiciado por ausencia o deficiencia de la vigilancia debida. La Sala acepta que el trabajo es funcionalmente dividido en un Departamento, que el Gobernador como jefe de la administración se encuentra en imposibilidad de asumir directamente todos los asuntos, que para eso cuenta con una serie de secretarios que le colaboran, que establece con los mismos -es lo que se supone-una relación de confianza de doble vía y que por efecto de la que él deposita puede incurrir en hechos típicos originados en la actividad de sus colaboradores, frente a los cuales, sin embargo, es eventualmente admisible la realización de una conducta inculpable, por mediación del fenómeno del error....”*.

⁴⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia U.I. 18.029 de noviembre 5 de 2008, M.P. José Leonidas Bustos Martínez.

⁴⁹⁰ En la sentencia U.I. de fecha mayo 6 de 2009, expediente No. 25945, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Javier Zapata Ortiz, rechaza la aplicación del principio de confianza en la idoneidad y experiencia de subalternos, así. *“...Además, Los principios de confianza y buena fe no eximen de responsabilidad al procesado y así lo dijo la Corte al señalar que: ‘cuando la función de celebrar contratos normativamente radica en un específico servidor público y no ha sido expresamente delegada en otro, sino que, como en este caso, sólo ha delegado en funcionario de menor rango el deber de adelantar los trámites previos a la celebración del contrato, se exige por el ordenamiento que despliegue la máxima diligencia y cuidado al momento de adoptar la decisión final que le corresponde, pues en ese instante reasume la administración del riesgo y por ende se hace responsable de realizar una conducta prohibida, ya que la normatividad exige que sus actuaciones estén presididas por el cumplimiento de los principios y valores constitucionales, los fines de la contratación, la protección de los derechos de la entidad que representa, las reglas sobre administración de bienes ajenos y los postulados de la ética y la justicia’...”*. (Se refiere al auto de 20 de agosto de 2002, radicado No. 18029).

CAPÍTULO QUINTO: HACIA UN DELITO ACORDE CON LA REALIDAD Y LAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS VIGENTES

En el presente capítulo se abordará el último objetivo específico del trabajo, en el sentido de evaluar propuestas político-criminales, para contrarrestar la burla a los procesos de contratación objetiva, que se aproximen a una concepción del delito acorde con las actuales interrelaciones sociales y las categorías dogmáticas vigentes. Para ello, será necesario analizar previamente los modelos teóricos vigentes para la interpretación justa de las normas de derecho, en especial del derecho penal, y con ello verificar si la solución hermenéutica dispensada por nuestra jurisprudencia -ante la falta de claridad y precisión del tipo normativo estudiado-, se acompasa a los postulados del moderno Estado social y democrático de derecho, adoptado en Colombia con la Carta Política de 1991.

Se analizará cuál ha sido el comportamiento de las modalidades de selección para la escogencia del contratista durante los últimos tres años en Colombia, a fin de tener una visión contextualizada de la importancia del contrato estatal y la eficacia del derecho penal para contrarrestar la problemática de la corrupción que allí se genera; especialmente formularemos un análisis crítico sobre ciertas medidas anti-corruptivas implementadas con la ley 1474 de 2011, para neutralizar las concertaciones ilícitas entre los interesados en contratar con el Estado.

Para finalizar -y sin ninguna pretensión distinta a la exposición de ideas inherentes a la actividad académica- se harán algunas propuestas interpretativas con miras a enfrentar del fenómeno de la corrupción en la contratación de la Administración Pública, a través de medidas que intenten involucrar en mayor medida los bienes jurídicos realmente afectados, las conductas concretas y periféricas que generan los actos corruptivos en la contratación estatal, y los agentes públicos y ciertos particulares comprometidos en la causación de la actividad desviada.

I. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA: MEDIO Y FIN DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

En este examen, veremos si la interpretación jurisprudencial se encuentra en los límites hermenéuticos permitidos, o si por el contrario, dada la utilidad del tipo penal para la lucha contra ciertos factores de corrupción originados de los contratos de la administración pública, se desborda la potestad interpretativa propia de los jueces y con ello, si resulta fundado el temor de caer en la temida “dictadura judicial” a que hace referencia el académico CORREDOR BELTRÁN⁴⁹¹.

1.1 Jurisprudencia de conceptos

Es el primer momento del positivismo jurídico en Alemania, tomada del derecho romano⁴⁹² y desarrollada en el derecho civil por PHILIPP HECK⁴⁹³, donde el simple análisis sintáctico o significación de las normas que conformaban los códigos sería suficiente para resolver los problemas de interpretación en el derecho, donde los principios generales del derecho y la analogía se tomaban excepcionalmente para

⁴⁹¹ Corredor Beltrán, Diego. Reflexiones en torno al tipo penal de la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales. Revista No. 68 derecho penal y criminología. 2000. Vol. 21. Universidad Externado de Colombia. Página 47.

⁴⁹² Sin embargo, ya en la Política de Aristóteles, se afirmaba: “*Las leyes, por el contrario, distintas de los principios esenciales y característicos de la constitución, son la regla a que ha de atenerse el magistrado en el ejercicio del poder y en la represión de los delitos que se cometan atentando a estas leyes*”. (Vigésima cuarta edición. Editorial Espasa Calpe S.A., España. 2007. Página 199).

⁴⁹³ Fernández Gómez, Lorenzo (Temas de Filosofía del Derecho. Editorial Texto. Caracas – Venezuela. Cuarta edición. 2007) refiriéndose a Philipp Heck, dice que concreta su teoría de la jurisprudencia de intereses en los siguientes postulados: “...b) *El juez, debe desde luego obedecer el Derecho (sic) positivo. Hay que ser fieles a la ley si se quiere una libertad plena, seguridad jurídica y armonía social. Pero las leyes aparecen incompletas, a veces inadecuadas y hasta contradictorias al confrontarlas con la variedad de problemas que suscita la vida. Por eso rechaza la vieja concepción de que hay que atender exclusivamente la voluntad del legislador y sostiene que el verdadero legislador es el complejo de los intereses causales determinantes del precepto, y lo que se espera del juez no es que obedezca literalmente, de un modo ciego, las palabras de la ley, sino que desarrolle los criterios axiológicos en los que la ley se inspira, conjugándolos con los intereses en conflicto. En concreto, sostiene la vinculación del juez a la ley, pero debe interpretarla colocando la flecha orientadora hacia los intereses en conflicto. c) En caso de lagunas de la ley, el juez debe proceder a la integración, transfiriendo el juicio de valor contenido en la ley para otros casos similares al conflicto bajo análisis, es decir aplicando procedimientos de analogía pero apoyando este procedimiento no sobre la literalidad de un texto, sino sobre la valoración de intereses en que ese texto de haya inspirado. 4º) Como conclusión, la función del juez, que desemboca en la sentencia no es meramente cognoscitiva. Se extiende también a la elaboración de normas nuevas para las situaciones respecto de las cuales la ley nada dice, colaborando así en la protección de la totalidad de los intereses que el legislador ha querido proteger...*”. Páginas 352 a 354.

la construcción de un marco conceptual restrictivo, ante los casos de deficiencias o inadecuación de las descripciones legales.⁴⁹⁴

Uno de los aportes trascendentales de IHERING⁴⁹⁵ a la escuela neoclásica de la construcción dogmática del delito -en el siglo XIX-, fue el haber cambiado el paradigma de la *jurisprudencia de conceptos*, donde el derecho era un sistema cerrado de conceptos jurídicos que limitaba la labor interpretativa del juez a la mera subsunción de los hechos con las normas o de lógica formal (“genealogía de los conceptos” de PUCHTA), por el nuevo enfoque valorativo de la *jurisprudencia de intereses*, en el que el juzgador creaba derecho ante los vacíos o situaciones confusas generadas por vaguedad de las normas legales.

1.2 Jurisprudencia de intereses

Con RUDOLF VON IHERING nace la jurisprudencia de intereses, como limitante a la interpretación *contra legem* de la Escuela del Derecho Libre de RADBRUCH y en contraposición a la histórica jurisprudencia de conceptos, nuevo paradigma que convertiría al juez en verdadero creador del derecho, al considerar que las reglas e instituciones debían responder a la satisfacción de ciertas necesidades sociales, donde el protagonista principal era la razón del juez, quien estaba llamado a solucionar los problemas de lagunas legales.

MEZGER considera que la labor interpretativa de la ley comienza con el contenido gramatical de la norma (tanto general como jurídico), utilizando como criterios auxiliares -no obligatorios- los factores históricos de su creación (interpretación histórica) y su conexión externa (interpretación sistemática), pero además del tenor literal de la ley, deben descubrirse sus fines sociales para adecuarlos a ciertos valores de los bienes jurídicos que suponen su esencia⁴⁹⁶.

Sin embargo, esa facultad valorativa o dogmática teleológica del juez -no de mera subsunción- sufrió duras críticas, al cuestionarle de haber servido de fundamento al Estado totalitario del partido Nacionalsocialista, donde los jueces interpretaban las

⁴⁹⁴ Streck, Lenio Luiz. *Hermenéutica y Decisión Judicial*. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá – Colombia. 2013. Página 22.

⁴⁹⁵ Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *La Dogmática de la teoría del delito – Evolución científica del sistema del delito*. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. 2007. Bogotá. Páginas 72 a 77.

⁴⁹⁶ Mezger, Edmundo. *Teoría de la Ley Penal*. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2005. Página 164 a 167.

leyes para colaborar con los propósitos del “*Führer*” y del régimen fascista que operó en la Alemania del III *Reich*. Por lo cual, las fracturas entre la interpretación formal (jurisprudencia de conceptos) y la pragmática del derecho (jurisprudencia de intereses), debió ser superada en los actuales estados sociales de derecho, con la jurisprudencia de los valores o con mayor énfasis en la protección de los derechos fundamentales⁴⁹⁷.

1.3 Jurisprudencia de los valores

En los actuales estados sociales y democráticos de derecho, donde la acción estatal gira alrededor del ser humano (concepción antropocéntrica)⁴⁹⁸, y no viceversa como sucedía en los estados liberales (teoría estatocéntrica del Estado), el juez al momento de interpretar las normas penales, se le exige una actividad hermenéutica respetuosa de los derechos fundamentales y más creativa que la otrora jurisprudencia de intereses defendida hace un siglo por HECK, pues uno de los errores del desarrollo actual de la teoría del derecho, es considerar que toda creación del derecho se basa normalmente en una racionalidad social y no en una irracionalidad social⁴⁹⁹, por lo que debe partirse de una conexión racional entre las normas jurídicas y el comportamiento social humano.

1.4 Panorámica teórico jurídica actual

La doctrina dominante en el derecho penal, considera que con el tenor literal de un precepto, el legislador crea un marco de regulación que debe ser concretado con la labor interpretativa del juez, acorde con el significado textual de la norma, la concepción histórica del legislativo, el contexto sistemático penal y la teleología de la ley, sin desbordar los límites que imponen los fundamentos juridicopolíticos y jurídicopenales del principio de legalidad⁵⁰⁰. Bajo esta perspectiva, hallar el punto de convergencia entre la actividad legislativa y la potestad hermenéutica del juez, resulta un reto bien crítico dentro del principio de legalidad del delito.

⁴⁹⁷ Gutiérrez Ramírez, José Antonio. Introducción a la teoría del delito. Editorial Leyer, 2002. Página 75.

⁴⁹⁸ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal (Segunda Parte). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., reimpresión a la primera edición. Bogotá D.C. 2004. Páginas 86 y 87.

⁴⁹⁹ Garzón Valdés, Ernesto. Derecho y Filosofía. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Segunda reimpresión corregida. México. 1999. Páginas 157 y 158.

⁵⁰⁰ Roxin, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008. Páginas 148 y 149.

Para ello, debe partirse de dos conceptos separados que se vinculan a las normas jurídicas; esto es, los deberes jurídicos y los derechos subjetivos. En la conexión funcional de esos deberes y derechos, se concreta la conducta humana deseada por los hombres a través de la creación de normas que constituyen la vivencia de los valores jurídicos, y por consiguiente la condición para la creación, modificación o extinción de las vinculaciones normativas entre los deberes jurídicos y derechos subjetivos⁵⁰¹. Ahora bien, debe partirse de la consideración que en los estados democráticos de derecho, esas normas jurídicas dimanar del poder legislativo.

Para H.L.A. HART, el juez goza de discrecionalidad relativa debido a la autonomía funcional que le es propia y al resolver los casos fáciles emplea la subsunción, mientras que en los casos difíciles habrá más de una solución correcta posible, donde la libertad para decidir está limitada por la semántica del texto de la norma, los precedentes judiciales, el deber de imparcialidad y las formalidades exigidas para la expedición del fallo. Dice que la naturaleza indeterminada de una norma, surge del lenguaje -su verdadero insumo- y del desconocimiento pleno de hechos presentes y futuros, lo que conllevará indudablemente a su cambio⁵⁰². Todo lo cual permite concluir, que la labor interpretativa del juez se encuentra fundada en un concepto subjetivo como es la voluntad, que puede degenerar en *decisionismo*.

Contrario a la proposición de las varias soluciones posibles, RONALD DWORKIN expone su teoría de la *única respuesta correcta*, conforme a la cual los jueces deben argumentar sus decisiones -por encima de las subjetividades- basados en las reglas previstas para el caso específico y en los principios para ampliar la cobertura de casos. En tal sentido, los principios más que simples declaraciones de buena voluntad, son mandatos para lograr un objetivo colectivo o derechos individuales de jerarquía superior en el ordenamiento⁵⁰³. La respuesta correcta, será aquella donde el juez, al que DWORKIN denomina “Hércules”, justifique con una teoría de principios el “peso” que corresponda a las reglas del derecho, ante el supuesto de presentarse colisión entre los preceptos jurídicos⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Nieto Arteta, Luis Eduardo. La interpretación de las normas jurídicas. Editorial Temis S.A., Tercera Edición. Bogotá D.C., 2011. Páginas 98 y 99.

⁵⁰² Dueñas Ruiz, Óscar José. Lecciones de hermenéutica jurídica. Editorial Universidad del Rosario. Tercera edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 20 y 30.

⁵⁰³ *Ibidem*. Páginas 32, 33 y 34.

⁵⁰⁴ Alexy, Robert. Derecho y Razón Práctica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Segunda reimpresión corregida. México. 2002. Páginas 8 y 10.

ROBER ALEXY, influenciado por DWORKIN⁵⁰⁵ empieza por concebir que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, pero estudia la interacción de los elementos ontológicos y sociológicos en el sistema jurídico y sus consecuencias, para darle solución a problemas jurídico-dogmáticos suscitados por las normas confusas. ALEXY se muestra de acuerdo con la teoría de DWORKIN en diferenciar las fórmulas de colisiones entre reglas y principios. En el caso de conflicto entre reglas la solución es fácil: “todo o nada”, pero en el caso de los principios no sucede lo mismo, pues DWORKIN ante la colisión de estas normas, plantea que debe darse valor decisorio al principio de relativamente mayor peso.

ALEXY trae un caso fallado por el Tribunal Alemán, en el cual estaba enfrentado el derecho a la vida e integridad física de un inculcado amenazado por un ataque de apoplejía e infarto, con el deber estatal de percusión penal como instrumento para el adecuado funcionamiento de las instituciones públicas: Si existieran reglas claras para la protección exclusiva del derecho fundamental, la celebración de la audiencia estaría prohibida. Si el ordenamiento jurídico privilegia las instituciones, la audiencia era obligatoria. Sin embargo, ante la ausencia de regulación, el Tribunal declara la existencia de *tensión* normativa, que no implica la primacía de una norma frente a la otra, sino una ponderación atendiendo el mayor peso del principio, en este caso la vida, y por ende el interés estatal debía ceder⁵⁰⁶.

El profesor ALEXY señala que para la correcta interpretación del ordenamiento jurídico debe establecerse el núcleo de la diferencia entre los principios y las reglas. Dice que los principios son normas que buscan regular en la mayor medida posible determinadas eventualidades jurídicas y fácticas, siendo “*mandatos de optimización*” que pueden cumplirse en diversos grados; en cambio, las reglas son determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente, pues sólo se exige una determinada medida de cumplimiento. Para el jurista alemán, los principios y los valores son lo mismo, pero el primero apreciado en el aspecto deontológico, y los valores desde el punto de vista axiológico⁵⁰⁷.

Para establecer condiciones de prioridad entre los principios en colisión, dicho tratadista plantea un apotegma de ponderación basado en la racionalidad práctica, según el cual, entre mayor sea el grado de incumplimiento o menoscabo de un principio -como mandato de optimización de las posibilidades fácticas y jurídicas-, es porque correlativamente será preferente el cumplimiento de otro principio, cuyo

⁵⁰⁵ *Ibidem*. Páginas 9 a 11.

⁵⁰⁶ *Ibidem*. Páginas 12, 13.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, páginas 13, 14, 16.

examen debe completarse con una teoría de argumentación racional. Mientras que las reglas son ciertas condiciones que ordenan, prohíben, permiten u otorgan un poder definitivo, todo ello con miras a la realización de los derechos.⁵⁰⁸

ALEXI parte de la categoría superior de los derechos fundamentales enlistados por las constituciones democráticas, cuya protección vincula al órgano legislativo, al ejecutivo y por supuesto al aparato judicial. Por consiguiente, en caso de ambigüedades en la interpretación de la ley, el juzgador ponderará en el caso concreto el impacto sobre los derechos fundamentales, para evitar al máximo que los mismos puedan resultar lesionados con su decisión⁵⁰⁹. Se plantea entonces, un sistema jurídico en el que la validez jurídica, moral y social de la norma se apoya en la intangibilidad de los derechos fundamentales institucionalizados.

Por su parte, HABERMAS confronta los modelos normativos liberal-burgués y el republicano con su lectura de los derechos fundamentales, optando por un modelo identificado con el segundo, que agrupa una teoría de la sociedad o de la acción comunicativa, un patrón de decisión judicial deontológico que involucre justicia para todos -en oposición al axiológico que busca fallos buenos para algunos-, un paradigma reflexivo del derecho, y por último, un modelo de democracia sólido que propenda por la deliberación y participación de la opinión pública⁵¹⁰.

La postura de HABERMAS, no aborda el tema de la validez de la norma desde la óptica planteada por ALEXI, pues se enfoca tanto en la legitimidad política, bajo el entendido de que en todo Estado democrático el derecho se fundamenta en una soberanía popular plural, como en la validez jurídica, que parte de un principio consensual de legitimación -o *discursivo*- donde se privilegian las condiciones comunicativas de los diversos colectivos⁵¹¹. Todo lo cual, se opondría al hecho de que mediante sentencias judiciales un selecto grupo de juristas institucionalizados, sin tomar en consideración las estructuras de la acción comunicativa, sean los que determinen axiológicamente el contenido de las normas jurídicas difusas, para restringir de su libertad y ciertos derechos fundamentales a los ciudadanos.

Si examinamos la problemática desde el constitucionalismo moderno, tenemos que el neoconstitucionalismo en la tesis de PRIETO SANCHÍS, pregona la delimitación

⁵⁰⁸ *Ibidem*, páginas 19 y 30.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, páginas 34 y 35.

⁵¹⁰ Mejía Quintana, Oscar. Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2009. Página 70.

⁵¹¹ *Ibidem*. Páginas 55 a 57.

precisa e infranqueable entre los derechos fundamentales y la ley, en la cual existe un modelo argumentativo de ponderación de las relaciones normativas, que impone al legislador el deber de sustentar todas las restricciones a los derechos fundamentales, para evitar la arbitrariedad y realizar al máximo los mandatos materiales determinados en las normas constitucionales, a que están sometidos tanto el órgano legislativo como el judicial, este último quien cuenta con funciones de control negativo-positivo para inaplicar las normas legales que no permitan dicha maximización⁵¹².

En el lado opuesto del debate, el positivismo constitucionalista con la tesis de GARCÍA AMADO, sostiene que los jueces cumplen funciones de control negativo puro de las normas legales y en tal sentido deberán inaplicarlas, cuando adviertan vulneración abierta de la semántica de enunciados constitucionales. Mientras que el legislador, tiene la misión de elegir entre las distintas alternativas de realización del derecho, los significados acordes con la constitución y la soberanía popular. Esta corriente del positivismo jurídico, parte de una interpretación semántica de las normas, basada en los términos y enunciados constitucionales⁵¹³.

Al margen de la discusión conceptual entre neoconstitucionalismo y positivismo constitucionalista, tampoco tendría cabida la interpretación jurisprudencial que viene dándose al ingrediente normativo del tipo penal objeto de esta investigación, primero, porque la restricción de todo derecho fundamental debe ser debidamente sustentada por el legislador, y segundo, porque los jueces deben ejercer el poder interpretativo negativo de inaplicar las normas legales, en caso de degradación de los mandatos de maximización, *verbi gracia*, cuando la norma legal atenta contra el derecho a la libertad, el principio de legalidad del delito, o el enunciado de la separación de los poderes públicos.

