

**NOMBRE DEL
AUTOR**

CARLOS MARIO FRIAS RUBIO

TÍTULO DE LA TESIS

(Tesis de Grado)

**EL INJUSTO PENAL EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA
CELEBRACIÓN DE CONTRATOS**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMIA FACULTAD DE DERECHO

RECTOR:

DR. JUAN CARLOS HENAO

SECRETARIA GENERAL:

DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO:

DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

DIRECTOR(A) DEL DEPARTAMENTO DE
DERECHO PENAL

DR JAIME BERNAL CUELLAR

DIRECTOR(A) DE TESIS:

DR GERARDO BARBOSA CASTILLO

PRESIDENTE DE TESIS:

DR GERARDO BARBOSA CASTILLO

EXAMINADORES:

DR CAMILO ALFONSO SAMPREDO ARRUBLA
DR CARLOS ARTURO GOMEZ PAVAJEAU

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.....	5
Introducción	5
Concepto de bien jurídico.....	6
El bien jurídico de la administración pública.....	10
Crítica a la doctrina del bien jurídico de la administración pública.....	14
Hacia un concepto de administración pública como objeto de protección penal coherente con la garantía del bien jurídico y el modelo de Estado.....	15
Bien jurídico: correcto ejercicio de la función pública o correcto funcionamiento de la administración de pública.....	19
La función pública o administración pública	20
El correcto funcionamiento o ejercicio	22
El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.....	24
La contratación estatal como objeto de protección penal	24
El bien jurídico en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.....	27
El bien jurídico del delito de interés indebido en la celebración de contratos para la Corte Constitucional y la sentencia C-128 de 2003.....	30
El bien jurídico del delito de interés indebido en la celebración de contratos en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.....	32
El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.....	39

La imagen de la administración pública, la credibilidad en los procesos contractuales y la confianza ciudadana no tienen las características de bienes jurídicos penales.....	39
La Imparcialidad del servidor público: bien jurídico del delito de interés indebido en la celebración de contratos.....	45
La imparcialidad del servidor público.....	47
Conclusión capítulo I.....	50

CAPÍTULO II TIPICIDAD DEL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.....52

Tipicidad e imputación del tipo penal.....	52
Características típicas del delito de interés indebido en la celebración de contratos	
Elementos objetivos del tipo penal.....	53
Sujeto activo.....	53
Sujeto pasivo.....	58
La conducta descrita en el tipo penal.....	58
El núcleo de la conducta descrita en la norma penal.....	61
La conducta descrita en el tipo penal para la Corte Suprema de justicia.....	63
Elemento normativo de la conducta, el interés descrito como indebido, “en provecho propio o de un tercero”.....	66
La conducta prohibida por el tipo penal o del riesgo jurídicamente desaprobado.....	67
La desviación de intereses es la conducta prohibida por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.....	69
Objeto material.....	70
Circunstancia de modo.....	73

Circunstancias de tiempo.....	76
Tipo penal de mera conducta.....	80
Elementos subjetivos del tipo penal.....	83
El dolo en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.....	83
Ingrediente subjetivo en el tipo penal.....	85
Clasificación del tipo penal.....	89
Conclusiones del capítulo II.....	100
 CAPÍTULO III RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.....	 104
La imputación objetiva en el régimen de responsabilidad penal del Código Penal colombiano.....	104
Los riesgos jurídicamente desaprobados como núcleo del comportamiento típico.....	106
La desviación de poder y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano.....	110
Sujeción de la administración a la constitución y la ley.....	110
La finalidad de los actos de la administración.....	112
La discrecionalidad de la administración.....	113
La ilicitud de la actuación administrativa por desviación de poder.....	118
El riesgo jurídicamente desaprobado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.....	125
Distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo.....	125
El riesgo permitido en el ejercicio de facultades discrecionales en la actividad contractual del Estado.....	126
Conclusiones del capítulo III.....	130