FERRAJOLI, en su teoría del garantismo penal, advierte que luego de la segunda guerra mundial, el principio de *legalidad estricta* o de taxatividad y precisión empírica de los tipos penales, sufrió una descalificación teórica de sus bases epistemológicas, aunado a la inflación del derecho penal que viene siendo utilizado como instrumento de sustitución de otras funciones de control, al punto de presentarse a una disfunción del lenguaje legal que privilegia formulaciones

⁵¹² Bernal Pulido, Carlos. El neoconstitucionalismo al debate. Temas de derecho público. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 12, 13 y 17.

⁵¹³ *Ibidem*. Página 16.

equivocas, oscuras y de compromiso, respecto del cual doctrina y jurisprudencia se muestran inciertas en cuanto a su rango constitucional y alcance normativo⁵¹⁴.

FERRAJOLI, pese a reconocer que existe una inevitable discrecionalidad de los jueces que comprometen tanto su poder cognoscitivo del juicio como su deber de sujeción a la ley⁵¹⁵, también asegura que la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias de sus derechos fundamentales, está garantizada por el principio de *reserva de ley** o sometimiento del juez solamente a la norma legal y de ello se deriva del nexo entre la verdad procesal condicionada a *estricta legalidad* o taxatividad del tipo objetivo y la libertad del ciudadano⁵¹⁶.

Ahora bien, si tomamos como referente la moral y el concepto deontológico en que se fundamentan las políticas institucionales contra la corrupción administrativa, nada mejor que el enfoque utilitarista sobre las reglas jurídicas de JOHN RAWLS, quien las concibe como el conjunto de convenciones o hábitos -por encima del ser humano- que definen los deberes, roles, movimientos, sanciones y defensa, que deben ser respetadas y aplicadas en los diferentes entornos de la vida social para así evolucionar, donde la acción dependerá de una regla que defina un hábito o práctica determinada, sin la cual no puede existir⁵¹⁷. En tal sentido, dado el contenido moral de esas reglas o hábitos, se justificaría toda intervención estatal.

1.5 Análisis del derecho colombiano

Una segunda revisión frente a la postura de la jurisprudencia, tiene que ver con el ingrediente normativo del tipo y su correspondencia con el principio de tipicidad consagrado en el Código Penal⁵¹⁸, en virtud del cual nadie puede ser juzgado sino

⁵¹⁴ Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta S.A., quinta edición. Madrid – España. 2001. Página 385.

⁵¹⁵ *Ibidem*. Página 39 y 40.

* El texto original hace referencia a la “*estricta legalidad*” como la sujeción del juez a la ley (pág. 918 párrafo final); sin embargo, estimo que se quiso hacer mención al principio “*de mera legalidad*”, así denominado y advertido previamente por el autor (páginas 34 párrafo final y 35 párrafo primero, aparte tercero).

⁵¹⁶ *Ibidem*. Página 918.

⁵¹⁷ Melkevik, Bjarne. Rawls o Habermas – Un debate de filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 214 y 215.

⁵¹⁸ Los artículos 6-1º y 10 de la Ley 599 de 2000, textualmente disponen, en su orden: “Artículo 6º. *Legalidad. 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.(...).* Artículo 10. *Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.*

conforme a las *leyes claras e inequívocas preexistentes* al acto que se le imputa. La doctrina judicial sentó la línea de interpretación conforme a la cual los *requisitos legales esenciales* del contrato estatal, son los *valores y principios* constitucionales y legales de Administración Pública, y los requisitos de validez de la contratación privada cuya textura abierta podría dar lugar a la indeterminación del tipo valorativo⁵¹⁹, desconociendo el principio de univocidad de la conducta prohibida, sumado a la eventual pretermisión del principio de reserva de ley.

Por cuenta la amplitud valorativa del tipo normativo y la tensión entre el deber de protección de los derechos fundamentales con el deber de control sobre la Administración Pública, resulta importante -a nuestro propósito- el examen de tipicidad del comportamiento que motiva el presente trabajo, frente a la dogmática vigente en nuestro ordenamiento jurídico, para verificar si además del vaciamiento de las competencias legislativas o violación del principio de reserva de ley, podría estarse infringiendo el postulado de *lex stricta*, por ambigüedad del elemento valorativo del tipo. Fenómenos duramente criticados por BECCARÍA en el siglo XVIII, y los cuales inmortalizaron sus ideas⁵²⁰.

Para el Consejo de Estado, el actual Estatuto Contractual es fundamentalmente de *principios* de estirpe constitucional y desarrollo legal, a diferencia del Decreto - Ley 222 de 1983 (anterior ECE) que era un compendio de reglas. Por lo que esta regulación evidencia una diferencia sustancial en la interpretación del derecho que informa la contratación administrativa, pues no obstante que los principios y las reglas son normas jurídicas, difieren en su contenido: Las reglas prescriben y exigen determinada conducta de acción u omisión, tendientes a permitir, mandar o prohibir, los principios, en cambio son los valores de la sociedad transformados por el derecho en criterios o parámetros de conducta fundamentales que instruyen y rigen las relaciones jurídicas en el Estado⁵²¹.

En el derecho colombiano, la jurisprudencia constitucional ha dedicado valiosos prolegómenos sobre la interpretación judicial, dado las labores de realización de los

⁵¹⁹ Mir Puig, Santiago. Derecho Penal Parte General. Reppertor, S.L., impreso por Tecfoto, S.L. Reimpresión de la quinta edición. Barcelona España. 2007. Página 78.

⁵²⁰ Beccaría, Cesare. De los delitos y de las penas. Introducción de Nódier Agudelo Betancur. Tercera Edición. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., página 14.

⁵²¹ La Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de diciembre 3 de 2007, expediente acumulado, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio, al respecto precisó: “...Además, los principios funcionalmente son soporte estructural del sistema, puesto que establecen los criterios esenciales que animan el ordenamiento en una determinada situación o relación que interesa al derecho, se convierten en pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance de las reglas jurídicas, y constituyen fuente formal para resolver situaciones o problemas concretos ante la falta o insuficiencia de reglas jurídicas. (...)”.

derechos y libertades individuales, y la aplicación del derecho positivo a las realidades sociales que dicha actividad comporta. Por ende, toda hermenéutica judicial debe guardar coherencia con las normas constitucionales⁵²², y ante dos interpretaciones posibles, el juez debe inclinarse por aquella que, en grado superlativo, resulte más adecuada a los mandatos superiores, o, frente a dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez escogerá en forma razonada la que mejor satisface los dictados del constituyente para el caso concreto⁵²³.

No obstante, el desarrollo jurisprudencial vuelve más difuso la aplicación del tipo normativo que se analiza, al punto que la definición de la conducta prohibida (elementos esenciales), parecería depender de la valoración especial de cada caso y de la posición pragmática que asuma el juzgador penal para reprimir las irregularidades surgidas de los procesos contractuales, conduciendo a posturas ambivalentes respecto del bien jurídico tutelado por el magisterio penal, con lo cual tienden a confundirse los delitos de *interés indebido en la celebración de contrato* y *de contrato sin cumplimiento de requisitos legales* previstos en los artículos 409 y 410 del Código Penal, respectivamente⁵²⁴.

⁵²² En la sentencia C-1026 de septiembre 26 de 2001, la Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, indicó: “...*Si los jueces, por una parte, son los encargados de hacer efectivos los derechos y libertades individuales, y por otra, son los que realizan la labor de aplicación del derecho positivo a la realidad social, entonces puede afirmarse que respecto de ellos, el principio de legalidad cobra una dimensión hermenéutica de gran importancia, en la medida en que durante el desarrollo cabal de sus funciones deben realizar varios ejercicios interpretativos, tanto de la ley, como de las circunstancias fácticas sobre las cuales habrán de decidir. Ahora, es claro que a partir del tránsito constitucional de 1991, con el reconocimiento (en el artículo 4 Superior) del valor normativo intrínseco de la Carta, esa labor de interpretación se debe conducir según los cauces que ha trazado la doctrina constitucional, especialmente en lo relativo a la protección de los derechos fundamentales; en efecto, sólo en la medida en que la labor hermenéutica del juez se ajuste a los dictados constitucionales, puede afirmarse que respeta el principio de legalidad. 6- De allí se derivan varias consecuencias. Una, el que parte integral de las funciones que compete desarrollar a los jueces es la labor de interpretación, sea de la Constitución, la ley o de otras providencias judiciales. Dos, que las interpretaciones que se salgan notoriamente de los límites que traza la doctrina constitucional, constituyen vías de hecho susceptibles de ser atacadas por vía de la acción de tutela, cuando con ellas se pone en riesgo la vigencia de los derechos fundamentales. Tres, que en todo caso, los funcionarios judiciales mantienen la autonomía que es propia de sus funciones, sin que tal autonomía pueda justificar el desacato de lo dispuesto por el Constituyente, derivando en arbitrariedad. (...)”.*

⁵²³ No obstante las diversas críticas epistemológicas y metodológicas elaboradas por Streck a las corrientes de la teoría jurídica y de la filosofía del derecho, su planteamiento hermenéutico de concebir la interpretación del derecho como acto de integración aplicativa, lo desarrolla con base en lo constitucionalmente adecuado. (Streck, Lenio Luiz. *Hermenéutica y Decisión Judicial*. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá – Colombia. 2013. Páginas 168 y 169).

⁵²⁴ En la sentencia de casación No. 29261 de febrero 4 de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemos, la Corte Suprema, expresó: “... *La Corte no comparte el criterio del casacionista según el cual cuando en un proceso de contratación se vulneran los principios de transparencia y selección objetiva previstos en el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, ello atañe exclusivamente al desconocimiento de requisitos legales de la contratación ...*”.

Bajo ese entendimiento, no son concebidos los *derechos fundamentales* como el objeto y el límite (principio - fin) del poder jurisdiccional en la interpretación de las normas jurídicas, pues el juez debe ser garante de principios fundamentales de aplicación inmediata (art. 1º, 85, 93 C. Pol.), estando legitimado para oponerse a la aplicación de una regla legal, cuando la misma resulte contraria a los postulados constitucionales (control negativo)⁵²⁵, pero jamás podrá reemplazar el poder de autorregulación que en los estados democráticos el pueblo delega soberanamente al legislativo⁵²⁶. Principios iusfilosóficos que permean de contenido axiológico las normas rectoras de nuestro Código Penal, como esencia y orientación del sistema, con jerarquía superior e instrumento interpretativo⁵²⁷.

En el derecho colombiano, la jurisprudencia constitucional viene decantando que ley penal comporta una severa restricción de los derechos fundamentales, pero a su vez constituye un mecanismo de protección de los mismos y de otros bienes constitucionales. Por tal razón, la ley penal es la expresión de la voluntad popular,

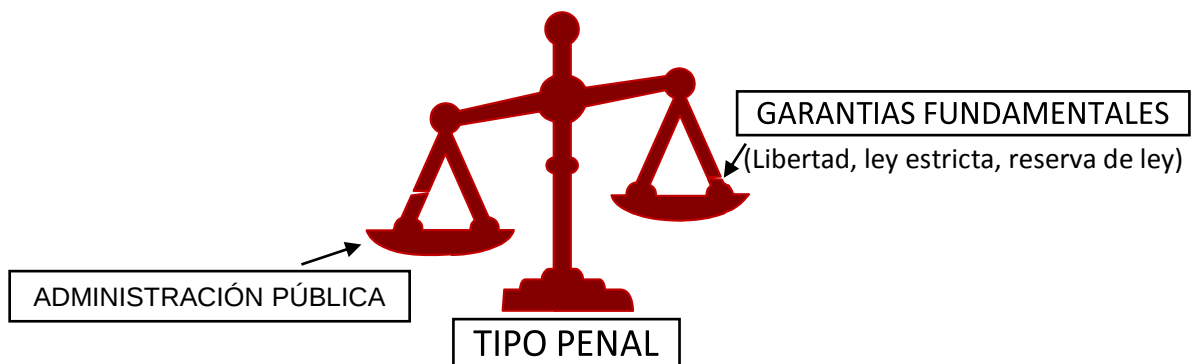
⁵²⁵ Refiriéndose a la excepción de inconstitucionalidad para el amparo de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional en sentencia T-389 de mayo 28 de 2009, con ponencia del Magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, puntualizó: “...la supremacía constitucional que se deriva del artículo 4º de la Carta, hace referencia a las normas constitucionales en juego en un caso concreto de una o varias personas, en el cual la aplicación de normas legales o de inferior jerarquía implicaría ir en contra de aquéllas constitucionales que también amparan a dicha persona o grupo de personas. En consecuencia, los principios constitucionales en juego en este contexto son en la mayoría de las ocasiones los relativos a los derechos constitucionales de las personas (derechos fundamentales). Desde otro lado, la supremacía constitucional debe ser entendida también desde la perspectiva que aboga por la defensa y preferencia de valores constitucionales en abstracto, como por ejemplo la separación de poderes o el principio democrático o incluso el principio de igualdad, la cual tiene mecanismos definidos en el artículo 241 de la Constitución, que complementan el diseño de nuestro sistema de control de constitucionalidad. Por ello, la guarda de la supremacía constitucional derivada del artículo 4º de la Constitución ejercida por los operadores jurídicos, se ejerce en un escenario de aplicación de normas de inferior jerarquía a la constitucional a casos concretos de personas, y se da por lo general en un contexto de primacía de los principios constitucionales que contienen derechos fundamentales. Lo que resulta relevante en este aspecto es entender las distintas competencias que se otorgan en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, y en virtud del control abstracto de constitucionalidad. La primera se implementa en el contexto de la vulneración de los principios constitucionales en casos concretos, y por ello suele referirse a la garantía de derechos fundamentales cuando estos se ven amenazados por la aplicación concreta de una norma de rango legal o reglamentario, y su ejercicio está en cabeza todos los operadores jurídicos de nuestro sistema jurídico. (...)”.

⁵²⁶ De acuerdo con Ferrajoli, en los actuales estados constitucionales de derecho se establece el contenido material de las decisiones políticas en general y de las leyes en particular. “...Se trata de normas que establecen –más allá e incluso contra la voluntad de la mayoría y de sus mismos titulares- los derechos fundamentales: sea los de libertad que imponen prohibiciones (sic) sea los sociales que imponen obligaciones al legislador.”. (Morales Velásquez, Andrés Alonso. Derechos sociales fundamentales en la teoría jurídica de Luigi Ferrajoli. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2013. Página 41).

⁵²⁷ El artículo 13 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal vigente), textualmente dispone: “Artículo 13. Normas rectoras y fuerza normativa. Las normas rectoras contenidas en este Código constituyen la esencia y orientación del sistema penal. Prevalecen sobre las demás e informan su interpretación.”.

realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político, cuya respuesta estatal debe ser idónea, proporcional a la conducta objeto de pena, operar únicamente cuando no hay otras alternativas, y no debe ser criminógena; es decir, causar más problemas de los que resuelve⁵²⁸.

Por lo anterior, al momento de la intervención penal o concreción de la conducta prohibida, el juez tiene a su cargo la ponderación de los derechos y garantías fundamentales del hombre -como persona o unidad estructural de relación⁵²⁹-, sopesados con la observancia de los principios y deberes de Administración Pública que el artículo 209 de la Carta Política impone, más el condicionante de que en materia de responsabilidad de los servidores del Estado, solo la ley puede establecer su régimen de responsabilidad (artículos 6º, 121 y 124 *ibídem*). Pero contrario a estos postulados *iusfilosóficos*, la solución pragmática proporcionada por la jurisprudencia nacional, para combatir la corrupción administrativa, frente al déficit normativo que comporta el tipo objetivo, se representa así:



⁵²⁸ En la sentencia C-205 de marzo 11 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte Constitucional puntualizó: "...El deber de observar la estricta legalidad comprende pues la obligación que tiene el legislador de respetar el principio de legalidad de las penas y de los delitos en sus diversas manifestaciones: 1) La prohibición de la analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); 2) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*); 3) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); 4) la prohibición de delitos y penas indeterminados (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); 5) el principio de lesividad del acto (*nulla lex poenalis sine iniuria*); 6) el principio de la necesidad de tipificar un comportamiento como delito (*nullum crimen sine necessitate*) y 7) el derecho penal de acto y no de autor...".

⁵²⁹ Kaufmann, Arthur. La filosofía del derecho en la posmodernidad. Editorial Temis S.A. tercera edición. Bogotá D.C., 2007. Páginas 67 y 68.

Por consiguiente, pese a que nuestra jurisprudencia se ha inclinado por la teoría liberal del derecho de HART⁵³⁰, el ámbito de interpretación del tipo penal no le permite al juez suplir el déficit legal ni las lagunas normativas que en materia de intervención de derechos de libertad compete exclusivamente al legislador⁵³¹, por cuanto la indiscutible discrecionalidad hermenéutica del juzgador encuentra en los derechos fundamentales y en los preceptos constitucionales, una clara limitante, cuyo desconocimiento comporta arbitrariedad. De tal suerte, que la disminución de derechos subjetivos y de axiomas supremos, entre ellos la *libertad*, *legalidad estricta* y *reserva de ley*, únicamente pueden ser objeto de intervención en virtud de disposiciones claras y restrictivas, emanadas del órgano legitimado⁵³².

Sin embargo, se ha partido de un enfoque funcional del delito donde la pena es la confirmación del orden establecido, desconociéndose que para el mismo HEGEL el delito además de dirigirse contra la libertad en su aspecto externo, también involucra otra alta determinación del individuo como el honor, por lo que el delito siempre será concebido como un ataque contra la libertad, pese a su contenido específico⁵³³. Surge un problema conceptual, pues para la debida aplicación de las normas penales, nuestra legislación adoptó ciertas categorías dogmáticas que exigen determinación clara, precisa y expresa de los supuestos de hecho del tipo penal, amén de la lesividad material del bien jurídico tutelado penalmente. De ahí la importancia de abordar en forma contextualizada el objeto de esta investigación.

No debe perderse de vista que la jurisprudencia del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo⁵³⁴, profusamente analizó la diferencia sustancial entre los principios y las reglas, señalando que únicamente éstas determinan mandatos, prohibiciones y permisiones en materia de contratación administrativa, mientras que los principios, como normas valorativas generales, se convierten en *pautas hermenéuticas para desentrañar el significado y alcance* de las reglas. Pero tal enfoque, creería que solo puede aplicarse en el ámbito del derecho contencioso administrativo, donde se juzga la legalidad de las decisiones de la Administración

⁵³⁰ López Medina, Diego Eduardo. Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latino-americana. Legis Editores S.A., sexta reimpresión. Bogotá D.C., 2012. Páginas 443 y 444.

⁵³¹ Constitución Política, artículo 150-1º: “Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.”

⁵³² *Ibidem*, artículo 28: “Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

⁵³³ Lesch, Heiko H. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2000. Páginas 25, 26.

⁵³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de diciembre 3 de 2007, expediente acumulado, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.

Pública y los reglamentos del Gobierno Nacional, más no para llenar las lagunas de tipicidad causadas por la deficiente responsabilidad legislativa.

Por consiguiente, una vez estudiados en el desarrollo de la presente investigación los aspectos cardinales de la contratación administrativa, resultará necesario auscultar con un sentido crítico la situación reciente del país y de los instrumentos político-criminales adoptados para afrentar la corrupción pública proveniente de los contratos estatales, para de esta manera podernos aventurar a presentar una propuesta que aproxime la concepción de un delito que tenga en cuenta las fortalezas y deficiencias identificadas a lo largo de este breve trabajo, teniendo como insumo ciertos datos oficiales proporcionados públicamente.

II. LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA: REALIDAD OFICIAL

Como vimos en nuestro primer capítulo, la contratación pública está íntimamente aparejada a las transformaciones políticas, económicas, culturales y sociales en un contexto histórico determinado, cuya teleología propende por la satisfacción de los derechos e intereses colectivos. El surgimiento de esta figura especial del derecho administrativo, que se remonta a la Francia postrevolucionaria y luego de iniciarse por vía jurisprudencial la doctrina de los servicios públicos, cambió los paradigmas de la Administración Pública. El auge de la contratación estatal en la actualidad depende de las transformaciones económicas, por cuanto entre menor intervencionismo disminuye el tamaño del Estado y correlativamente la actividad privada aumenta, dando paso al neoliberalismo⁵³⁵.

Actualmente, luego de un régimen de transición de casi dos siglos y de teorías jurídicas divergentes que propugnaban por la separación o la simbiosis de la contratación del derecho público y el privado, se logra un régimen jurídico casi propio del derecho administrativo. En el campo del derecho penal, son escasos los países del mundo que elevaron a la categoría de delito las ilegalidades surgidas de la práctica contractual⁵³⁶. Con una mirada superficial, pudiera pensarse que la contratación administrativa es de las mayores representaciones de la corrupción.

⁵³⁵ Estévez Araújo, José Antonio. Sociología Jurídica y Política No 3. El revés del derecho – Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2006. Páginas 29, 30.

⁵³⁶ Castro Cuenca, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública–Especial referencia a los delitos en la contratación pública. Editorial Universidad del Rosario. Colombia. Primera edición. 2009. Página 331.

Sin embargo, este apenas es uno de los tantos factores o medios perceptibles que generan y aumentan el fenómeno, pero no el definitivo. No obstante, por cuenta de la globalización y de los cárteles de contratación, adquieren suma trascendencia.

Las normas sobre contratación administrativa a través del tiempo, además del fin legítimo perseguido en cuanto a la adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, buscan paralelamente asegurar la objetividad en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos estatales, mediante un sistema reglado que garantice la igualdad de oportunidades, la publicidad y demás instrumentos de Administración Pública. Más allá de la misión prestacional del Estado con que siempre se justifica la antijuridicidad del delito en estudio, hay una realidad económica-social latente que podría colapsar el desarrollo o sostenibilidad de la sociedad: la libre competencia económica. Por lo que podríamos estar ante a una acción lesiva del orden económico a cargo del Estado⁵³⁷, más allá de la legalidad.

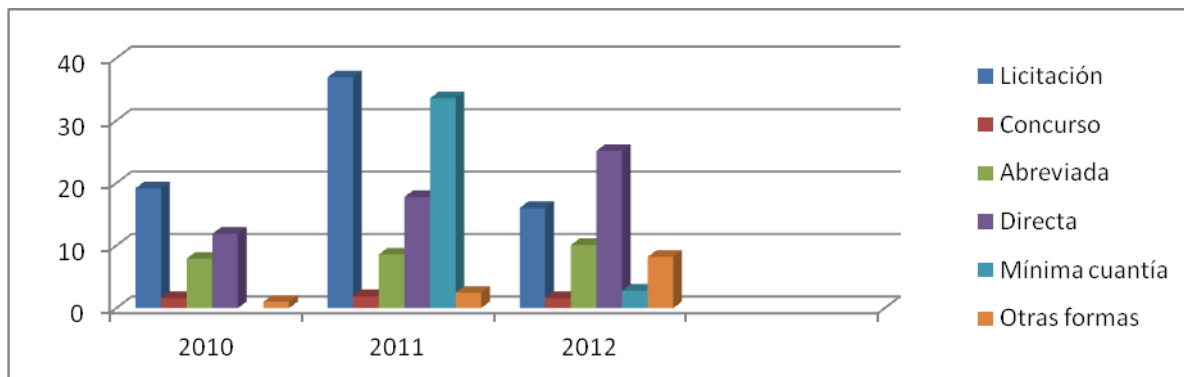
A pesar de la creciente apertura económica de los últimos años, reflejada en los tratados de libre comercio suscritos por el Estado Colombiano⁵³⁸ y la tendencia a la mejora de nuestra economía, resulta notoria la disminución de los procesos de licitación pública y de otras convocatorias abiertas para la escogencia de los contratistas. Lo cual evidencia que el verdadero problema no ha sido resuelto por el derecho penal con el argumento político-criminal de la intangibilidad de los principios de la Administración Pública, concretamente los de legalidad, el interés general, la igualdad, moralidad pública, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Los siguientes gráficos, revelan el comportamiento de la contratación pública en Colombia, durante los últimos tres años⁵³⁹:

⁵³⁷ Hernández Quintero, Hernando. Los delitos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 1996. Página 56.

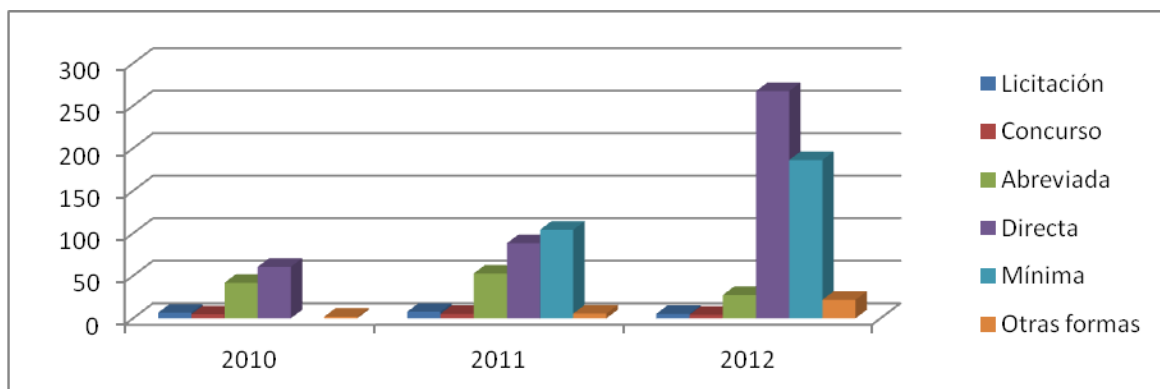
⁵³⁸ Leyes 172 de 1994 (TLC del G-3), 1143 y 1166 de 2007 (TLC con los EE.UU.), entre otras.

⁵³⁹ De acuerdo con los valores y registros acumulados por el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP en el año **2012** se reportaron: 5.248 contratos por valor de \$16,028.813.119.096.00 celebrados mediante licitación pública, 4.141 mediante concurso de méritos por \$1,624.702.756.637.00, 27.279 por valor de \$10,093.981.747.300.00 a través de selección abreviada, 267.162 contrataciones directas por \$25,172.079.120.500.00, 186.116 contratos por valor de \$2,798.844.341.753.00 en contratación de mínima cuantía, y 21.743 por otras modalidades de contratación en cuantía de \$8,195.263.395.741. Para el año **2011** se registraron en el portal: 7.626 contratos por \$36,955.566.505.601.00 celebrados mediante licitación, 5.040 mediante concurso de méritos por \$1,908.933.890.711.00, 52.579 por \$8,585.358.884.553.00 a través de selección abreviada, 88.236 contrataciones directas por \$17,794.173.760.124.00, 104.120 contratos por \$33,590.847.302.895.00 en contratación de mínima cuantía, y 5.532 por otras modalidades de contratación en cuantía de \$2,463.164.908.353.00. Para el año **2010** se registraron en la web oficial: 6.520 contratos por \$19,177.150.350.137.00 celebrados mediante licitación, 4.644 mediante concurso de méritos por \$1,666.957.857.890.00, 41.776 por \$7,926.968.664.425.00 a través de selección abreviada, 60.575 contrataciones directas por \$11,894.562.046.126.00, no reporta información sobre contratación de mínima

Gráfica No. 1– Variación de la contratación pública según el valor contratado y la modalidad de contratación (en billones de pesos colombianos)⁵⁴⁰:



Gráfica No. 2 – Variación de contratos celebrados en Colombia según las modalidades de contratación (en miles de unidades de contratos):



Las anteriores gráficas estarían revelando un problema de *criminalidad oculta*⁵⁴¹ o *cifra negra* en la contratación estatal, pues según se observa, el comportamiento de las convocatorias abiertas para la escogencia de los contratistas a través de licitación pública, concurso de méritos y selección abreviada, es ostensiblemente inferior a las modalidades de contratación directa y mínima cuantía. El año 2011, los recursos contratados mediante licitación pública muestran un incremento poco

cuantía, 1.814 contratos por otras modalidades de contratación por \$1,030.290.436.734.oo. Información tomada de la siguiente página web: <https://www.contratos.gov.co/puc/montos.html>

⁵⁴⁰ Información obtenida de la página web: <https://www.contratos.gov.co/puc/montos.html>

⁵⁴¹ Molina Arrubla, Carlos Mario. Introducción a la criminología. Editorial Leyer. Tercera edición. Bogotá D.C., 1999. Página 289.

significativo, tal vez por las medidas de anticorrupción anunciadas en la Ley 1474 de 2001; no obstante, en el 2012 de nuevo decrecieron las convocatorias públicas de escogencia de los contratistas y consecuentemente aumentaron la contratación directa y de mínima cuantía, tal como se representa en el siguiente cuadro:

Tabla No. 2 – Total de contratos celebrados entre los años 2010 a 2012:

CANTIDAD DE CONTRATOS CELEBRADOS (en unidades)						
Año	Licitación pública	Concurso de mérito	Selección abreviada	Contratación Directa	Contratación Mínima	Otras formas
2010	6.52	4.644	41.776	60.575	No reporta	1.814
2011	7.626	5.040	52.579	88.236	104.12	5.532
2012	5.248	4.141	27.279	267.162	186.116	21.743

Por consiguiente, los datos evidencian que siendo las convocatorias públicas (licitación, selección abreviada y concurso) un imperativo legal y por ende la regla general de contratación para la escogencia de contratistas⁵⁴², en la práctica se está violando el principio de libre competencia⁵⁴³ con contrataciones directa y de menor cuantía, *blindadas* -si se me permite- de apariencia de legalidad. Con lo cual, persisten dentro de la Administración Pública las contrataciones *arbitrarias* o “a dedo” y las amañadas, no obstante la tutela del principio de legalidad abrigado por la interpretación jurisprudencial. De suerte que dado la textura amplia del tipo penal en estudio y la poca formación especializada de los funcionarios judiciales, el delito permite ser instrumentalizado para enfrentamientos e intereses políticos.

En tal sentido, los principios de la función administrativa resultan lesionados pero a consecuencia de la concertación limitativa de la libre competencia hecha entre funcionario e interesados, quienes crean subterfugios o situaciones sofísticas para monopolizar los contratos requeridos por las entidades, atentando contra del orden económico. Por lo cual, la infracción a las leyes de competencia económica se perfilan como la *causa* de la corrupción en la contratación pública, y los principios de la función administrativa serían el *efecto*. De contera, la violación de valores constitucionales cubiertos bajo el axioma de los requisitos esenciales de la

⁵⁴² De acuerdo con el principio de *transparencia* recogido en el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 (mod. por el art. 2º L. 1150 de 2007 y art. 94 L. 1474 de 2011), la escogencia del contratista por regla general debe realizarse por licitación pública, y excepcionalmente a través de selección abreviada, concurso de méritos, convocatoria de mínima cuantía o contratación directa.

⁵⁴³ Tiedemann, Klaus. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Editora Jurídica Grijley. Perú. Segunda edición. 2007. Página 186.

contratación, no sería el verdadero bien jurídico sino la libertad de concurrencia e igualdad de oportunidades de quienes aspiran a celebrar contratos estatales.

Ahora bien, como medida estatal para combatir los fraudes contra la libertad de competencia económica y otras formas de corrupción en la contratación pública, el Congreso de la República expide la Ley 1474 de 2011, presentada públicamente⁵⁴⁴ como la respuesta contra los acuerdos ilícitos dentro de los procesos de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso⁵⁴⁵, tendientes a alterar ilícitamente el procedimiento contractual. Mecanismo penal que ha sido de buen recibo por los gremios, la institucionalidad, los órganos de vigilancia y de control, y por supuesto por la ciudadanía. Sin embargo, cuando miramos el comportamiento de la contratación por convocatoria pública celebrada en el 2011 y la comparamos con la del año 2012 (plena vigencia de la norma), surge la reflexión: ¿Qué pasó?

Si analizamos el tipo normativo, encontraremos que una posible respuesta a este efecto negativo del nuevo delito, es que uno de los presupuestos para que se configure el tipo objetivo es la presencia de un proceso de convocatoria pública a través de licitación, subasta, selección abreviada o concurso de méritos; es decir, el delito no cubre los eventos de contratación directa ni de menor cuantía, siendo atípica la conducta en estos dos supuestos normativos, por ausencia del tipo normativo. Por lo cual, creería que la intención legislativa con este nuevo delito, ocasionó un *efecto rebote*: para no incurrir en el tipo penal, se eluden los procesos de escogencia pública del contratista y por medio de argucias jurídicas se aparenta la legalidad de las contrataciones directa y de mínima cuantía.

Lo anterior se agrava en el contexto macroeconómico y de inversión social actual, dado el incremento de la contratación pública a que deben acudir las entidades estatales para la satisfacción de las necesidades colectivas, amén de la creciente tendencia aperturista evidenciada con los tratados de libre comercio suscritos por el Estado Colombiano⁵⁴⁶ y la perspectiva futura de nuestra economía, lo cual *lege ferenda* hace necesario revisar el alcance del tipo normativo, cuya teleología busca la reprensión de los actos de corrupción administrativa, pero colateralmente podría ser un obstáculo para la inversión extranjera y el desarrollo del país.

⁵⁴⁴ La Revista Semana publicó en la web la siguiente entrevista al Superintendente de Industria y Comercio: <http://www.semana.com/enfoque/enfoque-principal/articulo/la-colusion-otra-forma-corrupcion/239454-3>

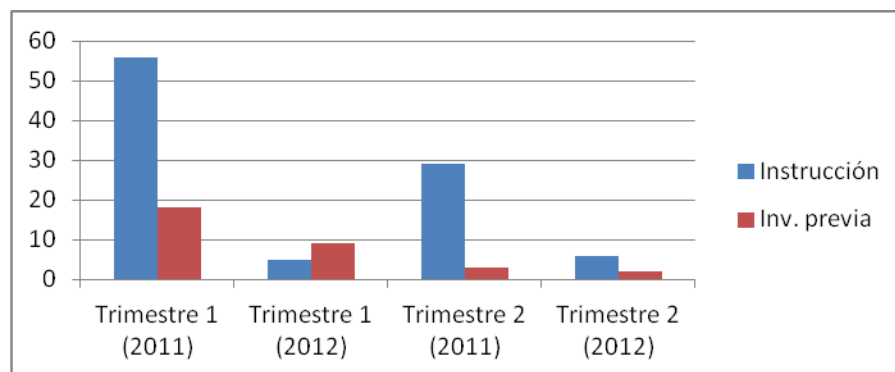
⁵⁴⁵ El artículo 27 de la Ley 1474 de 2011, dispuso: “**Artículo 27. Acuerdos restrictivos de la competencia.** La Ley 599 de 2000 tendrá un artículo 410 A, el cual quedará así: El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión (...).”.

⁵⁴⁶ Leyes 1143 y 1166 de 2007 (Tratado de Libre Comercio con los EE.UU.),

Todo este panorama, nos lleva a reflexionar si en verdad el foco de corrupción generado en la contratación pública, está siendo abordado seriamente desde una política-criminal eficaz, o si por el contrario, se trata de mecanismos simbólicos para emitir mensajes positivos a la sociedad, manteniendo ocultas las reales cifras de criminalidad de *cuello blanco*. Desde luego, los indicadores para medir la corrupción, no reflejan en sí la situación real de este fenómeno, sino la mayor percepción ciudadana de su ocurrencia, la que puede provenir de los productores de moral quienes se ocuparían de divulgar continuas cifras para captar la atención del público o para proteger ciertos intereses⁵⁴⁷.

Entre tanto, la información oficial reportada por la Fiscalía General de la Nación, presenta el siguiente comportamiento en el ingreso de casos a la Unidad Nacional de Anticorrupción, durante los trimestres primero y segundo de los años 2011, en comparación con los mismos periodos del año 2012⁵⁴⁸.

Gráfica No. 3 – Comparativo de expedientes que ingresaron a la Unidad Nacional Anticorrupción de la Fiscalía (instrucción y previas):



La información oficial representada en la gráfica anterior, puede crear un mensaje distorsionado a la sociedad, en la medida en que *prima facie* pareciera sugerir un anhelado parte de tranquilidad en la lucha contra la corrupción en el país, cuando lo

⁵⁴⁷ Benavides Vanegas, Farid Samir. Corrupción, violencia y derecho penal. Ponencia presentada en las XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia. Agosto de 2000. Página 146. <http://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1129/1071>

⁵⁴⁸ Al respecto, en el Boletín No. 40 del segundo trimestre del año 2012, la Fiscalía General de la Nación, reportó una disminución del 75% en el ingreso de casos judiciales a la Unidad Nacional Anticorrupción, en comparación con el mismo periodo del año 2011 (páginas 16 y 17). En el Boletín No. 39 del primer trimestre del año 2012, registró un menor ingreso de casos, equivalente al 81,1% frente al mismo trimestre del 2011 (págs. 16 y 17). Información tomada del sitio web: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/gestion/estadisticas/>.

cierto es que ese dato estadístico, simplemente muestra la tendencia -cada vez mayor- de restringir las investigaciones selectivas que adelanta la Unidad élite contra la Corrupción, de la Fiscalía General de la Nación.

Para SILVA GARCÍA⁵⁴⁹, el proceso globalizante pasa por la tentativa de construir un modelo de moral universal para expresar finalmente sus objetivos económicos, donde compañías transnacionales se disputan la adjudicación contratos por medio de la competencia exenta de interferencias y gastos ilícitos (sobornos, etc.), para lograr mayor eficiencia y homogeneidad de las condiciones de contratación. Estima que debería reducirse las regulaciones e intervenciones estatales, por cuanto ellas favorecerían la corrupción, dejando un mayor campo decisorio a la iniciativa privada y a las reglas propias del mercado. Por ello la corrupción, debe abordarla el derecho desde la perspectiva socio-económica que le es propia⁵⁵⁰.

En efecto, proteger a ultranza el principio de legalidad de los contratos estatales como se pregona en la actualidad, significaría materialmente sacrificar la *libertad de competencia económica*. Imaginemos -por ejemplo- un proceso de selección que cumpla con todas las exigencias legales, direccionado para la adjudicación a un tercero, o una contratación directa permeada de sofísticos argumentos jurídicos para desdibujar la realidad. Ambos modelos de contratación en su forma no serían susceptibles de reproche alguno, por cuanto se ajustarían rigurosamente a las prescripciones de la ley; sin embargo, esa falsa representación del derecho está impregnada de graves actos de corrupción, imperceptibles al tipo objetivo.

Podría pensarse, -en el ejemplo anterior- que se configura el injusto de *interés indebido en la celebración de contratos* (art. 409 C.P.). Sin embargo, la aplicación práctica de esta conducta punible, mediando la convocatoria pública que cumplió con todos los requisitos y trámites de ley, resulta bastante compleja desde el plano probatorio, salvo confesión del concierto ilícito acompañada de las pruebas que la respalden. Pero aún así, ello está significando que el ámbito de protección penal del principio de *legalidad* de las actuaciones contractuales, resulta inocuo frente al verdadero bien jurídico merecedor de tutela: *La libre competencia económica*⁵⁵¹.

⁵⁴⁹ Silva García, Gustavo. La problemática de la Corrupción dentro de una perspectiva socio-jurídica. Ponencia presentada en las XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., agosto de 2000. Páginas 130, 131. Información tomada de la página web: <http://revistas.uxternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1128/1070>

⁵⁵⁰ Villar Borda, Luis. La Corrupción Oficial en los Estados Contemporáneos. Universidad Externado de Colombia. Revista No. 68 de derecho penal y criminología. Bogotá, 2000. Vol. 21. Página 126.

⁵⁵¹ En sentencia C-228 de marzo 24 de 2010, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, frente a la libre competencia puntualizó: “...En criterio de la jurisprudencia analizada, existe

Pero, por encima del contenido deóntico del delito de *interés indebido en la celebración de contratos*, predicable de un funcionario, respecto de los deberes de objetividad y probidad de sus competencias, existen otros intereses (generales y particulares) que afectan el orden económico y social del Estado. Si se concentra la contratación en ciertos grupos de contratistas (oligopolio), devienen entre otros efectos, la especulación los precios del mercado⁵⁵² con grave afectación al patrimonio público, la posibilidad de crecimiento y sostenibilidad de las empresas sería incierta, y por supuesto, el índice de desempleo marcaría tendencia al alza.

La tesis de protección de los axiomas de la Constitución Política, adoctrinada por nuestra jurisprudencia vuelve difuso el principio de lesividad, en la medida en que el cumplimiento del principio de legalidad y de los valores fundamentales del Estado Social y Democrático de Derecho, no sólo atañen a los funcionarios en el ejercicio de los roles públicos, sino que al ser mandatos generales e imperativos -propios del pacto político social- se dirigen a todos sin distingo alguno⁵⁵³. De ahí que el principio de *legalidad* de la contratación estatal, mirado como bien jurídico objeto de tutela penal, más que un posible retroceso al positivismo jurídico de la época post-revolucionaria y al superado concepto de la *antijuridicidad formal*, implicaría desconocer la realidad social frente al verdadero factor de lesividad colectiva.

III. PROPUESTA INTERPRETATIVA: HACIA UN DELITO PARA AFRONTAR LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

De lo expuesto a lo largo de este trabajo, se precisan dos conceptos claramente diferenciables: La contratación y el contrato estatal. La contratación propiamente dicha⁵⁵⁴, puede definirse como el procedimiento y sistema de normas jurídicas que

competencia en un mercado cuando un conjunto de empresarios, en un marco normativo de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos, factores empresariales y de producción, en la conquista de un mercado determinado, bajo el supuesto de la ausencia de barreras de entrada o de otras prácticas restrictivas que dificulten el ejercicio de una actividad económica lícita. En ese orden de ideas, el núcleo esencial del derecho a la libre competencia económica consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas.(...)”.