CAPÍTULO IV LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS.....	132
Introducción, la categoría de la antijuridicidad.....	132
Planos valorativos diferentes.....	133
La categoría de la antijuridicidad en el código penal colombiano.....	134
El juicio de lesividad.....	135
La antijuridicidad material en del delito de interés indebido en la celebración de contratos en la doctrina y la jurisprudencia.....	141
El interés indebido en la celebración de contratos es un delito de peligro.....	143
Criterios de valoración del peligro en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.....	144
La ausencia de justa causa.....	148
Conclusión capítulo IV.....	149
REFERENCIAS.....	150
Bibliografía.....	150
Jurisprudencia.....	154
Sentencias de la Corte Constitucional.....	154
Sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal.....	155
Sentencias del Consejo de Estado.....	158

INTRODUCCIÓN

El delito de interés indebido en la celebración de contratos prohíbe a los servidores públicos el interesarse en provecho propio o de un tercero dentro de la actividad contractual del Estado. Esta norma penal sanciona una conducta que sucede primordialmente en la esfera interna del sujeto activo. Por ello, esta tesis de maestría propone el problema de investigación formulado en la siguiente pregunta: ¿Es suficiente la intención o inclinación del servidor público de obtener un provecho indebido en la actividad contractual del Estado para realizar el injusto penal contemplado el delito de interés indebido en la celebración de contratos?

La hipótesis sobre la cual se desarrolla esta investigación y la tesis que se demuestra es una respuesta negativa a la pregunta. Esto es, que no basta la intención o inclinación del servidor público en un provecho indebido para considerar realizado el injusto penal. La tesis demostrada en la presente investigación es que las garantías del derecho penal del bien jurídico, el derecho penal de acto, el principio de legalidad, el principio de lesividad y el riesgo permitido dentro del ámbito del ejercicio de funciones administrativas imponen requisitos de imputación del injusto penal en específico que trascienden a las inclinaciones subjetivas del servidor público.

Dicho de forma abstracta parece plantearse un problema evidente. Sostener que un determinado injusto penal en Colombia requiere para su imputación el respeto por las garantías del bien jurídico, el principio de legalidad, el derecho penal de acto, el principio de lesividad o atender a criterios de riesgo jurídicamente desaprobado parece una obviedad. Pero no lo es, esto se evidencia en las posiciones contradictorias a las garantías penales por parte de la doctrina y la Corte Suprema de Justicia. De estas contradicciones se destacan afirmaciones tales como que este delito de interés indebido en la celebración de contratos protege la buena imagen de la administración pública, la confianza de los ciudadanos, los principios de la contratación estatal, que su ilícito consiste en la inclinación del servidor público hacía intereses indebidos o que su lesividad se verifica en la infracción de las normas o principios de la contratación estatal. Estas posiciones son debidamente presentadas y discutidas a lo largo de la presente investigación jurídica.

Las garantías jurídico penales mencionadas imponen al delito de interés indebido en la celebración de contratos precisos requisitos de imputación que permiten delimitar el ámbito de prohibición del injusto penal, de manera que se armonice la regulación penal del ejercicio de funciones administrativas en la actividad contractual del Estado y la libertad de acción de aquellos ciudadanos que ostenta la calidad de servidores públicos.

La metodología para lograr este resultado y responder al problema de investigación es estrictamente jurídica, puesto que el propósito es delimitar el ámbito de prohibición de la norma penal de acuerdo con el sistema de garantías penales, ello se realiza en los cuatro capítulos que presentamos a continuación.

En el primer capítulo se establece el bien jurídico u objeto de protección de la norma penal. Ello requirió de reconocer el concepto de bien jurídico dentro del sistema jurídico colombiano. Seguido de ello, se realiza una exhaustiva revisión doctrinaria y jurisprudencial en el ámbito nacional de las que se extraen algunas contradicciones con la teoría del bien jurídico, como lo son que el delito en concreto protege la imagen de la administración pública, la credibilidad en el proceso de contratación estatal o la confianza de los ciudadanos. Luego de resolver estas contradicciones, en este capítulo se concluye un objeto de protección tangible y coherente con la teoría del bien jurídico que fundamenta el injusto penal.

En el segundo capítulo se describe el estado actual de las características del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, así como los criterios que ha considerado la jurisprudencia y la doctrina para su imputación. De este capítulo se concluye que el tipo penal no describe tan solo una ontológica inclinación personal del servidor público, sino que se prohíbe una conducta normativa de desviación de poder, la cual consiste en una deformación de la finalidad del ejercicio de las funciones administrativas.