⁵⁵² Restrepo Abad, Nicolás. El precio: clave de la rentabilidad. Editorial Planeta Colombiana S.A., primera edición. Bogotá D.C., 2010. Página 87.

⁵⁵³ El artículo 95 de la Carta Política, respecto de los deberes ciudadanos textualmente dispone: “*Artículo 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. (...)”.*

⁵⁵⁴ Artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

regulan toda la actividad administrativa para la formación, ejecución y terminación de los contratos que requiere la Administración Pública para lograr sus cometidos (aspecto adjetivo). Mientras que el contrato (aspecto sustantivo), es el instrumento o acto jurídico bilateral a través del cual la administración satisface la necesidad de proveerse de bienes y servicios para el cumplimiento de su objeto misional⁵⁵⁵.

Hecha esa caracterización tenemos que la política criminal del Estado, por encima de los esfuerzos para proteger los requisitos legales esenciales -de la contratación administrativa o del contrato estatal- desarrollados por la jurisprudencia, debe garantizar el equilibrio entre los principios de *objetividad*⁵⁵⁶ y de *libre competencia*

⁵⁵⁵ Artículos 3º, 14, 20, 23, entre otros, de la Ley 80 de 1993.

⁵⁵⁶ Al respecto el artículo 5º de la Ley 1150 de 2007, establece: “Artículo 5o. *De la selección objetiva. Es objetiva la selección en la cual la escogencia se haga 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. En consecuencia, los factores de escogencia y calificación que establezcan las entidades en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, tendrán en cuenta los siguientes criterios: 1. La capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización de los proponentes serán objeto de verificación de cumplimiento como requisitos habilitantes para la participación en el proceso de selección y no otorgarán puntaje, con excepción de lo previsto en el numeral 4 del presente artículo. La exigencia de tales condiciones debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza del contrato a suscribir y a su valor. La verificación documental de las condiciones antes señaladas será efectuada por las Cámaras de Comercio de conformidad con lo establecido en el artículo 6º de la presente ley, de acuerdo con lo cual se expedirá la respectiva certificación. 2. (Numeral modificado por el art. 88 de la Ley 1474 de 2011). La oferta más favorable será aquella que, teniendo en cuenta los factores técnicos y económicos de escogencia y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones o sus equivalentes, resulte ser la más ventajosa para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos. En los contratos de obra pública, el menor plazo ofrecido no será objeto de evaluación. La entidad efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los ofrecimientos recibidos y la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello. En los procesos de selección en los que se tenga en cuenta los factores técnicos y económicos, la oferta más ventajosa será la que resulte de aplicar alguna de las siguientes alternativas: a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad. 3. Sin perjuicio de lo previsto en el numeral 1 del presente artículo, en los pliegos de condiciones para las contrataciones cuyo objeto sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, las entidades estatales incluirán como único factor de evaluación el menor precio ofrecido. 4. En los procesos para la selección de consultores se hará uso de factores de calificación destinados a valorar los aspectos técnicos de la oferta o proyecto. De conformidad con las condiciones que señale el reglamento, se podrán utilizar criterios de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo, en el campo de que se trate. En ningún caso se podrá incluir el precio, como factor de escogencia para la selección de consultores. Parágrafo 1º. La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de las propuestas no servirán de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos. En consecuencia, todos aquellos requisitos de la propuesta que no afecten la asignación de puntaje, podrán ser solicitados por las entidades en cualquier momento, hasta la adjudicación. No obstante lo anterior, en aquellos procesos de selección en los que se utilice el mecanismo de subasta, deberán ser solicitados hasta el momento previo a su realización. Parágrafo 2º. Las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no serán objeto de calificación, ni podrán establecerse como documento habilitante para participar en licitaciones o concursos.”.*

económica en los procesos contractuales, ya que de garantizarse efectivamente estos dos principios, por sustracción de materia las exigencias legales esenciales, de validez, procedimiento de formación de las voluntades, de perfeccionamiento o como quiera concebirse, quedarían imbricadas en un solo delito, pues como vimos en apartes anteriores, la fiel observancia de los requisitos esenciales delineados por la jurisprudencia, no siempre supone el respeto del principio de igualdad.

Por ello, nuestro primer punto de partida en la presente propuesta, consiste en que el bien jurídico objeto de tutela penal es pluriofensivo, por cuanto debe abrigar el amparo preciso de dos postulados fundantes de la contratación estatal: 1) el de selección objetiva del contratista; y 2) el de libre competencia económica⁵⁵⁷. Los cuales apuntarían a un equilibrio justo entre la necesidad prestacional del Estado y la garantía de un orden económico-social seguro y sostenible, por supuesto sin desconocer la importancia de otros valores inescindiblemente ligados al actuar de la Administración Pública, pero que son regulados por otros sistemas de control.

El *deber de selección objetiva* que se propone como uno de los pilares (concretos) de protección penal, no solo involucra los principios de igualdad e imparcialidad en la escogencia del contratista, sino que lleva impregnado una serie de exigencias mínimas que garantizan la finalidad de la contratación, la capacidad potenciada del contratista para ejecutar el contrato requerido por la Administración, y las mejores condiciones técnicas y económicas para la entidad estatal y el patrimonio público, dentro de la dinámica del libre mercado. Es decir, ese deber objetivo de selección, comporta -ante todo- axiomas para la garantizar la satisfacción de la necesidad pública y la protección de los intereses generales.

Por su parte, el bien jurídico de la libre competencia⁵⁵⁸ corresponde al modelo de economía social de mercado que reconoce a la iniciativa privada la condición de motor de la economía, por cuanto se materializa la política laboral del país, se

⁵⁵⁷ Constitución Política: “artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”.

⁵⁵⁸ El artículo 87 inciso 2º de la Ley 489 de 1998, prohíbe a las empresas industriales y comerciales del Estado ejercer las prerrogativas y privilegios que afecten los principios de igualdad y de libre competencia de las empresas privadas. Prohibición que reitera y amplía el art. 2º de la Ley 1340 de 2009, y los artículos 2º Nral. 2 y 22 numerales 2 y 9 de la Ley 1341 de 2009.

consolidan las interrelaciones del mercado y se dirige la carga impositiva para el sostenimiento del Estado, entre otros aspectos. A fin de evitar las interferencias que puedan afectar la libre competencia en el mercado, la intervención del Estado en la economía, se ejerce por medio de diferentes autoridades e instrumentos. El *rol* principal que corresponde al Congreso de la República mediante las leyes, y el del poder ejecutivo a través de la potestad reglamentaria y de atribuciones de inspección, vigilancia y control de ciertas actividades o agentes económicos⁵⁵⁹.

Bajo estos postulados *iusfilosóficos*, la política-criminal adoptada por el Estado para combatir la corrupción administrativa generada por la contratación pública, además de la vaguedad normativa que comporta el tipo objetivo según se analizó con suficiencia, presentaría déficit en cuanto a la legitimidad en la intervención del derecho penal. En efecto, debe partirse de una triangulación entre los elementos involucrados en los contratos del Estado: 1) la base estaría representada por la Administración, quien está en situación de privilegio, al ser la requirente del bien o servicio o de la venta de un bien, y ejercer potestades de dirección y decisión en el proceso contractual; 2) en un extremo ubicamos el deber de selección objetiva; y 3) en el otro extremo la libre competencia⁵⁶⁰. Todo lo cual se simboliza así:



⁵⁵⁹ En sentencia C-228 de marzo 24 de 2010, la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, resaltó el carácter de garantía constitucional de la libre competencia y su esencia relacional: "...La libre competencia económica es una garantía constitucional de naturaleza relacional. Quiere esto decir que la satisfacción de la misma depende del ejercicio de funciones de inspección, vigilancia y control de las actuaciones de los agentes que concurren al mercado, con el objeto de evitar que incurran en comportamientos abusivos que afecten la competencia o, una vez acaecidos estos comportamientos, imponer las sanciones que prevea la ley. (...)".

⁵⁶⁰ Según Michel Basex, citado por el Dr. Marco Antonio Velilla, el Estado responde a las demandas sociales mediante dos categorías de políticas públicas: 1) las de prestación; 2) las de reglamentación. (Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. "La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual". Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Página 107). Consultado en la siguiente página web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136

Lo anterior para significar que la teleología de la contratación pública se orienta a la satisfacción de unas necesidades misionales de las entidades estatales, pero para conseguir esos fines la Administración, -a pesar de los instrumentos legales de privilegio con que es dotada para expresar su intención y adherir la voluntad del interesado- debe mantener un equilibrio óptimo al momento de su interrelación con ciertos condicionamientos inherentes a su necesidad (selección objetiva) y con las garantías preestablecidas normativamente (libre concurrencia de interesados) a favor del potencial contratista. La distorsión ilícita de esta comunicación normativa entre el deber objetivo de selección del contratista y la libertad de competencia, conllevaría a un acto de corrupción pública que debe enfrentar el derecho penal.

En esa interrelación de la Administración Pública y los elementos asociados al nacimiento del contrato estatal (selección objetiva y libre competencia)⁵⁶¹, surgen sobornos, colusiones, intereses desviados o interferencias u órdenes jerárquicas, que no necesariamente afectan la teleología de la contratación (lo cual haría parte de un delito de peculado por apropiación), sino que quebrantan a la Administración Pública interesada en contratar mediante las reglas objetivas, y a los empresarios integrantes de la libre competencia económica.

Dentro de las actividades de la Administración que en los procesos contractuales desencadenan atentados contra la libre competencia, el Consejero de Estado MARCO ANTONIO VELILLA⁵⁶², las identifica así: 1) no brindar las mismas informaciones a todos los oferentes; 2) permitir que una empresa pueda modificar su oferta después de abierta la urna; 3) conceder a un proponente mejora en el precio; 4) adjudicar a quien no reúne las condiciones del pliego de condiciones. 5) adjudicar el contrato a una empresa que ha sido producto de un acuerdo entre oferentes o licitantes. 6) imponer o favorecer una práctica anticoncurrencial. 7) contratación directa o ventajas especiales para las empresas públicas.

A raíz de los recientes escándalos de corrupción⁵⁶³, se pudo esclarecer que -por lo general- cualquiera de las interferencias anteriores va acompañada de dádivas pactadas entre funcionarios y contratistas o actos de abuso de poder e influencias, con repercusión de la calidad del bien o servicios adquiridos, donde la única

⁵⁶¹ En Hegel el “Estado ético” unifica los derechos y deberes, y garantiza los derechos individuales de cada ciudadano. (Pawlin, Michael. La realidad de la libertad – Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2005. Página 35).

⁵⁶² Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Página 112.

⁵⁶³ Investigación periodística del diario El Tiempo: <http://www.eltiempo.com/Multimedia/infografia/nule/>

posibilidad de ingresar al cártel de la contratación pública o acceder a un contrato sería mediante pactos ilícitos con el oligopolio engendrado por la corrupción⁵⁶⁴, lo cual supondría el reparto de parte de los recursos asignados al objeto contratado, poniendo en riesgo la ejecución total y oportuna del contrato.

Por ello, se hace necesario también adoptar mecanismos para evitar la elusión de los procesos públicos de escogencia de contratistas, que son distorsionados con contrataciones directas, acudiendo incluso a los contratos interadministrativos, en los cuales fundamentalmente se realiza una triangulación con otra entidad estatal para la contratación arbitraria de un tercero preestablecido, o mediante la figura de la urgencia manifiesta, en la cual el funcionario con argumentos retóricos acude a este mecanismo excepcional para contratar directamente a su allegado⁵⁶⁵. La Ley 1508 de 2012, y los Decretos 1467 de 2012 y 100 de 2013, por medio de los cuales recientemente se establece y regula el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, es un grave riesgo para la generación de corrupción.

En el primer capítulo de este trabajo (#3.2), se identificaron tres causas básicas de corrupción en la contratación pública: 1) Por la desviación de intereses (motivación del individuo); 2) Por las circunstancias que facilitan el abuso del poder; y 3) Por el beneficio extraposicional perseguido. No obstante, por el nuevo enfoque que se intenta proponer (libre competencia como bien jurídico), deberá examinarse el fenómeno pero integrando al otro actor principal: el empresario.

En el año 2004, mediante documento conjunto entre el Departamento nacional de Planeación y CONFECAMARAS, realizaron una encuesta empresarial sobre la corrupción y probidad en el sector público, cuyos resultados reflejan la relevante

⁵⁶⁴ Tiedemann, Klaus. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Editora Jurídica Grijley. Perú. Segunda edición. 2007. Página 174.

⁵⁶⁵ Algunos riesgos de corrupción identificados en los procedimientos de contratación, son: 1) Estudios previos o de factibilidad superficiales; 2) Estudios previos o de factibilidad manipulados por personal interesado en el futuro proceso de contratación. (Estableciendo necesidades inexistentes o aspectos que benefician a una firma en particular). 3) Pliegos de condiciones hechos a la medida de una firma en particular. 4) Disposiciones establecidas en los pliegos de condiciones que permiten a los participantes: 5) direccionar los procesos hacia un grupo en particular, como la media geométrica. 6) Restricción de la participación a través de visitas obligatorias innecesarias, establecidas en el pliego de condiciones; 7) Adendas que cambian condiciones generales del proceso para favorecer a grupos determinados; 8) Urgencia manifiesta inexistente; 9) Designar supervisores que no cuentan con conocimientos suficientes para desempeñar la función; 10) Concentrar las labores de supervisión de múltiples contratos en poco personal; 11) Contratar con compañías de papel, las cuales son especialmente creadas para participar procesos específicos, que no cuentan con experiencia, pero si con músculo financiero. (Presidencia de la República de Colombia. Estrategias para la construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano. 2012. Página 10). Consultado de la siguiente página web: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=PtQsJETJ4wI%3D&tabid=1655>

vinculación del sector privado en la dinámica de la corrupción estatal. En ella se indagó sobre la capacidad de ciertos grupos sociales de influir en las decisiones oficiales, entre los cuales se destacan los grupos económicos, seguidos por las multinacionales, los gremios económicos y las uniones sindicales. Con la menor capacidad se encuentran las ONG y las asociaciones de profesionales⁵⁶⁶. En la misma encuesta se conoció que la práctica del soborno se da por iniciativa del sector privado⁵⁶⁷.

Respecto a la calificación en honestidad de las autoridades encargadas de controlar la corrupción estatal, los resultados están por encima de 3.1, siendo la Fiscalía General de la Nación la mejor evaluada y las contralorías territoriales las de menor calificación. A pesar de la percepción positiva a cerca de los organismos de control, los empresarios muestran un bajo nivel de confianza en la denuncia de actos irregulares, pues únicamente el 14.5% de los que afirmaron haber recibido una solicitud directa de pago denunciaron el hecho, y de éstos, el 27% lo denunció a medios de comunicación, el 17% a la Policía y apenas el 9% denunciaron ante la Procuraduría y la Contraloría General, respectivamente⁵⁶⁸.

La presión ejercida por los funcionarios públicos, para obtener dineros ilícitos por los trámites administrativos a su cargo (cohecho), el mayor registro se encuentra en la contratación administrativa con una *frecuencia* del 11,9% de exigencia indebida de dinero y con un margen de efectividad en la adjudicación del contrato equivalente al 47,4%⁵⁶⁹. Ante la pregunta: “*Cuando se habla de sobornos ¿qué supone usted que pasa con mayor frecuencia?*... Los resultados de la iniciativa del soborno, se muestran en la siguiente gráfica⁵⁷⁰:

Gráfica No. 4 – Encuesta sobre iniciativa para el pago de soborno:

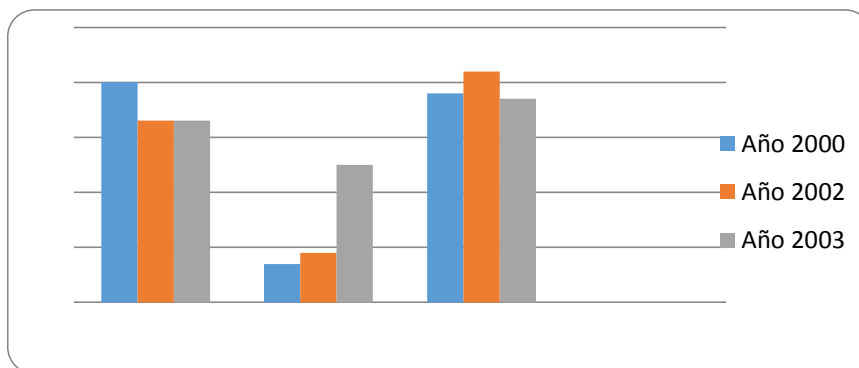
⁵⁶⁶ CONFECAMARAS – DNP. Probidad III. Encuesta empresarial sobre corrupción y probidad en el sector público. Documentos de Coyuntura No. 10. Primera edición. Bogotá D.C., 2004. Página 14. Consultado en: https://sinergia.dnp.gov.co/Sinergia/Archivos/a74fc893-ba94-46d0-b95e-64af1cdb53aa/Planeacion_Probidad_III.pdf

⁵⁶⁷ *Ibidem*. Páginas 15.

⁵⁶⁸ *Ibidem*. Página 15.

⁵⁶⁹ *Ibidem*. Página 28 (Gráficas 13, 14).

⁵⁷⁰ *Ibidem*. Página 26.



De lo expuesto hasta este momento, se infiere que deberá hacerse un estudio transversal de la corrupción en la contratación administrativa, ya que como vimos, la etiología del fenómeno tiene un doble componente. De un lado proviene de las desviaciones de los servidores públicos con injerencia en la actividad contractual, y del otro, de las iniciativas fraudulentas promovidas o aceptadas por el sector privado de la economía. Desde el punto de vista legal, estas infracciones contra la competencia económica dentro de las convocatorias públicas para la escogencia de contratistas, vienen regulándose a nivel de organismos de vigilancia y control bajo una modalidad de falta administrativa denominada *colusión*⁵⁷¹.

La libre competencia económica actualmente se encuentra en plena expansión con los TLC que progresivamente celebra el país, hace apremiante las medidas para la intangibilidad del proceso concurrencial, esencial para el mantenimiento de una economía de mercado globalizado y las necesidades privilegiadas del interés general. La política criminal debe abarcar en gran medida las *causas criminógenas* lesivas de los postulados de selección objetiva y de libre competencia⁵⁷², no solo de

⁵⁷¹ Mediante la Resolución No. 1055, de enero 19 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio, respecto de la colusión manifestó: “...Será colusorio el acuerdo entre competidores cuando, con la intención de obtener un resultado favorable en uno o varios procesos contractuales, se convenga con anticipación las condiciones en que van a actuar cada uno de ellos con el objeto de abstenerse de competir o de excluir a otros competidores potenciales. En el caso de la colusión en proceso de selección la afectación de intereses colectivos es doble. Se vulnera tanto el interés colectivo de la libre competencia como el relacionado con la protección del patrimonio público en la medida en que se disminuyen las posibilidades de asignación eficiente de recursos por parte de la respectiva entidad estatal. De esta manera, la conducta descrita se configurará cuando se presenten los siguientes supuestos fácticos: -La existencia de un acuerdo -Que el mencionado acuerdo tenga por objeto la colusión en las licitaciones o concursos, y/o -Que el acuerdo tenga como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.(...)”. En igual sentido, mediante Resolución No. 64400 de noviembre 16 de 2011, el mismo Organismo sancionó prácticas colusivas provenientes de la contratación.

⁵⁷² Hikal Carreón, Wael Sarwat. *Criminología Psicoanalítica, Conductual y del Desarrollo*. Primera edición. México. 2005. Página 55. Consultado de la siguiente dirección electrónica: <http://books.google.com.co/books?id=HTphlAYnSb0C&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Wael+Hikal%22&hl=es&sa=X&ei=0HIZUviEKIj68gTrioDYDg&ved=0CEUQ6AEwBA#v=onepage&q&f=false>

los funcionarios y empresarios que dolosamente quebrantaron las expectativas de imparcialidad e igualdad de oportunidades, sino de los asesores (jurídicos, técnicos o financieros), que de manera directa o indirecta, interna o externa, con vinculación o sin vinculación, facilitaron la defraudación de esas interrelaciones.

En consecuencia, mantener la vigencia de un tipo penal vetusto⁵⁷³, apoyado en concepciones pragmáticas de lucha contra el fenómeno de la corrupción pública, por fuera de la dogmática del derecho penal, deslegitima la intervención de libertad de los ciudadanos. Al respecto recordemos que MERKEL, señalaba que el delito podía ser caracterizado como “conducta antisocial” que afectaba intereses de una colectividad, pero tales intereses servían de criterio determinativo para fijar el alcance de la protección a los bienes jurídicos y los límites de intervención de la libertad, especialmente en los delitos considerados en sentido amplio⁵⁷⁴.