El tercer capítulo determina el riesgo jurídicamente desaprobado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, ello con el propósito de delimitar el ámbito de prohibición del tipo penal. En este cometido, es el riesgo permitido la institución dogmática que establecerá el riesgo jurídicamente desaprobado. El riesgo permitido es desarrollado con relación a la desviación de poder la cual es una prohibición propia del derecho administrativo y de la contratación estatal. La desviación de poder consiste en una deformación de la finalidad de los actos o contratos de la administración pública. Esta se regula a partir del

principio de legalidad, el principio de imparcialidad y el ejercicio de facultades discrecionales por parte de la administración pública. Este ámbito específico de regulación del derecho administrativo, luego de ser discernido por los principios del derecho penal, permite concluir el ámbito de prohibición del tipo penal de una forma precisa que no había sido planteada hasta el momento por la doctrina o la jurisprudencia, de manera que una primera gran parte del problema de investigación es resuelto en este tercer capítulo.

El cuarto capítulo se enfoca en la antijuridicidad material de este delito, la cual se establece conforme al imperativo impuesto por el artículo 11 del código penal. Por ello se debe establecer un juicio de lesividad de peligro o lesión efectiva para el bien jurídico, por lo que son descartadas aquellas posiciones en las que se propone la antijuridicidad de este delito en la simple infracción de normas administrativas como lo son los principios de la contratación estatal. En este capítulo se determina la afectación que debe verificarse en el bien jurídico para considerar materialmente antijurídicamente la conducta típica de interés indebido en la celebración de contratos.

Las conclusiones de esta investigación se presentan al final de cada capítulo. De forma que el capítulo primero concluye en que el bien jurídico es la condición de imparcialidad que debe tener el servidor público para lograr el correcto ejercicio de la función administrativa dentro de la actividad contractual del Estado. El segundo capítulo concluye en que el tipo penal prohíbe una conducta de desviación de intereses, la cual tiene una naturaleza normativa, esto en contraposición a la prohibición de simples inclinaciones personales. En el capítulo tercero se logran importantes aportaciones a la delimitación del injusto penal en sede de tipicidad como lo son que solo se incurre en este delito en el ejercicio de competencias de contratación estatal, se delimita el ámbito de prohibición solo al ejercicio de funciones o competencias discrecionales, así como se establecen las reglas para reconocer la desviación de poder y considerarla relevante al tipo penal. Por último, el capítulo cuarto permite concluir que este es un delito de peligro concreto que consiste en la toma de decisiones discrecionales, cuyo peligro punible consiste en la toma de una decisión que no constituye la mejor decisión posible para los fines de la administración pública.

CAPÍTULO I

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

Introducción

Determinar el bien jurídico de la administración pública protegido en el delito de interés indebido en la celebración de contratos del artículo 409 del código penal es un cometido jurídico y metodológico complejo. El bien jurídico de la administración pública previsto en el título XV del Código Penal exige enormemente de la teoría del bien jurídico porque es un objeto de protección fácilmente confundible con objetos abstractos como la función pública, los principios de la administración pública y de la contratación estatal, e incluso objetos de protección de difícil aprehensión como el buen nombre de la administración pública y la confianza de los ciudadanos.

El primer paso en este cometido es establecer el concepto del bien jurídico y su desarrollo en el sistema jurídico colombiano, tanto en la doctrina como la jurisprudencia y concluir que el bien jurídico es una garantía constitucional penal vigente en el derecho colombiano.

Luego, a partir de la teoría del bien jurídico se determinarán los contenidos y elementos de la administración pública como objeto de protección penal para lograr el reconocimiento de qué aspecto de la administración pública en concreto protege el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

Este cometido ha sido emprendido por la doctrina y la jurisprudencia, pero los resultados a los que se ha llegado no son conformes con el concepto de bien jurídico asumido por la Constitución y la legislación colombiana. Por esta razón, es el propósito de este capítulo determinar el bien jurídico para el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos que sea coherente y consecuente con la teoría del bien jurídico, en lugar de un concepto que incurra en una negación tacita del bien jurídico al afirmar que este consiste en las normas de la contratación estatal, o lo que es más disconforme a la doctrina del bien jurídico, la buena imagen de la administración pública y la confianza de los ciudadanos.