Si se retoma lo expuesto en el primer capítulo (#3.4) de este trabajo, se advierte que desde hace setenta y ocho años⁵⁷⁵, la legislación Penal Colombiana había consagrado un tipo penal que, -guardada la diferencia histórica- se aproxima a las realidades del mundo contemporáneo, pues el mismo comprendía las acciones de los servidores públicos (no sólo la del ordenador del gasto) que intervenían en la contratación, según la modalidad (directa o por licitación pública) y el momento (celebración o liquidación), y se prohibían dos conductas alternativas: 1) realizar acuerdos clandestinos con los interesados o los especuladores (*lobistas*); 2) usar maniobras engañosas. La *lesividad* consistía en obtener un resultado cualquiera.

Lo visto a lo largo de este breve trabajo, anima a revivir la polémica sobre la tipicidad y antijuridicidad del delito contrato sin cumplimiento de los requisitos esenciales descrito en el actual Código Penal vigente⁵⁷⁶, y reconducir el análisis y las críticas académicas a partir de nuevos bienes merecedores de la tutela penal (la selección

⁵⁷³ El delito tipificado en el art. 146 del CP de 1980, cumplió su propósito en vigencia del Estado Legal de Derecho imperante en la Constitución Política del 1886, donde la respeto y protección de la ley era uno de los mayores paradigmas del positivismo jurídico del siglo XIX.

⁵⁷⁴ Merkel, Adolf. Las acciones o conductas punibles. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2005. Páginas 11, 12.

⁵⁷⁵ Ley 95 de 1936: "Artículo 162. El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión....".

⁵⁷⁶ "Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años".

objetiva y la libertad de competencia). Por lo cual, con la única pretensión académica antes dicha, presento una propuesta para el escrutinio deliberativo, de dos tipos penales de las siguientes características:

“COLUSIÓN ADMINISTRATIVA.- El servidor público que en ejercicio de su cargo o de las funciones asignadas, omite adelantar un proceso público de selección de contratista o que al intervenir en el mismo, se concertare con los interesados o con terceros o usare cualquier maniobra o artificio, para obtener un resultado contrario a los deberes de selección objetiva o de libre competencia económica, incurrirá en prisión de....

“En la misma pena incurrirá quien acuda a la urgencia manifiesta o a cualquier forma de contratación directa, sin presentarse las razones objetivas para acudir a tal modalidad de contratación, o sin haberse resuelto las observaciones formuladas dentro del término legal.

“Los asesores externos, con o sin vinculación con la entidad estatal, que presten sus servicios profesionales en cualquier proceso de contratación, para efectos penales tendrán la calidad de servidores públicos.”

Para la hipótesis de la prohibición penal de la contratación directa amañada⁵⁷⁷, se requeriría que el Estatuto de Contratación Estatal, contemplara que los estudios previos de la contratación directa se publiquen en la *web*, por un término promedio de cinco días hábiles, para que se formulen observaciones contra la valoración jurídica que allí se hace de la modalidad de contratación. Momento en el cual, se suspende la competencia para contratar hasta tanto se resuelvan objetivamente las observaciones formuladas por terceros o autoridades públicas. En tal sentido, propondría completar la prohibición de contratar directamente, cuando se formulen observaciones a los estudios previos, adicionando un numeral al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, bajo los siguientes términos:

“5. En la contratación directa, los estudios previos y sus soportes deberán publicarse en la página web legalmente dispuesta para ello, por lo menos

⁵⁷⁷ La OCDE identifica tres desafíos para neutralizar la corrupción en la contratación pública: 1) Garantizar un nivel apropiado de transparencia que asegure un trato igual para los proveedores y la integridad en la contratación. 2) Generar profesionalidad íntegra entre los responsables de la contratación pública. 3) La rendición pública de cuentas sobre la gestión de los fondos del erario. (Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Páginas 95, 96).

cinco (5) días hábiles antes de la celebración del contrato, plazo en el cual no podrá celebrarse el contrato mientras esté pendiente por resolverse las observaciones formuladas, so pena de incurrir en las sanciones penales y disciplinarias respectivas. La entidad estatal deberá publicar su respuesta a las observaciones dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Vencido este término sin publicarse la correspondiente respuesta, la entidad deberá acudir a la convocatoria pública correspondiente.”.

De contera, si la tutela penal del principio de legalidad se cambia por protección a la libre competencia, los potenciales interesados en la celebración del contrato, al momento de la publicidad de los documentos preparatorios de la contratación directa, podrían ejercer el control de legalidad ante la entidad estatal interesada en el contrato, o denunciar ante las autoridades competentes (Procuraduría, Fiscalía, Contraloría y Superintendencia de Industria y Comercio), situaciones violatorias del principio de igualdad de oportunidades, y con ello evitar la celebración directa de contratos estatales amañados a favor de terceros determinados.

De otro lado, con esta tentativa de propuesta, los miembros del Comité Evaluador, los asesores externos y personas que se incidan en los procesos de contratación, tienen la obligación de adecuar su comportamiento a los deberes constitucionales. Fue común encontrar condenas contra alcaldes, gobernadores, ordenadores del gasto y sus delegatorios, bajo el argumento de la responsabilidad exclusiva⁵⁷⁸ e intransferible de los mismos y de la omisión de deberes de control; sin embargo, por virtud de principio funcional de la desconcentración administrativa⁵⁷⁹, los conceptos de los Comité de Evaluación son *presupuestos de motivación* de las decisiones contractuales para la escogencia del contratista⁵⁸⁰, y por ello, mal puede exonerarse penalmente, cuando existe dolo de infringir sus deberes de garantes.

Paralelamente, los escándalos recientes de corrupción administrativa pusieron al descubierto que asesores externos *sin relación* alguna con la entidad, pero con experiencia e idoneidad altamente calificada, al servicio de los corruptos (*genios*

⁵⁷⁸ Ley 80 de 1993: “Artículo 26°.- Del Principio de Responsabilidad. En virtud de este principio: ... 5°. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.”. [Se subraya lo pertinente].

⁵⁷⁹ Consagrado en el artículo 209 de la Carta y regulado en el artículo 8° de la Ley 489 de 1998.

⁵⁸⁰ Ley 80 de 1993, artículos 24 num. 7°, 30 num. 7 y 8.

*invisibles de la contratación*⁵⁸¹), crean toda la entramada jurídica para direccionar los procesos de convocatoria pública. Por ello, pese a la ausencia de *vinculación formal* con el Estado, tienen el *deber de garantía* que les impone la Constitución Política⁵⁸². Más aún, -desde la perspectiva valorativa- cuando estos profesionales voluntariamente deciden ejercer la asesoría altamente calificada en un proceso de contratación, deontológicamente las normas de la profesión⁵⁸³ le imponen el deber jurídico -específico- de protección del bien jurídico, más no de lesionarlo.

Otros comportamientos que me aventuro a proponer para el respectivo debate, están relacionados con las irregularidades cometidas al finalizar el contrato estatal que desencadenan corrupción administrativa y correlativamente afectación contra el patrimonio público. Por lo cual, consideraría necesario tipificar una conducta autónoma que abarque por lo menos los siguientes elementos del tipo objetivo e involucre a las partes cocontratantes:

“FRAUDE EN LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL.- El servidor público y el contratista que al momento de liquidar el contrato estatal, reconocieren obligaciones inexistentes a cargo de las entidades públicas o incrementen indebidamente el valor de las mismas, incurrirán en prisión...

“Cuando las partes contratantes omitan en el documento de la liquidación el deber de extender o ampliar las garantías de estabilidad de la obra, de calidad del bien o del servicio, de provisión de repuestos y accesorios, del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, o de responsabilidad civil, requeridas para asegurar los riesgos que puedan ocurrir con posterioridad a la entrega de los bienes o servicios contratados, también incurrirán en la misma sanción anterior.

“Si el contrato fuere de mayor cuantía la pena se aumentará en la mitad. En caso de mínima cuantía, la pena se rebajará de una tercera parte a la mitad.

⁵⁸¹ Retomando el calificativo de “los genios invisibles de la ciudad” de Ferrero (Ferrero, Guglielmo. Poder – Los Genios invisibles del Ciudad. Traducción de Eloy García. Editorial Tecnos S.A., segunda edición revisada. Madrid – España. 1998. Páginas 72, 73).

⁵⁸² Según el artículo 1º de la Carta, el Estado Colombiano está fundado en “la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Así mismo, de acuerdo con el artículo 6º *ibídem*, todos los particulares deben responder por las conductas infractoras del ordenamiento jurídico. Y finalmente el artículo 95 *ibídem*, impone a todos los ciudadanos -sin distinción- el cumplimiento de la Constitución y las leyes, amén del deber de apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas.

⁵⁸³ Para la profesión de la Abogacía, el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, para la Ingeniería el artículo 31 de la Ley 842 de 2003; para la Arquitectura el artículo 16 de la Ley 435 de 1998, y para los Contadores Públicos los artículos 1º y 7º de la Ley 43 de 1990, entre otras profesiones.

“En las mismas penas incurrirá el servidor público que realice cualquiera de las conductas anteriores mediante acto de liquidación unilateral del contrato, o que omita la liquidación del mismo dentro del término legal, o el particular que se abstenga de extender o ampliar las garantías exigidas por la entidad estatal antes de la liquidación del contrato.”

Con ese panorama se intenta buscar controles más eficientes a lo que la OCDE denomina: *“Las zonas oscuras de la contratación”*⁵⁸⁴, en especial sobre las fases previa y posterior a las convocatorias públicas de selección de contratistas, y las excepciones a los procedimientos competitivos (contrataciones directas). Con estas modestas y aventuradas reflexiones, se concluye la presente investigación guardando la esperanza que el tema desarrollado sea de interés general para revivir los estudios jurídicos sobre el particular y salgan propuestas académicas que enhorabuena puedan reducir la corrupción administrativa a una mínima expresión, máxime ante el nuevo paradigma de la economía globalizada, que más temprano que tarde ingresará a la contratación de nuestro país e incidirá en el progreso o retroceso del pueblo colombiano.

⁵⁸⁴ Información tomada de la exposición del Dr. Álvaro Navas Patrón, Vicecontralor General de la República. (Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Página 94). Consultado en la siguiente página web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136

CONCLUSIONES

1. Finalizado el presente trabajo de investigación, tenemos como primer resultado que gramaticalmente la jurisprudencia fusiona dos conceptos sustancialmente diferentes: la contratación y el contrato estatal. El ingrediente normativo del tipo penal prohíbe la tramitación, celebración o liquidación de los *contratos* estatales sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, y bajo este entendimiento, tendríamos que la conducta no está dirigida a los *procedimientos de contratación* estatal que desconozcan los principios constitucionales o valores axiológicos de la Administración Pública, si no hacia el acto jurídico generador de obligaciones con el cual la administración satisface la necesidad de proveerse de bienes y servicios para el cumplimiento de su objeto misional.
2. Luego de una breve revisión teórica del desarrollo de la contratación en el derecho administrativo, dentro de un contexto histórico, político y socio económico, según las legislaciones de Europa, Latinoamérica y Colombia, encontramos que los contratos de la Administración Pública, surgen de la necesidad de satisfacer los cometidos estatales por la ineficiencia e ineficacia institucional en la prestación de los servicios públicos a favor de los coasociados. Sin embargo, al no existir en el derecho público un instrumento de operación administrativa propio, se recurre a la figura de los contratos del derecho privado, pero estableciéndose unos requisitos especiales de administración que privilegian el interés público, siendo ellos:
 - El objeto del contrato y su alcance es la consecuencia de una etapa de planeación previamente agotada por la Administración Pública;
 - El precio del contrato se sujeta a las condiciones reales del mercado;
 - La selección del contratista está delimitada a razones de conveniencia de la entidad y al aseguramiento de los principios de transparencia e igualdad;
 - La aptitud del contratista se condiciona a la valoración de su experiencia, idoneidad y en algunos casos a la capacidad técnica, operativa y financiera;
 - La administración cuenta con potestades excepcionales para obtener el cumplimiento del objeto contractual o el restablecimiento del derecho;
 - Los contratos públicos deben someterse al control y vigilancia permanente para garantizar los fines de la contratación.
3. Examinado el Estatuto de Contratación vigente (Ley 80 de 1993), no aparece una tesis unilateralista que conciba al contrato estatal como negocio

exclusivo del derecho administrativo, ni otra unitaria que asimile los contratos del derecho público y los del derecho privado, pues nuestra regulación estableció una fórmula general de integración normativa entre ambos ordenamientos jurídicos, precisando que los contratos estatales se perfeccionan con el acuerdo escrito sobre el objeto y la contraprestación. Tesis respaldada por la jurisprudencia uniforme del Consejo de Estado. Todo lo cual conlleva a afirmar que un primer criterio para identificar los *requisitos esenciales* de los contratos estatales, dependerá del objeto específico de cada contrato de la administración.

4. Ahora bien, atendiendo la naturaleza onerosa de los contratos estatales donde se reportan beneficios contra prestaciones para el contratista, sumado a las altas cantidades de recursos públicos destinadas a la contratación, hacen del contrato estatal un instrumento dúctil para las prácticas corruptivas en el sector público. En algunos casos, se realizan todo tipo de fraudes o actos desviados concertados entre funcionarios y particulares para obtener la adjudicación de los contratos que realmente requiere la administración; pero en otros eventos, desafortunadamente la teleología de los mismos ha sido instrumentalizada para el saqueo del erario.
5. Para el tema de investigación, el fenómeno de la corrupción en la contratación está íntimamente ligado a la vulneración de los principios basilares de la función administrativa, más concretamente a los deberes de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y de transparencia a los cuales el funcionario público debe estricto acatamiento, ya que apareja el aprovechamiento de la investidura o del rol competencial, para beneficio personal o de terceros con quien aquél tiene lazos de afecto, compromisos ilícitos, razones de obediencia, sumisión o agradecimiento, con grave detrimento al interés general y del derecho de terceros interesados.
6. La doctrina identifica tres causas básicas de corrupción: 1) Por la desviación de intereses (motivación del individuo); 2) Por las circunstancias que facilitan el abuso del poder; y 3) Por el beneficio extraposicional perseguido. No obstante, una encuesta realizada por CONFECAMARAS releva datos según los cuales existe transversalidad de unos grupos del sector privado en la dinámica de la corrupción estatal. En ella se destacó que ciertos grupos económicos son capaces de influir en las decisiones oficiales, los siguen las multinacionales, gremios económicos y las uniones sindicales. Con la menor capacidad, se encuentran las ONG y las asociaciones de profesionales. Por

lo que se presenta una doble vía en la etiología de la corrupción contractual, en la que convergen el sector público y el privado.

7. La percepción de los ciudadanos sobre la corrupción en el continente Americano (IPC), realizada por la ONG Transparencia Internacional para el año 2012, arrojó el siguiente resultado para Colombia, quien ocupó el puesto número 94 de 176 países evaluados en el Mundo, y el escaño 20 de 31 naciones del continente:

Tabla No. 3 – Percepción de la corrupción en el Continente Americano:

Posición Mundial	Posición Continente	Nombre del País	IPC 2012 puntaje
9	1	Canadá	84
15	2	Barbados	76
19	3	United States	73
20	4	Chile	72
20	4	Uruguay	72
22	6	Bahamas	71
22	6	Saint Lucia	71
33	8	Puerto Rico	63
36	9	Saint Vincent and the Grenadines	62
41	10	Dominica	58
48	11	Costa Rica	54
58	12	Cuba	48
69	13	Brasil	43
80	14	Trinidad and Tobago	39
83	15	El Salvador	38
83	15	Jamaica	38
83	15	Panamá	38
83	15	Perú	38
88	19	Suriname	37
94	20	Colombia	36

102	21	Argentina	35
105	22	Bolivia	34
105	22	México	34
113	24	Guatemala	33
118	25	República Dominicana	32
118	25	Ecuador	32
130	27	Nicaragua	29
133	28	Guyana	28
133	28	Honduras	28
150	30	Paraguay	25
165	31	Haití	19
165	31	Venezuela	19

8. Un segundo tema agotado fue el examen del principio de legalidad del delito y las legislaciones que criminalizan las desviaciones en la contratación administrativa. Después de una revisión de las normas penales y especialmente respecto de la evolución de la teoría del delito, se constató que el principio de tipicidad sigue manteniendo las exigencias de claridad, taxatividad y univocidad de la conducta prohibida, las cuales garantizan que la intervención del Estado en la libertad de las personas no quede sometida al arbitrio o capricho de los jueces. Igual regulación se predica de los tipos incompletos o en blanco, y en ese sentido ha sido uniforme la jurisprudencia de constitucionalidad, al condicionar la validez de los tipos en blanco a los presupuestos de taxatividad y precisión del supuesto de hecho.

9. Revisadas algunas formas de criminalización de la celebración indebida de los contratos estatales en el derecho comparado, bajo la tutela del principio de legalidad administrativa en la tramitación, celebración y liquidación del contrato estatal, únicamente Estonia, Brasil, México y Colombia, han elevado a la categoría de delito irregularidades en la contratación pública. Sin embargo, en Estonia la lesividad material se integra al tipo objetivo, a través de la expresión *“si se causa con ello un daño significativo a los derechos o intereses de otra persona o a los intereses públicos”*, con lo cual la amenaza de pena presupone un daño material a los concursantes o al interés público, y no a los principios de la administración.

10. En Brasil, las normas imperativas contenidas tanto en la Constitución Política como en el Código Penal y en la Ley de adquisiciones, son expresas y precisas al determinar que la protección estatal recae sobre el principio de igualdad de oportunidades o libre competencia económica y no en el de legalidad propiamente dicho. Entre tales conductas destacamos, el no realizar la licitación pública en los casos señalados en la ley o no cumplir las formalidades que habilitan otras formas de contratación pública (uso indebido de contratación directa), y obstruir sin justa causa la inscripción de los interesados en los registros catastrales (registro público de proponentes) o propiciar la suspensión o cancelación del registro.
11. El Código Penal Federal de México, tipifica conductas alternativas de *abuso de funciones públicas*, dentro de las cuales aparecen las de otorgar concesiones de prestación de servicio público o de explotación, aprovechamiento y uso de bienes Federales, u otorgar, realizar o contratar obras públicas, deudas, adquisiciones, arrendamientos, enajenación de bienes o servicios, o la colocación de fondos y valores con recursos públicos. Empero, la protección penal se dirige al aspecto *funcionarial* u obediencia al deber ser que el cargo público impone, donde el principio de *legalidad* simplemente regula la competencia del funcionario.
12. En Colombia, los actos de corrupción originados a través de la contratación estatal llevaron al legislador del año 1980 a enfrentar este fenómeno a través del derecho penal, creando varias conductas delictivas y tipos alternativos para proteger los principios de igualdad, legalidad y moralidad pública que orientan la actividad administrativa, a través de los requisitos esenciales del contrato. En principio el Estatuto Contractual vigente antes del año 1993, señalaba taxativamente unos requisitos generales del contrato estatal que apaciguaban críticas sobre la validez del delito y de sus consecuencias. Pero, la falta de determinación precisa de la actual legislación genera insuperables cuestionamientos, en cuanto a la tipicidad del delito contrato previsto en el artículo 410 del Código Penal.
13. La jurisprudencia por vía interpretativa, estableció unas pautas generales según las cuales los principios constitucionales que orientan la función administrativa y las condiciones de validez de los contratos del derecho privado, son los requisitos *esenciales* del contrato estatal. No obstante, ello representa apenas una solución pragmática para combatir la corrupción derivada de la contratación, pero más allá de la utilidad de la interpretación

judicial, tenemos que los requisitos legales de la esencia del contrato estatal, en el derecho penal colombiano, fueron determinados por vía judicial, más no mediante deliberación y aprobación democrática en el seno del Congreso de la República, como corresponde en los estados de derecho.

14. Igualmente se verificó que dentro de los instrumentos legales para enfrentar la corrupción derivada de la contratación pública, algunas legislaciones de Europa y Latinoamérica tipifican el delito de fraude funcional que consiste en concertarse previamente con los interesados en la contratación o utilizar cualquier maniobra artificiosa con el fin de defraudar determinado ente público. Ambas conductas comportan una textura abierta que permite válidamente reprochar todo atentado a los deberes de probidad y objetividad los funcionarios. También se constató la existencia del favoritismo o fraude a los procedimientos de contratación pública mediante el delito de cohecho -si se fundamenta en dádivas-, o de estafa -si el fin es obtener un provecho ilícito. Ninguno de ellos protege la legalidad contractual.
15. Un tercer resultado del presente trabajo, consistió en que no obstante las teorías que defienden y se contraponen al bien jurídico como presupuesto del injusto penal, el Código Penal colombiano (artículo 11) acogió la corriente dominante de la antijuridicidad material, donde la conducta típica requiere de la lesión o puesta en peligro efectivo el bien jurídico tutelado por la ley penal. Bajo este contexto se revisó, en primer lugar, la Administración Pública como bien jurídico objeto de protección penal, encontrando que gran sector de la doctrina niega el resguardo de la Administración como tal y de su dignidad, para reconocer la actividad pública como el único interés merecedor de amparo, entendida ésta como el instrumento prestacional de los servicios que las instituciones públicas tienen a cargo para el bienestar de los ciudadanos en el marco del Estado Social de Derecho.
16. Otro sector de la doctrina considera que el correcto funcionamiento administrativo es una finalidad protectora del interés general que requiere de concreción en el tipo penal, en la medida en que deben resguardarse unos “mínimos” al momento de la actividad prestacional a cargo del Estado. Es decir, el derecho penal debe tutelar los bienes que comportan el interés básico para la continuidad del sistema político-social, que trasciendan lo netamente administrativo, tales como, el delito de prevaricato con el cual se protege la ley, la infracción de custodia sobre la información y secretos oficiales para tutelar la seguridad documental, el cohecho para impedir el

enriquecimiento ilícito y la corrupción administrativa. Pero, todas las posturas coinciden en la protección moderada de la Administración.

17. En virtud de la naturaleza omnicomprensiva de la Administración Pública, la cual involucra componentes orgánicos, funcionales y misionales, nuestra revisión se restringió al principio de legalidad de las actuaciones administrativas y al contrato estatal mismo, para examinar su transgresión a través de la contratación pública. Hecha la exploración, tenemos que el proceso de formación de voluntad de la administración en la contratación pública es reglado, por cuanto se descompone de varias fases propias de toda actuación administrativa que involucran actos preparatorios, de trámite y conclusivos hasta la escogencia del contratista, el perfeccionamiento, ejecución y liquidación del contrato.
18. Y que por tanto, la convergencia entre escogencia del contratista y la oferta más favorable a los intereses estatales, se sujeta a los procedimientos preestablecidos en las leyes y reglamentos, inspirados en un doble propósito: un componente axiológico, orientado al cumplimiento de los cometidos estatales, los cuales se logran con el acatamiento del objeto contractual, y un componente deontológico, encaminado a garantizar la moralidad y los deberes en la respectiva negociación. Bajo estos supuestos teóricos, la decisión administrativa de adjudicar y celebrar un contrato estatal, no es una facultad discrecional de las entidades públicas.
19. Conforme a lo anterior, nuestra legislación y jurisprudencia bajo el paradigma del principio de legalidad de los contratos estatales que protege el artículo 410 del Código Penal, en realidad reprochan es el desconocimiento de los procesos de selección de los contratistas y el incumplimiento de los requisitos formales de perfeccionamiento y legalización de dichos contratos, al punto que los principios y la axiología de la Administración Pública, son usados de argumentos recurrentes para cuestionar la contratación directa. A pesar de la auscultación del variado material jurisprudencial, no se obtuvo referente de cómo se materializa la conducta prohibida durante la etapa de liquidación del contrato estatal, ya que los requisitos concebidos como de “esenciales” tienen lugar antes de su ejecución.
20. Por tanto, no resulta suficiente en cuanto al contenido tutelar, el esbozo apoyado en el bien jurídico de la legalidad y demás principios de la Administración Pública, ya que la ilegalidad está presente en todo

comportamiento ilícito, y sin embargo, no toda conducta contraria a derecho conlleva necesariamente a considerarla de punible, con mayor razón cuando la valoración de reglas jurídicas tan complejas y cambiantes (como las de contratación), da lugar a la relativización del contenido normativo, anteponiéndose en muchos casos el criterio judicial ante las realidades legales que motivaron la contratación, previniendo a que los buenos propósitos de gobierno se vean frustrados por el temor de involucrarse en un proceso penal y la impactante alarma social auspiciada por los medios de comunicación.

21. La protección en grado superlativo de los principios de Administración Pública, no resultaría acorde con el axioma de intervención mínima del derecho penal, pues la jurisprudencia constitucional, ha precisado que dentro del sistema normativo los principios están llamados a servir de fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas de derecho, y servir de fuente integradora del derecho, en caso de laguna normativa concreta y específica. De contera, los principios tienen triple función valorativa: sirven de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico, para la aplicación de las innumerables reglas de derecho.
22. Por ello, el ámbito de protección penal desarrollado por la jurisprudencia no cubre la tutela del principio de legalidad del contrato estatal (los requisitos de su esencia) como prescribe el tipo normativo, sino los principios de la Administración Pública que regulan la contratación pública (no el objeto material) o actividad contractual, con lo cual pueden presentarse situaciones donde sin existir concierto previo entre las partes, ni dolo de infringir los principios de la contratación pública, ni acción u omisión para lesionar el interés general, se desconozcan reglas de contratación (antijuridicidad formal), y por ello las partes contratantes resulten sancionadas por mera violación del principio de legalidad, y peor aún, cumpliendo con los deberes deontológicos y axiológicos que fijan la Constitución y el contrato.
23. Mientras que paradójicamente, el funcionario corrupto se asocia con los *cárteles* de la contratación para defraudar el interés general en beneficio particular, quienes crean un equipo multidisciplinario de asesores (jurídicos, técnicos y financieros), con experiencia e idoneidad altamente calificada en la materia, para encargarse de todo el manejo del proceso contractual y bien sea mediante el procedimiento amañado o la indebida contratación directa,

llevan a cabo el designio criminal propuesto, consistente en adjudicar arbitrariamente el contrato. Respecto de estos procesos contractuales, se observaron las reglas jurídicas y por ende pasan todos los controles de legalidad, sin ningún inconveniente. Por lo cual, el principio de legalidad queda rezagado a un simple discurso anacrónico.

24. De otra parte, en el plano estrictamente interpretativo, observamos que las normas de derecho constitucional presentan una solución distinta a la dispensada por la judicatura, esto es, la *“primacía del derecho sustancial sobre el instrumental”*. Por ende, si al caso difícil aplicamos un juicio de ponderación entre las *necesidades* colectivas a satisfacer con el contrato estatal, frente a las reglas de procedimiento para la formación y liquidación del acto negocial, habría que mirar el peso entre la solución de las necesidades esenciales del Estado y las ritualidades empleadas para esa lograr ese fin. Lo que se traduce en la valoración entre el medio (reglas y procedimiento) y el fin (cometidos estatales). Igual solución arroja, si ponderamos los derechos fundamentales con los principios de la función administrativa.
25. Ahora bien, más allá de los desarrollos legales y elaboraciones hermenéuticas de la conducta prohibida según lo acabamos de abordar, en nuestro ordenamiento el *quid* del asunto no estriba en el eventual problema interpretativo de la ley penal, por textura abierta e indeterminada de las normas extrapenales de complemento, como aparentemente ha sido entendido por nuestra jurisprudencia y gran sector de la doctrina, sino que aparejada con una sofística argumentación referida a la protección del principio de legalidad del derecho contractual, cuando la verdadera lesión se produce a la igualdad de oportunidades y la libertad de competencia económica que consagra el nuevo mundo globalizado.
26. En efecto, si de resguardar la legalidad de los procesos contractuales o de los contratos se trata, nuestro ordenamiento jurídico ha implementado controles más eficaces para restablecer la vigencia de las normas legales, entre ellas, la nulidad absoluta de los contratos y terminación administrativa de éstos, la revocatoria directa de los actos administrativos (incluyendo los de trámite, los preparatorios y resolutorios), acciones de legalidad judicial y las medidas cautelares previstas en la Ley Contenciosa Administrativa, el control disciplinario sobre el funcionario que incluye la suspensión cautelar del cargo y la sanción de destitución e inhabilidad mínima de diez años para

el ejercicio de funciones públicas y la celebración de contratos estatales, o el control fiscal con la medida de suspensión del cargo.

27. El desarrollo jurisprudencial vuelve más difuso la aplicación del tipo normativo que se analiza, al punto que la definición de la conducta prohibida (requisitos legales esenciales), parecería depender de la valoración especial de cada caso y de la posición pragmática que asuma el juzgador penal para reprimir las fortuitas o voluntarias irregularidades surgidas de los procesos contractuales, conduciendo inclusive a posturas ambivalentes en cuanto al bien jurídico tutelado por el magisterio penal, con lo cual tienden a confundirse los delitos de *interés indebido en la celebración de contrato* y de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* previstos en los artículos 409 y 410 del Código Penal, respectivamente.
28. En consecuencia, resultaría necesario revisar el ámbito de la tutela penal, cuya teleología propende por la reprensión de los actos de corrupción administrativa derivados de la contratación estatal, sin que se sacrifiquen la satisfacción de las necesidades colectivas de los coasociados, la prosperidad y desarrollo del país, el auge de la inversión extranjera, y ante todo el derecho de libre competencia que le asiste a todo empresario. Por ello, la penalización o no de las desviaciones e incorrecciones surgidas de la contratación pública, merecen una valoración que responda a las verdaderas transformaciones políticas e ideológicas del momento.
29. Un cuarto objetivo de la investigación, consistió en analizar la tipificación del delito y sus problemáticas en el derecho penal colombiano. Al revisar los antecedentes legislativos de la conducta prohibida, tenemos que la regulación contractual de los años 1975, 1976, 1983 y 1986, permitía complementar el tipo en blanco descrito en el otrora artículo 146 del Código Penal de 1980, sin mayores inconvenientes hermenéuticos, pues tales legislaciones establecieron unos requisitos especiales para que los contratos de la Administración nacieran a la vida jurídica, que a pesar de no ser propiamente requisitos de la esencia de tales contratos, se tomaban jurisprudencialmente como criterios válidos para la completud del tipo.
30. El problema de imprecisión típica fue agravado con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, al no definir expresamente los requisitos esenciales del contrato estatal ni enlistar unos condicionamientos expresos para su caracterización, como en su momento lo hicieron el derogado artículo 25 del

Decreto 222 de 1983 que de forma expresa determinaba los requisitos legales para la celebración de los contratos de la Administración Pública, y las normas para la contratación de las intendencias y comisarías. La solución dispensada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2000, conforme a la cual los requisitos esenciales son todos los principios constitucionales de la Administración Pública, no deja zanjada la problemática y a mi juicio aumenta el interés académico.

31. El ingrediente normativo del tipo penal, presenta una doble deficiencia dogmática. La primera por el tipo base, en la medida en que introdujo un concepto jurídico desconocido o no desarrollado por la teoría de la contratación administrativa, como son los requisitos esenciales del contrato estatal, lo que conllevó a que la jurisprudencia trazara por fuerza vinculante y con la amenaza de una conminación penal, lo que a su juicio resultaba eficiente para combatir la corrupción imperante en nuestro país. En segundo lugar, porque la norma de complemento (Ley de Contratación) no estableció de manera taxativa, clara ni precisa los requisitos esenciales del contrato.
32. Una solución sería atender la tesis del profesor SANTIFIMIO GAMBOA, quien parte de dos criterios que a su juicio permitirían identificar los requisitos esenciales del contrato estatal. El primero acudiendo a la teoría general de los negocios jurídicos, para extraer las exigencias legales estructurales, sin las cuales se generaría la ineficacia o nulidad del vínculo jurídico, y el segundo criterio que a cada una de las etapas se le apliquen los principios generales del Estatuto de Contratación Administrativa, los cuales contienen los requisitos mínimos legales para todos los contratos y otros específicos que dependen del tipo y naturaleza del contrato. Elaboración que se identifica con la jurisprudencia imperante.
33. Más allá de las acuciosas producciones teóricas basadas en los defectos de estructura y procedimentales que afectarían las etapas de tramitación, celebración y liquidación del contrato estatal, y como corolario darían lugar a su ineficacia o invalidez, el punto cardinal estriba en la falta de taxatividad y precisión de la conducta prohibida. En efecto, si bien las imperfecciones que se presenten en cualquiera de las tres etapas mencionadas llevan a consecuencias jurídicas por lesionar el principio de legalidad, ello no quiere significar que tales defectos legales se traduzcan *-per se-* en los requisitos esenciales del contrato, pues son condiciones de su existencia, validez y eficacia, pero nunca de su esencia.

34. En ese sentido, si bien las elaboraciones académicas que doctrina y jurisprudencia han suministrado a la problemática, son de vital importancia para el fundamento teórico de una definición legal, no puede perderse de vista que ante la inexistencia de *precisión* y *taxatividad* normativa respecto de los requisitos esenciales del contrato estatal, estas posiciones resultan inadecuadas -desde el punto de vista dogmático- para sustentar la declaratoria de responsabilidad penal en los casos concretos, dado el evidente doble *rol* de legislador y juzgador que en la práctica estaría asumiendo la judicatura, frente a la ambigüedad de la norma.
35. Al respecto, vale reiterar que conforme al artículo 41 de la ley 80 de 1993, para el perfeccionamiento del contrato estatal se exige *únicamente* el acuerdo solmene de voluntades entre la Administración Pública y el tercero contratista, sobre el objeto y la contraprestación. En este sentido, los reproches de ilegalidad elaborados a partir de la existencia, eficacia o validez del contrato estatal, para afincar métodos asistemáticos de identificación de los requisitos esenciales del acto jurídico, no dejan de ser juicios teóricos que desfasan los límites formales del derecho penal respecto de la *tipicidad inequívoca* del supuesto de hecho prohibido, y más bien comportan la distorsión de instituciones jurídicas sustancialmente diferentes.
36. Por consiguiente, resultaría latente la fractura del principio de legalidad estricta y con ello el de tipicidad, a partir de la interpretación uniforme de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y abrigada por la Corte Constitucional, si tenemos en cuenta de un lado, el eventual vaciamiento legislativo, y del otro, la ausencia de una regla legal que describa en forma concreta e inequívoca el comportamiento prohibido, dada la textura abierta concebida en la interpretación actual.
37. Por fortuna, la decisión del Tribunal Constitucional no fue unánime frente al tema y el salvamento de voto del Magistrado JAIME ARAUJO RENTERÍA mantiene vigente la discusión, quien fue del criterio que la norma acusada debió salir del ordenamiento jurídico penal, pues en primera medida, el tipo penal no definió los requisitos esenciales del contrato estatal, dejando a la discreción del juez penal tal determinación; en segundo término, porque conforme a la teoría general de los contratos, los elementos esenciales varían de acuerdo a la tipología del vínculo negocial; y por último, puntualizó

que la imprecisión del tipo demandado puede atentar contra el derecho a la libertad de los ciudadanos.

38. Si bien la jurisprudencia apunta a combatir una de las causas más generadoras de la corrupción administrativa, no debe perderse de vista que de no existir límites claros de aplicación del tipo penal, eventualmente podría revivirse el superado método de interpretación legal de la *jurisprudencia de intereses*, tergiversada por el “FÜHRER” y el régimen fascista que operó en la Alemania del III *Reich*, con lo cual se sacrificarían los principios fundantes del derecho penal liberal, surgidos del pensamiento de BECARÍA y reformulado por FEURBACH. Se desconocería el principio de legalidad estricta, una de las mayores conquistas del derecho penal liberal y el principio de intervención mínima defendido por FERRAJOLI, amén de tergiversarse el alcance del verdadero bien jurídico objeto de protección penal.
39. El Congreso de la República se mantiene al margen de la indeterminación creada por los errores de técnica legislativa resultantes de una política criminal objetiva, dejando a merced de los jueces la responsabilidad constitucional de crear los tipos penales e interpretar las leyes, contrariando los artículos 28, 29, 150 numeral 1º y 230 de la Carta Política, quienes a través de las elaboraciones hermenéuticas aplican según su convicción un tipo penal tan drástico, limitativo de los derechos fundamentales de libertad y de participación política del ciudadano, con lo cual se estaría desconociendo el principio democrático-liberal de *reserva de ley*.
40. Vemos que las legislaciones posteriores al Estatuto de Contratación (Leyes 1150 de 2007 y 1474 de 2011), no han resuelto la vaguedad que presenta el tipo penal, y por el contrario, incrementaron la corrupción en la contratación.
41. Por ejemplo, la restricción para financiar las campañas políticas introducida por el artículo 2º del denominado Estatuto Anticorrupción (L. 1474 de 2011), en virtud de la cual las personas que hayan financiado campañas políticas a la Presidencia de la República, a las gobernaciones o a las alcaldías con aportes superiores al dos punto cinco por ciento (2.5%) de las sumas máximas a invertir por los candidatos en las campañas electorales en cada circunscripción electoral, no podrán celebrar contratos con las entidades públicas -incluso descentralizadas- del respectivo nivel administrativo para el cual fue elegido el candidato financiado, en realidad no es lo que aparenta.

42. En efecto, esa “medida” legislativa con que aparentemente se enfrenta uno de los factores de corrupción de la contratación pública (financiación de campañas a cambio de contratos), favorece a las mismas personas encargadas de hacer las leyes en nuestro país, quienes realmente prohibieron que las donaciones del sector privado -interesado en contratarse hagan directamente a los candidatos a cargos uninominales, más no a los de las corporaciones públicas, incluyendo las territoriales. Al ser los parlamentarios jefes políticos de éstos, sirven de enlace para la financiación de dichas campañas, concentrándose en los congresistas más poder burocrático y clientelista del que existía antes de la “*transformadora*” norma, y en menor grado, se esparce la corrupción a nivel de diputados y concejales.
43. Es decir, si se me permite un análisis crítico al citado artículo 2º de la Ley 1474 de 2011, desde la perspectiva de la corrupción originada de la contratación de la Administración Pública, plantearía la siguiente reflexión: ¿Será una medida legal eficiente para contrarrestar la corrupción de la contratación pública, prohibirle al sector privado -interesado en contratar- la financiación directa de las campañas políticas a la Presidencia de la República, las gobernaciones y las alcaldías, para hacerlo ahora por conducto de los congresistas, diputados y concejales?
44. De otro lado, la aparente creación del delito de *colusión* introducido por el artículo 27 de la citada Ley 1474 de 2011, con el cual se pretendían evitar acuerdos ilícitos entre los proponentes para alterar la objetividad de las convocatorias públicas de selección, ocasionó el aumento de la contratación directa y de mínima cuantía en el año 2012, ya que el tipo normativo exige la presencia de licitación, subasta, selección abreviada o concurso de méritos, y por ende no cubre los eventos de contratación directa ni de menor cuantía, siendo atípica la conducta en estos dos supuestos normativos. Con lo cual, este nuevo delito ocasionó la violación de los procesos de escogencia pública del contratista, mediante argucias jurídicas para aparentar la legalidad de las contrataciones directa y de mínima cuantía.
45. En definitiva, la tesis dominante con que fue abordada la problemática, de tratarse de un tipo en blanco donde la completud del ingrediente normativo se integra a las fuentes axiológicas del derecho administrativo, según la jurisprudencia pacífica, no resulta suficiente desde el punto de vista dogmático, por cuanto pese al consenso mayoritario de combatir la corrupción originada de la contratación pública, también lo es que la política

criminal adoptada por el legislador y delineada por la justicia no puede desconocer el principio de estricta legalidad, conquistado en los estados democráticos contemporáneos, donde la certeza sobre la conminación de pena logra la prevención general negativa.

46. Paralelamente, surgen otros problemas de tipicidad. En primer lugar, con el *criterio unitario* del contrato estatal, según el cual para efectos penales todos los contratos de la Administración deben sujetarse a las normas de la Ley 80 de 1993, sin importar el régimen especial de ciertas entidades públicas, la jurisprudencia está recurriendo a la analogía prohibida, puesto que si bien ellas se rigen por los principios de la función administrativa, dada su naturaleza, fueron excluidas expresamente para regularse por el derecho privado; *verbigracia* los hospitales, empresas de servicios públicos domiciliarios, empresas industriales y comerciales, sociedades de economía mixta, entidades financieras y de seguros, entidades del sector Defensa, empresas de servicios de telecomunicaciones y televisión, entidades que desarrollan actividades de exploración y explotación de recursos naturales, y las entidades de Ciencia y Tecnologías, entre otras.
47. Una segunda problemática adicional, es que la textura abierta de la norma complementaria -por la interpretación expansiva impuesta por la jurisprudencia- y la ambigüedad del tipo nuclear, vuelven absolutamente inoperante la teoría del error, pues ni siquiera se tienen en cuenta la especialidad, incomprensibilidad e inestabilidad de las normas contractuales, ni el hecho de que en la mayoría de los casos los representantes legales de las entidades estatales, actúan supeditados a los comités asesores, lo cual está indicando teóricamente que la tipicidad como categoría dogmática tiene inconvenientes irresolubles de aplicación y evidencia un problema asistemático en el contexto normativo del tipo objetivo.
48. Surge otro problema adicional respecto de la autoría y la participación, en el delito de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales: si normativamente el deber específico de cumplir con los trámites *legales* de la contratación, es exclusivo de los funcionarios que están obligados -por leyes y reglamentos- al agotamiento de las etapas preparatorias, previas y conclusivas de la actividad contractual, por contar con conocimientos especializados y destrezas que le permitieron -a través del mérito- el ingreso a la función pública ¿por qué en caso de errores legales imputables a la entidad, respondería el contratista ajeno a prácticas corruptivas, a quien sólo

lo motivó el aspecto objetivo (colaborar con los fines estatales) y el subjetivo (obtener una contraprestación) y en virtud de ello simplemente adhirió a la actuación reglada de la entidad?.

49. Por lo tanto, extender la responsabilidad penal del agente estatal al tercero que firma el contrato -a título de partícipe (en la tesis de Roxin) o coautor (en la de Jakobs)- quien se vincula con la Administración motivado por legítimos intereses y cuyos deberes institucionales (cumplimiento del objeto contractual) surgen a partir de la formalización del contrato y no antes, podría significar una *responsabilidad objetiva*, por cuanto se le reprocha nada más por el haber concurrido a la firma de un contrato con el funcionario garante de la legalidad, sin importar los elementos cognitivos ni volitivos del dolo respecto del *extraneus*.
50. Tampoco existen criterios certeros de imputación contra el agente institucional, toda vez que de acuerdo con los artículos 11 y 26 numeral 5º de la Ley 80 de 1993, la sola relación normativa con la actividad contractual, lo sitúa igualmente en una responsabilidad objetiva: el representante legal de la entidad estatal es el único responsable de la contratación. Por ello, la delegación para contratar no transfiere en todos los casos la responsabilidad personal al delegatario, ya que contradictorias han sido las decisiones judiciales frente a la aplicación del *principio de confianza* (limitante de la imputación objetiva), en unos casos la jurisprudencia admite su procedencia y en otros más recientes, bien lo matiza basado en el deber objetivo de cuidado, o simplemente niega su aplicación.
51. Por último, después del estudio vertical del objeto de esta investigación, se procedió al análisis transversal de los efectos producidos con la actual política criminal y los factores que desencadenan la sostenibilidad de la corrupción en la adjudicación de los contratos estatales, a fin de concebir una descripción típica que se aproxime a las actuales interrelaciones sociales y las categorías dogmáticas vigentes. Como resultado de esta dialéctica, se encontró en primer lugar, que la jurisprudencia se ha inclinado por la teoría liberal del derecho de HART, permitiéndole al juez llenar por vía hermenéutica las lagunas normativas, pero en ese afán de enfrentar la corrupción en la contratación pública, había privilegiado el medio (administración pública) frente al fin estatal (preservación de derechos fundamentales).

52. En efecto, los principios de la función administrativa aplicados a la contratación estatal, más que postulados *ius filosóficos* o axiológicos constituyen preceptos deontológicos o deberes legales a que está sujeta la Administración. El derecho penal no puede proteger principios ni valores en abstracto, sino bienes jurídicos en concreto que salvaguarden los derechos fundamentales, ya que de esta forma se legitima y se limita el poder punitivo del Estado. Se insiste, el Estado cuenta con instrumentos jurídicos adecuados y eficaces para salvaguardar la legalidad.
53. Más allá de la tutela del principio de legalidad del contrato o de la contratación estatal, o de los deberes de objetividad y probidad de los funcionarios, existen otros intereses (generales y particulares) que afectan el orden económico y social del Estado, y sin embargo, no encuentran resguardo en la política criminal. Si la contratación se concentra en ciertos grupos de contratistas (oligopolio), devienen entre otros efectos nocivos: la especulación los precios del mercado con grave afectación al patrimonio público, la posibilidad de crecimiento y sostenibilidad de las empresas sería incierta, y por supuesto, el índice de desempleo marcaría la progresiva tendencia al alza.
54. Todo permite concluir que el bien jurídico objeto de tutela penal es pluriofensivo, debe abrigar el amparo preciso de dos postulados fundantes de la contratación administrativa, como son el principio de selección objetiva del contratista y el de libre competencia económica. Los cuales apuntarían a un equilibrio justo entre la necesidad prestacional del Estado y la garantía de un orden económico-social seguro y sostenible, por supuesto sin desconocer la importancia de otros valores inescindiblemente ligados al actuar de la Administración Pública, entre ellos el principio de legalidad, que son regulados por otros sistemas de control.
55. El *deber de selección objetiva*, no integra los principios de igualdad e imparcialidad en la escogencia del contratista, sino igualmente comporta - ante todo- axiomas para la garantizar la satisfacción de la necesidad pública y la protección de los intereses generales. Por su parte, la libre competencia corresponde al modelo de economía social de mercado que reconoce a la iniciativa privada la condición de motor de la economía, por cuanto se materializa la política laboral del país, se consolidan las interrelaciones del mercado y se dirige la carga impositiva para el sostenimiento del Estado, entre otros aspectos. Con lo cual se estaría ante un tipo penal que involucra

tanto a los servidores públicos como a los particulares que inciden directa o indirectamente en las desviaciones contractuales.

56. Atendiendo todas las variables examinadas a lo largo del presente trabajo y la sugerencia del Director de la tesis, se proponen dos tipos penales de las siguientes características, para reanimar las discusiones académicas:

“COLUSIÓN ADMINISTRATIVA.- El servidor público que en ejercicio de su cargo o de las funciones asignadas, omita adelantar un proceso público de selección de contratista o que al intervenir en el mismo, se concertare con los interesados o con terceros o usare cualquier maniobra o artificio, para obtener un resultado contrario a los deberes de selección objetiva o de libre competencia económica, incurrirá en prisión de....

“En la misma pena incurrirá quien acuda a la urgencia manifiesta o a cualquier forma de contratación directa, sin presentarse las razones objetivas para acudir a tal modalidad de contratación, o sin haberse resuelto las observaciones formuladas dentro del término legal.

“Los asesores externos, con o sin vinculación con la entidad estatal, que presten sus servicios profesionales en cualquier proceso de contratación, para efectos penales tendrán la calidad de servidores públicos.”

57. Para sancionar la contratación directa amañada, se requiere de una norma del Estatuto de Contratación que contemple que los estudios previos para contratar directamente deben publicarse en la web por un término promedio de cinco días hábiles, para que se formulen observaciones contra la valoración jurídica que allí se hace de la modalidad de contratación. Momento en el cual, se suspendería la competencia para contratar hasta tanto se resuelvan objetivamente las observaciones formuladas por terceros o autoridades públicas. En tal sentido, se propone adicionar un numeral al artículo 29 de la Ley 80 de 1993, bajo los siguientes términos:

“5. En la contratación directa, los estudios previos y sus soportes deberán publicarse en la página web legalmente dispuesta para ello, por lo menos cinco (5) días hábiles antes de la celebración del contrato, plazo en el cual no podrá celebrarse el contrato mientras esté pendiente por resolverse las observaciones formuladas, so pena de incurrir en las sanciones penales y disciplinarias respectivas. La entidad estatal deberá publicar su respuesta a

las observaciones dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Vencido este término sin publicarse la correspondiente respuesta, la entidad deberá acudir a la convocatoria pública correspondiente.”.

58. Otros comportamientos que se proponen para el debate académico planteado, están relacionados con las irregularidades cometidas al finalizar el contrato estatal que desencadenan corrupción administrativa y correlativamente afectación contra el patrimonio público. Por ello, sería necesario tipificar una conducta autónoma que abarque por lo menos los siguientes elementos estructurales:

“FRAUDE EN LA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO ESTATAL.- *El servidor público y el contratista que al momento de liquidar el contrato estatal, reconocieren obligaciones inexistentes a cargo de las entidades públicas o incrementen indebidamente el valor de las mismas, incurrirán en prisión...*

“Cuando las partes contratantes omitan en el documento de la liquidación el deber de extender o ampliar las garantías de estabilidad de la obra, de calidad del bien o del servicio, de provisión de repuestos y accesorios, del pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, o de responsabilidad civil, requeridas para asegurar los riesgos que puedan ocurrir con posterioridad a la entrega de los bienes o servicios contratados, también incurrirán en la misma sanción anterior.

“Si el contrato fuere de mayor cuantía la pena se aumentará en la mitad. En caso de mínima cuantía, la pena se rebajará de una tercera parte a la mitad.

“En las mismas penas incurrirá el servidor público que realice cualquiera de las conductas anteriores mediante acto de liquidación unilateral del contrato, o que omita la liquidación del mismo dentro del término legal, o el particular que se abstenga de extender o ampliar las garantías exigidas por la entidad estatal antes de la liquidación del contrato.”.

59. Las desviaciones producidas durante la etapa de ejecución del contrato estatal no son abordadas en la propuesta, por ser ajenas al presente trabajo de investigación y corresponder cabalmente al delito de peculado por apropiación, ya que el actual delito de celebración indebida de contrato por inobservancia de los requisitos legales esenciales, no tipifica las irregularidades en esta fase contractual.

60. Retomando los problemas de la presente investigación y los juicios hipotéticos elaborados en el introito de esta tesis, tenemos los siguientes resultados:

- El delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, tipificado en el artículo 410 del Código Penal, viola el principio de estricta legalidad por carecer de definición expresa e inequívoca del ingrediente normativo.
- La jurisprudencia desconoce el principio de reserva de ley, al determinar por vía hermenéutica la significación y alcance de la prohibición penal, a pesar de la indeterminación de las normas nuclear y de complemento.
- La protección del *principio de legalidad* de la Administración Pública, resulta dogmáticamente inadecuada para contrarrestar la corrupción administrativa de la contratación estatal indebida, ya que el núcleo de la tutela penal son el deber de selección objetiva y el derecho de libre competencia económica.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORES NACIONALES Y EXTRANJEROS:

1. AGUDELO BETANCUR, Nodier. La Estructura del Delito en el nuevo Código Penal. Universidad Externado de Colombia. Nueva edición. Bogotá D.C., 2004.
2. ALEXY, Robert. Derecho y Razón Práctica. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Segunda reimpresión corregida. México. 2002.
3. ALGARRA LOBO, Mario Iván. No más Corrupción – Estrategia Preventiva para Combatirla. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2005.
4. ARBOLEDA RIPOLL, Fernando; PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando; GALÁN CASTELLANOS, Herman; GÁLVEZ ARGOTE, Carlos Augusto; LOMBANA TRUJILLO, Édgar; FERRÉ OLIVÉ Juan Carlos; SOLARTE PORTILLA, Mauro; GÓMEZ GALLEGU, Jorge Aníbal; MEJÍA ESCOBAR, Carlos Eduardo; CÓRDOBA POVEDA, Jorge E., PINILLA PINILLA, Nilson. Estudios sobre los nuevos códigos penales. Universidad de Salamanca, Corte Suprema de Justicia. Editora Guadalupe Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2001.
5. ARISTÓTELES. Política. Editorial Espasa Calpe S.A., Vigésima cuarta edición. Madrid – España. 2007.
6. ATEHOTÚA RIOS, Carlos Alberto; HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Allier Eduardo; y OSPINA M. (eds.), Jesús Marino. Temas en Contratos Estatales. Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá D.C.; primera edición, 2010.
7. BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bien jurídico y Derechos Fundamentales – Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1996.
8. BENAVIDES VANEGAS, Farid Samir. Corrupción, violencia y derecho penal. Ponencia presentada en las XXII Jornadas Internacionales de Derecho Penal en la Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 2000. Consultado en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1129/1071>

9. BENAVIDES, José Luis. El Contrato Estatal “entre el Derecho Público y el Derecho Privado”. Universidad Externado de Colombia. Segunda edición. Bogotá D.C., reimpresión de 2005.
10. BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los Derechos. Universidad Externado de Colombia. Tercera reimpresión. Bogotá D.C., 2006.
11. BERNAL PULIDO, Carlos. El Neoconstitucionalismo al debate. Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. Bogotá – Colombia. Primera edición. 2006.
12. BERNATE OCHOA, Francisco. La Legitimidad del Derecho Penal. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.
13. BOLAÑOS LINARES, Rigel. Contratación Internacional. Editorial Porrúa. Primera edición. México. 2004.
14. BONIVENTO FERNÁNDEZ, José Alejandro. Los Principales Contratos Civiles y su Paralelo con los Comerciales. Ediciones Librería del Profesional. Décima Edición. Bogotá D.C., 1992.
15. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al Derecho Penal. Editorial Temis S.A., tercera edición ampliada y corregida. Bogotá. 2005.
16. CAMPILLO PARRA, Carlos Enrique. Celebración y Ejecución de Contratos Estatales. Ecoes Ediciones Ltda., Segunda edición. Bogotá D.C., 2006.
17. CANCIO MELIÁ, Manuel. Los orígenes de la Teoría de la Adecuación Social. Universidad Externado de Colombia. Segunda reimpresión a la primera edición. Bogotá D.C., 1998.
18. CARTOLANO SCHIAFFINO, Mariano. la Corrupción – Aproximación Teórica. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2009.
19. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y Delitos Contra la Administración Pública: “Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C.; primera edición, 2008.

20. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La Corrupción en la Contratación Pública en Europa. Editorial Ratio Legis, Universidad de Salamanca. España. primera edición, 2009.
21. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; GARCÍA LÓPEZ, Luisa Fernanda; y MARTÍNEZ VARGAS Juan Ramón. La Contratación Estatal: Teoría General “Perspectiva comparada y regulación internacional”. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C.; primera edición, 2010.
22. CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo; HENAO CARDONA Luis Felipe y BALMACEDA HOYOS, Gustavo. Derecho Penal en la Sociedad del riesgo. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2009.
23. CUELLO DUARTE, Francisco. Contratos de la Administración Pública. Ecoe Ediciones. Tercera edición. Bogotá D.C. 2009.
24. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. Corrupción, Funcionario Público y Medio Ambiente. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.
25. DUEÑAS RUIZ, Oscar José. Lecciones de hermenéutica jurídica. Editorial Universidad del Rosario. Tercera edición. 2006.
26. DURKHEIM, Émile. Las Reglas del Método Sociológico. Ediciones Morata S.A., Tercera edición sobre la 18ª francesa (P.U.F.). Madrid – España. 1982.
27. ECHEVERRI URUBURU, Álvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Ediciones Librería del Profesional. Quinta Edición. Bogotá D.C., 1997.
28. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Legis Editores S.A., Segunda Reimpresión. Bogotá D.C., 2000.
29. ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. Sociología Jurídica y Política 3. El revés del derecho – Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2006.
30. EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. La Configuración del Contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español “Análisis de la

Selección de Contratistas”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., Primera impresión 2003.

31. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A. El Delito de Blanqueo de Capitales. Editorial Colex. Primera edición. Madrid – España. 1998.
32. FERRERO, Guglielmo. Poder – Los Genios invisibles del Ciudad. Traducción de Eloy García. Editorial Tecnos S.A., segunda edición revisada. Madrid – España. 1998.
33. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Parte General, principios y categorías dogmáticas. Grupo Editorial Ibáñez. Primera reimpression. Bogotá – Colombia. 2013.
34. FERNÁNDEZ GÓMEZ, Lorenzo. Temas de Filosofía del Derecho. Editorial Texto. Caracas – Venezuela. Cuarta edición. 2007.
35. FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón – Teoría del Garantismo Penal. Editorial Trotta S.A., quinta edición. Madrid – España. 2001.
36. FERRAJOLI, Luigi. El Garantismo y la Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpression. Bogotá D.C., 2001.
37. FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición. Madrid. 2004.
38. GÁMEZ VIZCAÍNO, Javier Miguel. Manual de Procedimiento de la Contratación Estatal. Legis Editores S.A., Primera Reimpression. Bogotá D.C., 2002.
39. GARCÍA CAVERO, Percy; y CASTILLO ALVA, José Luis. El Delito de Colusión. Editora Jurídica Grijley. Lima (Perú). Primera edición. 2008.
40. GARZÓN VALDÉS, Ernesto. Derecho y Filosofía. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política. Segunda reimpression corregida. México. 1999.
41. GIRALDO ÁNGEL, Jaime; GIRALDO LÓPEZ Mónica; GIRALDO LÓPEZ Alejandro. Metodología y técnica de la investigación sociojurídica. Legis Editores S.A., primera edición. Bogotá D.C., 1999.

42. GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU Carlos Arturo. Delitos contra la Administración Pública. 3ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2008.
43. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Derecho Penal y Edad Media. Giro Editores Ltda., primera edición. Bogotá D.C., 2004.
44. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Principio de la Antijuridicidad Material. Giro Editores Ltda., quinta edición. Bogotá D.C., 2006.
45. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal (Primera Parte). Giro Editores Ltda., tercera edición. Bogotá D.C. 2005.
46. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal (Segunda Parte). Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Reimpresión de febrero de 2004. Bogotá D.C., 2004.
47. GONZÁLEZ CUSSAC, José L. Política Criminal Reglas de Imputación y Derechos Fundamentales. Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.
48. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. Los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación. Consejo General del Poder Judicial, Madrid., 1996.
49. GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador. Dos estudios sobre la nueva teoría normativista del delito. Grupo Editorial Ibáñez. Segunda edición. Bogotá D.C., 2006.
50. GÜNTHER; Jakobs y CANCIO MELIÁ, Manuel. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias del II Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú de agosto a septiembre del 2000. Editora Grijley. Perú 2000.
51. GUTIÉRREZ RAMÍREZ, José Antonio. Introducción a la teoría del delito en el Nuevo Código Penal. Primera edición. Editorial Leyer. Bogotá D.C., 2002.

52. HEFENDEHL (ED.), Roland. La teoría del Bien jurídico. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición. Madrid. 2007.
53. HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando. Los delitos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 1996.
54. HERVADA, Javier. ¿Qué es el derecho?. Editorial Temis S.A., segunda edición. Bogotá D.C., 2009.
55. HIKAL CARREÓN, Wael Sarwat. Criminología Psicoanalítica, conductal y del desarrollo. Flores Editor. Primera edición. México. 2005. Consultado en web: <http://books.google.com.co/books?id=HTphlAYnSb0C&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Wael+Hikal%22&hl=es&sa=X&ei=0HIZUviEKlj68gTrioDYDg&ved=0CEUQ6AEwBA#v=onepage&q&f=false>
56. KANT, Immanuel. Ensayo sobre la Paz Perpetua. Mestas ediciones. Primera edición. Madrid – España. 2001.
57. KAUFMANN, Arthur. Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Reimpresión de la segunda edición. Bogotá D.C., 2002.
58. KAUFMANN, Arthur. La filosofía del derecho en la posmodernidad. Editorial Temis S.A. tercera edición. Bogotá D.C., 2007.
59. LESCH, Heiko H. Intervención delictiva e imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1995.
60. LESCH, Heiko H. La función de la pena. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2000.
61. *Liber Amicorum* en Homenaje a VLADIMIRO NARANJO MESA. Teoría Constitucional. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá D.C., 2006.
62. LIFANTE VIDAL, Isabel. Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. Edición electrónica Espagrac. Doxa 25 - Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante – España. 1989.

63. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latino-americana. Legis Editores S.A., sexta reimpresión. Bogotá D.C., 2012.
64. LORENZETTI, Ricardo Luis. Fundamentos de Derecho y Razonamiento Judicial. Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 26. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C., 2011.
65. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel; MIR PUIG, Santiago; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Cuestiones actuales de la teoría del delito (Monografía). Mc Graw Hill. España. Primera edición, 1999.
66. MATA LLANA CAMACHO, Ernesto. Manual de Contratación de la Administración Pública: Reforma de la Ley 80 de 1993. Segunda edición. Universidad Externado de Colombia. 2009.
67. MAYNTZ, Renate. Sociología de la Administración Pública. Alianza Editorial S.A., primera edición. Madrid – España. 1985.
68. MEJÍA QUINTANA, Oscar. Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C., 2009.
69. MELKEVIK, Bjarne. Rawls o Habermas – Un debate de filosofía del derecho. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2006.
70. MENDOZA TORRES, Arnaldo. Los Contratos de la Administración Pública. Ediciones Uninorte. Barranquilla D.E.I.P., 2004.
71. MERKEL, Adolf. Las acciones o conductas punibles. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2005.
72. MESA NIEVES, Luis Eduardo. La actividad contractual y la responsabilidad en la administración pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá D.C., primera edición. 2002.
73. MEZGER, Edmundo. Teoría de la Ley Penal. Editorial Leyer. Primera edición. Bogotá D.C., 2005.

74. MIR PUIG, Carlos. Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal. José María Bosch Editor. 2000. Primera edición. Barcelona – España.
75. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General. Reppertor, S.L., impreso por Tecfoto, S.L. Reimpresión de la quinta edición. Barcelona España. 2007.
76. MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Introducción a la criminología. Editorial Leyer. Tercera edición. Bogotá D.C., 1999.
77. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.
78. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. Corte Constitucional, expediente D-3189. Salvamento parcial de voto de la Sentencia C-333 de marzo 29 de 2001, Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.
79. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo; y PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Funcionalismo y normativismo penal – Una introducción a Günther Jakobs. Cuaderno de Conferencias y Artículos No. 37. Universidad Externado de Colombia. 2006.
80. MORALES RESTREPO, Didier. Régimen de la Contratación Estatal - Anotado. Leyer Editorial. Vigésima primera edición. Bogotá D.C., 2012.
81. MORALES VELÁSQUEZ, Andrés Alonso. Derechos sociales fundamentales en le teoría jurídica de Luigi Ferrajoli. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2013.
82. MUNGUÍA ZATARAIN, Irma y Martha Elena y ROCHA ROMERO, Gilda. Larousse Gramática Lengua Española – Reglas y ejercicios. Ediciones Larousse S.A., México. Primera edición – 21ª reimpresión. 2009.
83. NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría constitucional e instituciones políticas. Editorial Temis. Bogotá D.C., cuarta edición. 1991.
84. NIETO ARTETA, Luis Eduardo. La interpretación de las normas jurídicas. Editorial Temis S.A., Tercera Edición. Bogotá D.C., 2011.

85. PAWKLIN, Michael. La realidad de la libertad – Dos estudios sobre la filosofía del derecho de Hegel. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2005.
86. PEÑA OSSA, Erleans de Jesús. Delitos Contra la Administración Pública. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda., Segunda edición. Bogotá D.C., 2005.
87. PINO RICCI, Jorge. El Régimen jurídico de los contratos estatales. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 2005.
88. PINO RICCI, Jorge. Régimen de Contratación Estatal. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1996.
89. PUYANA MUTIS, Guillermo. Nuevas tendencias del derecho penal Chino. Editorial Temis S.A., Monografías Jurídicas 62. Bogotá D.C., 1988.
90. RAMÍREZ CARDONA, Alejandro. Hacienda Pública. Editorial Temis S.A., Cuarta Edición. Bogotá D.C., 1998.
91. RAMOS ACEVEDO, Amparo y RAMOS ACEVEDO, Jairo. Contratación Estatal. Teoría General y Especial Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2009.
92. RESTREPO ABAD, Nicolás. El precio: clave de la rentabilidad. Editorial Planeta Colombiana S.A., primera edición. Bogotá D.C., 2010.
93. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y colombiano. Editorial Temis. Bogotá D.C., octava edición. 1995.
94. ROXIN, Claus. Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Traducción de la séptima edición alemana. Madrid – España. 2007.
95. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición. Madrid – España. 2008.

96. SALAZAR MARÍN, Mario. Injusto Penal y Error. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Segunda reimpresión. Bogotá D.C., 2003.
97. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La Dogmática de la teoría del delito – Evolución Científica del Sistema del Delito. Primera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 2007.
98. SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. La Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2012.
99. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV- Contratación Indebida. Universidad Externado de Colombia. Segunda Reimpresión. Bogotá D.C., 2006.
100. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II (Acto Administrativo). Universidad Externado de Colombia. Cuarta edición. Bogotá D.C., 2003.
101. SCHÜNEMANN, Bern. Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico – Penal. Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.
102. SILVA SÁNCHEZ, Jesús maría y SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del derecho penal. Editora Grijley. Ponencias del III Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú. Agosto de 2001.
103. SOLER, Sebastián. Interpretación de la Ley. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2008.
104. STRECK, Lenio Luiz. Hermenéutica y Decisión Judicial. Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 43. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá – Colombia. 2013.
105. SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. Autoría. Universidad Externado de Colombia. Tercera edición. Bogotá DC, 2007.
106. TAMAYO MEDINA, Carlos Héctor. Delitos de peligro abstracto y antijuridicidad material. Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.

107. TIEDEMANN, Klaus. Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad. Editora Jurídica Grijley. Perú. Segunda edición. 2007.
108. TORRES VÁSQUEZ, Filemón. El error en el Derecho Penal Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez. Monografías – Módulo Penal 9. Universidad Santo Tomás. Bogotá D.C., 2007.
109. URBANO MARTÍNEZ, José Joaquín. La Legitimidad del Derecho Penal – Equilibrio entre fines, funciones y consecuencias. Universidad Externado de Colombia. Primera reimpresión. Bogotá D.C., 2001.
110. VELÁSQUEZ GÓMEZ, Iván. Jurisprudencia Penal Extractos. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., primer semestre año 2011. Medellín – Colombia. 2011.
111. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal. Librería Jurídica COMLIBROS y CIA Ltda., Tercera Edición. Medellín, 2007.
112. VILLAR BORDA, Luis. La Corrupción Oficial en los Estados Contemporáneos. Universidad Externado de Colombia. Revista No. 68 de derecho penal y criminología. Bogotá D.C., 2000. Vol. 21. Consultado en: <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1127/1069>
113. VON IHERING, Rudolph. La lucha por el Derecho. Editorial Temis S.A., Bogotá D.C., reimpresión de la tercera edición. 2011.

JURISPRUDENCIAS:

114. Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de mayo 15 de 2008, expediente No. 2008-00089-01, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.
115. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de diciembre 3 de 2007, expediente 24715 y otros acumulados, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.
116. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 18 de 2010, expediente 15596, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

117. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de febrero 9 de 2011, expediente 15686, Consejera Ponente (E) Gladys Agudelo Ordóñez.
118. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de julio 30 de 2008, expediente 15079, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.
119. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de julio 4 de 2002, expediente No. 19.333, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.
120. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de junio 23 de 2005, expediente 12846, Consejero Ponente Germán Rodríguez Villamizar.
121. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de marzo 8 de 2007, expediente 15052, Consejera Ponente Ruth Stella Correa Palacio.
122. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de octubre 19 de 2011, expediente No. 18.082, Consejero Ponente Enrique Gil Botero.
123. Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de septiembre 28 de 2006, expediente 15307, Consejero Ponente Ramiro Saavedra Becerra.
124. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de abril 1º de 2009, expediente No. 36476, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.
125. Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión de Tutelas. Sentencia T-389 de mayo 28 de 2009. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto.
126. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C- 127 de 1993, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
127. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-030 de febrero 1º de 2012, expediente D-8608, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
128. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-070 de noviembre 22 de 1996, expediente D-1021. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
129. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-086 de marzo 1º de 1995, expedientes D-647 y D-672, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

130. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1026 de septiembre 26 de 2001, MAGISTRADO PONENTE Eduardo Montealegre Lynett.
131. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1122 de noviembre 12 de 2008, expediente D-7271, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
132. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-121 de febrero 22 de 2012, expediente D-8634, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
133. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-124 de febrero 18 de 2003, expediente D-4075, Magistrado Ponente Álvaro Araujo Rentería.
134. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-128 de febrero 18 de 2003, expediente D-4190, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
135. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-133 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
136. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1490 de noviembre 2 de 2000, expediente D-2987, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
137. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-154 de marzo 19 de 1997, expediente D-1430. Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.
138. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-205 de marzo 11 de 2003, Expediente D-4229, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
139. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-228 de marzo 24 de 2010, expediente D-7865, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva.
140. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-300 de abril 25 de 2012, expediente D-8699, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
141. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-372 de mayo 15 de 2002, expedientes D-3770 y D-3775, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.
142. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-400 de junio 2 de 1999, expediente D-2268, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

143. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-415, septiembre 22 de 1994, expediente D-491, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
144. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-489 de junio 26 de 2002, expediente D-3838, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.
145. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-559 agosto 4 de 1999, MAGISTRADO PONENTE Alejandro Martínez Caballero.
146. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-587 de noviembre 12 de 1992, expediente No. D-055, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
147. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-605 agosto 1º de 2006, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra.
148. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-739 de junio 22 de 2000, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.
149. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-818 de agosto 9 2005. Expediente D-5221, Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.
150. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-892 de 2001. Magistrado Ponente RODRIGO ESCOBAR GIL.
151. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente D-3375, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
152. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-948 de noviembre 6 de 2002, expedientes acumulados D-3937 y D-3944, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
153. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-949 de septiembre 5 de 2001, expediente D- 3277. Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.
154. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-962 de octubre 21 de 2003, expediente L.A.T.-234, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra.
155. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-976 de septiembre 12 de 2001, expediente D-3477, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.

156. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-988 de noviembre 29 de 2006, expediente D-6207, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
157. Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-996 de agosto 2 de 2000, radicación No. D-2787. Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonel.
158. Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-193 de marzo 23 2010. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
159. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de única instancia 30.677 de junio 21 de 2010.
160. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de abril 15 de 2004, expediente 18454, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.
161. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de agosto 10 de 2005, expediente 21489, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.
162. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de agosto 20 de 1998. Radicación 10.295. Magistrado Ponente Fernando E. Arboleda Ripoll.
163. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 14 de 2011, expediente 32679, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.
164. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de enero 29 de 2004, expediente 17574, Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla.
165. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 25 de 2004, expediente 20526, Magistrado Ponente Marina Pulido de Barón.
166. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 28 de 2007, expediente 23765, Magistrado Ponente Sigifredo Espinosa Pérez.
167. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 8 de 2008, expediente No. 28908, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas.

168. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 4 de 2009, expediente No. 29261, Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos.
169. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de febrero 1º de 2012, expediente No. 31288, Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez.
170. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de julio 10 de 2001, expediente 13681, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
171. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de junio 18 de 2008, expediente No. 27680, Magistrado Ponente Jorge Luis Quintero Milanés.
172. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 20 de 2003, expediente 14699, Magistrado Ponente Fernando Arboleda Ripoll.
173. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de marzo 21 de 2007, expediente 21171, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.
174. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 13 de 2009, expediente No. 30512, Magistrado Ponente Augusto Ibáñez Guzmán.
175. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 20 de 2009, expediente No. 31654, Magistrados Ponentes María del Rosario González de Lemos y Augusto J. Ibáñez Guzmán.
176. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 18 de 2010, expediente 27539, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.
177. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de mayo 26 de 2010, expediente No. 30933, Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos.
178. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de noviembre 5 de 2008, expediente No. 18029, Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez.

179. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de octubre 24 de 2012, expediente 33714, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero.
180. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia de diciembre 19 de 2000. Radicación 17.088. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
181. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia de marzo 19 de 2002, expediente 13085, Magistrado Ponente Jorge E. Córdoba Poveda.
182. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia de mayo 20 de 2003, expediente 18754, Magistrado Ponente Carlos Augusto Gálvez Argote.
183. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia de octubre 6 de 2004, expediente 16066, Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo.
184. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de octubre 13 de 2004, expediente 18911, Magistrado Ponente Mauro Solarte Portilla.
185. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia del 16 de febrero de 2005, expediente 15212, Magistrados Ponentes Herman Galán Castellanos y Alfredo Gómez Quintero.
186. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de diciembre 18 de 2006, expediente 19392, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.
187. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de julio 11 de 2007, expediente 23543, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
188. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia de diciembre 2 de 2008, expediente 29285, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.

189. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de marzo 16 de 2009, expediente 29089, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca.
190. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de mayo de 6 de 2009, expediente 25945, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.
191. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de octubre de 5 de 2009, expediente 25149, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz.
192. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de Única Instancia de octubre de 28 de 2009, expediente 32081, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero.
193. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia No. 30.291 de mayo 12 de 2012, MAGISTRADO PONENTE Julio Enrique Socha Salamanca.
194. Corte Suprema de Justicia, sentencia de casación No. 35.560 de junio 12 de 2013, MAGISTRADO PONENTE María del Rosario González Muñoz.
195. Corte Suprema de Justicia. Auto de cesación de procedimiento de junio 13 de 1991 (Acta No. 037), MAGISTRADO PONENTE Édgar Saavedra Rojas.

CONSTITUCIONES POLÍTICAS:

196. Constitución Española. Editorial Dilex, S.L., Madrid – España. 1999.
197. Constitución Política de 1830.
198. Constitución Política de 1886.
199. Constitución Política de los Estados Unidos de Colombia de 1853 o de “Río Negro”.
200. Constitución Política del 1843.

201. Constitución Política del Estado de Nueva Granada de 1832.

DECRETOS:

202. Decreto 528 de 1964, por el cual se dictan normas sobre organización judicial y competencia, se desarrolla el artículo 217 de la Constitución y se adoptan otras disposiciones.

203. Decreto-Ley 3130 de diciembre 26 de 1968, por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional.

204. Decreto-Ley 1670 de 1975, “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”.

205. Decreto-Ley 150 de 1976, “Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”.

206. Decreto – Ley 100 enero 23 de 1980, por el cual se expide el Código Penal.

207. Decreto 141 enero 25 de 1980, por el cual se aclara el Decreto número 100 del 23 de enero de 1980.

208. Decreto Extraordinario 222 de febrero 2 de 1983, por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.

209. Decreto Extraordinario 468 de febrero 11 de 1986, por el cual se adopta el estatuto contractual de las intendencias y comisarías.

210. Decreto – Ley 2150 de diciembre 5 de 1995, por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

211. Decreto No. 066 del 16 de enero de 2008, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad y selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

- 212. Decreto No. 2474 del 7 de julio de 2008, por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.
- 213. Decreto-Ley 019 de enero 10 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.
- 214. Decreto 734 de abril 13 de 2012, por el cual se reglamenta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y se dictan otras disposiciones.
- 215. Decreto No. 1467 de julio 6 de 2012, por el cual se reglamenta la Ley 1508 de 2012.
- 216. Decreto No. 2516 del 12 de julio de 2011, por el cual se reglamenta la modalidad de selección de Mínima Cuantía.
- 217. Decreto No. 100 de enero 25 de 2013, por el cual se modifica el Decreto 1467 de 2012.
- 218. Decreto No. 1510 de julio 17 de 2013, por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.

LEYES:

- 219. Ley 106 de junio 13 de 1873, por la cual se adopta el Código Fiscal de los Estados Unidos de Colombia.
- 220. Ley 53 de 1909.
- 221. Ley 110 de noviembre 23 de 1912, por la cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman.
- 222. Ley 105 de octubre 17 de 1931, sobre organización judicial y procedimiento civil.
- 223. Ley 167 de diciembre 24 de 1941, sobre organización de la jurisdicción Contencioso-administrativa.

224. Ley 19 de enero 22 de 1982, por la cual se definen nuevos principios de los Contratos administrativos y se conceden facultades extraordinarias al Presidente de la República para reformar el régimen de contratación administrativa previsto en el Decreto 150 de 1976 y se dictan otras disposiciones.
225. Ley 22 de enero 18 de 1985, por la cual se dictan normas sobre el régimen administrativo de las intendencias y comisarias, se faculta al presidente de la república para reorganizar el departamento administrativo de intendencias y comisarias, modificar el régimen administrativo, contractual y fiscal en estas entidades territoriales y se dictan otras disposiciones.
226. Ley 43 de diciembre 13 de 1990, Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones.
227. Ley 172 de diciembre 20 de 1994, por medio de la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Gobiernos de Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela, suscrito en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994.
228. Ley 435 de febrero 10 de 1998, por la cual se reglamenta el ejercicio de la Profesión de Arquitectura y sus profesiones auxiliares (...).
229. Ley 489 de diciembre 29 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.
230. Ley 599 de julio 24 de 2000, por la cual se expide el Código Penal.
231. Ley 842 de octubre 9 de 2003, por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones.

232. Ley 1123 de enero 22 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado.
233. Ley 1143 de julio 4 de 2007, Por medio de la cual se aprueba el "Acuerdo de promoción comercial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de América", sus "Cartas Adjuntas" y sus "Entendimientos", suscritos en Washington el 22 de noviembre de 2006.
234. Ley 1150 de julio 16 de 2007, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.
235. Ley 1166 de noviembre 21 de 2007, por medio de la cual se aprueba el "Protocolo Modificadorio al Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – Estados Unidos", firmado Washington, Distrito de Columbia, el 28 de junio de 2007, y la Carta adjunta de la misma fecha.
236. Ley 1340 de julio 24 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.
237. Ley 1341 de julio 30 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones –TIC–, se crea la Agencia Nacional de Espectro y se dictan otras disposiciones.
238. Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
239. Ley 1508 de enero 10 de 2012, por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

CÓDIGOS:

240. Código Civil de Colombia, adoptado mediante la Ley 57 de 1887. Legis Editores S.A., décima edición. Bogotá D.C., 2003.

- 241. Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. “Eruditos Prácticos Legis”. Legis Editores S.A., Primera edición. Bogotá D.C., 2006.
- 242. Código Penal Alemán de 1871, traducido por Claudia López Díaz. Con la reforma de 1998. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá D.C., 1999.
- 243. Código Penal Alemán de 1871, traducido por Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Actualizado al 30 de agosto de 2002. Consultado de la web: <http://jurcom5.juris.de/bundesrecht/stgb/index.html> .
- 244. Código Penal de Brasil.
- 245. Código Penal de España.
- 246. Código Penal de Estonia (modificado RT I 2007, 13, 69), consultado página: <http://www.legislationline.org/download/action/download/id/1280/file/4d16963509db70c09d23e52cb8df.htm/preview>
- 247. Código Penal de Guatemala.
- 248. Código Penal de Honduras.
- 249. Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela.
- 250. Código Penal de Perú.
- 251. Código Penal de Uruguay.
- 252. Código Penal Federal de México.

TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES:

- 253. Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Nueva York (EE.UU). octubre 31 de 2003. Aprobada en Colombia mediante la Ley 970 de 2005.

254. Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Palermo (Italia). Diciembre 12 de 2000. Aprobada en Colombia mediante la Ley 800 de 2003.
255. Convención Interamericana Contra la Corrupción. Caracas (Venezuela). Diciembre 29 de 1996. Aprobada en Colombia mediante la Ley 412 de 1997. Artículo III.

RESOLUCIONES:

256. Resolución No. 1055 del 19 de enero de 2009, de la Superintendencia de Industria y Comercio.
257. Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, de la Superintendencia de Industria y Comercio.
258. Resolución No. 54693 del 16 de septiembre de 2013, de la Superintendencia de Industria y Comercio.
259. Resolución No. 54695 del 16 de septiembre de 2013, de la Superintendencia de Industria y Comercio.

OTRAS FUENTES DE INFORMACIÓN CONSULTADAS:

260. CONFECAMARAS – DNP. Probidad III. Encuesta empresarial sobre corrupción y probidad en el sector público. Documentos de Coyuntura No. 10. Primera edición. Bogotá D.C., 2004. Consultado en la siguiente página web: https://sinergia.dnp.gov.co/Sinergia/Archivos/a74fc893-ba94-46d0-b95e-64af1cdb53aa/Planeacion_Probidad_III.pdf
261. Boletines No. 39. Fiscalía General de la Nación. Primer trimestre del año 2012. Tomado del siguiente sitio web: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2011/12/Boletin391.pdf>
262. Boletines No. 40. Fiscalía General de la Nación. Segundo trimestre del año 2012. Tomado del siguiente sitio web: <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2011/12/Boletin40.pdf>.

263. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Estrategias para la construcción del Plan Anticorrupción y de Atención al Ciudadano. 2012. web: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=PtQsJETJ4wl%3D&tabid=1655>
264. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Lecciones de Derecho Disciplinario – Volumen IV. Imprenta Nacional. Primera edición. Bogotá D.C., 2007.
265. Contraloría General de la República. Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Imprenta Nacional. Bogotá D.C., 2011. Consultado en la siguiente web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136
266. CORREA PALACIO, Ruth Stella. El ejercicio de los poderes del estado en el contrato estatal. V Jornadas de Contratación Estatal - Congreso Reforma del Régimen de Contratación Pública. Cartagena (Bolívar). Octubre 1º y 2 de 2007.
267. CORREA PALACIO, Ruth Stella. V Jornadas de Contratación Estatal. Cartagena, octubre 1º y 2 de 2007. Memorias consultadas en la siguiente página web: http://incoes.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=46&Itemid=16
268. DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA – DANE: <http://www.dane.gov.co/files/nomenclaturas/ciiu/CIIURev31AC.pdf>
269. Ministerio del Interior y de Justicia de Colombia. Estatuto Anticorrupción. Imprenta Nacional. Primera edición. Bogotá D.C., 2011: <http://www.mij.gov.co/Ministerio/Library/News/Files/CARTILLA%20ESTATUTO%20DE%20ANTICORRUPCION%20C3%93N73.PDF>
270. ESTUDIOS JURÍDICOS – MINISTERIO FISCAL. III 2002. Delitos contra la Administración Pública. Derecho Concursal, insolvencias punibles, aspectos penales y civiles. Hacia dónde va el Ministerio Fiscal – Perspectivas europeas. Madrid – España. 2002.

271. Revista No. 68 de derecho penal y criminología. Volumen 21. Autores varios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. – Colombia 2000. <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=issue&op=view&path%5B%5D=123>.
272. Información de Transparencia Internacional – Organismo No Gubernamental: http://www.transparency.org/news/pressrelease/20121205_colombia_necesita_mostrar_resultados_concretos_contra_la_corrupcion
273. Información de Transparencia Internacional – Organismo No Gubernamental: <http://cpi.transparency.org/cpi2012/results/>
274. OBSERVATORIO ANTICORRUPCIÓN Y DE INTEGRIDAD COLOMBIA: <http://www.anticorruccion.gov.co/Informacion/>
275. Página web del SECOP: <https://www.contratos.gov.co/puc/montos.html>
276. Real Academia de la Lengua Española: <http://lema.rae.es/>