Concepto de bien jurídico

El concepto de bien jurídico es problemático en la dogmática penal, encontrándose en la doctrina posiciones que lo reconocen¹, así como posiciones escépticas², a continuación, se demostrará que el ordenamiento jurídico colombiano asume el concepto de bien jurídico como el objeto de protección de la norma penal. En consecuencia, el bien jurídico en el régimen nacional cumple una función crítica, legitimadora e interpretativa en la determinación del injusto penal.

El bien jurídico es un fenómeno relacional, comprende el conjunto de relaciones valiosas que se forman a partir de la interacción de las personas en la sociedad y están dirigidas a la realización de las libertades externas de las personas.³

Este no equivale a los derechos o valores, puesto que ellos tienen una naturaleza deóntica o espiritual que no es susceptible de ser afectada y su reconocimiento solo depende del correcto razonamiento jurídico⁴. El bien jurídico tiene su existencia al interior de las relaciones sociales porque allí se desarrollan las relaciones posibilitadoras de las libertades de las personas. Estas relaciones son jurídicamente valiosas por posibilitar las libertades de las personas, por lo que la afectación de dichas relaciones posibilitadoras resulta disvaliosa o desvalorada, en consecuencia, merecedora de sanción penal.

Este concepto tiene su razón de ser en la legitimación del derecho penal en la exigencia de la dañosidad social⁵ para justificar las restricciones a las libertades de los ciudadanos mediante las normas penales.

Determinar el daño social de las conductas requiere un objeto de protección tangible, cuya afectación sea perceptible de modo que la sanción penal se fundamente en la racionalidad de una lesión o peligro determinado, en contraposición a la arbitrariedad de las sanciones

¹ HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Pp 409 - 414

² WHOLERS, Wolfgang. Las jornadas desde la perspectiva de un escéptico del bien jurídico. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Pp 403 – 408.

³ KAHLO, Michael, Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Página 53

⁴ KAHLO, Michael. Op Cit. página 53

⁵ FERNANDEZ, Gonzalo. Bien jurídico y sistema del delito, Editorial B de F. 2004. página 1 a 3.

penales fundamentadas en aspectos intuitivos o estrictamente morales,⁶ o con más resistencia por parte de sectores de la doctrina⁷, a la simple infracción de las normas.

La función crítica o legitimadora del bien jurídico nace en la visión liberal del Estado, esta encuentra el límite a las restricciones de la libertad individual por parte del Estado hacia los ciudadanos en el principio de daño o de lesividad para las demás personas⁸. Este postulado expresa el principio de libertad en que cada ciudadano tiene libertad de perseguir sus deseos mientras no afecte a los demás⁹. La Constitución de 1991 establece el principio de lesividad en su clausula general de acción en la que toda persona puede desarrollar su personalidad sin más limitaciones que el orden jurídico y los derechos de las demás personas.

Cómo saber lo prohibido y lo permitido, lo meritorio¹⁰ de sanción penal es un problema epistemológico que se resuelve bajo la premisa fundamental de la protección a bienes jurídicos como objetos valiosos reconocidos por el ordenamiento jurídico para la realización o máxima satisfacción posible de los derechos fundamentales. Por ello, la afectación a bienes jurídicos es el criterio para determinar la infracción de la norma penal. La prohibición y sanción penal¹¹ son formas de protección a bienes jurídicos como relaciones que posibilitan el goce de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el bien jurídico cumple también una función interpretativa en cuanto orienta el alcance y contenido de las prohibiciones penales. Este determina criterios jurídicos teleológicos para considerar vulnerada o no la norma penal, o, en otras palabras, criterios de imputación de los tipos penales¹².

⁶ HIRSH, Andrew. El concepto de bien jurídico y el principio de daño, en HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Pp 74-52

⁷ JAKOBS, Günther. La imputación Objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia. 1994. PP. 59-64

⁸ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Pp 78-82

⁹ HIRSH, Michael. Op. Cit. Pp 38-41

¹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de a antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F, 2011. Pp 84-85

¹¹ BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (1996). Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia, pagina 76.

¹² FERNANDEZ, Gonzalo. Óp. Cit. p 289.

En la doctrina nacional¹³ se reconoce que el derecho penal protege bienes jurídicos consistentes en una relación social real y concreta entre los individuos y objetos. De conformidad con la Constitución de 1991 y los fines del Estado el bien jurídico es definido como *“aquellos estados funcionales que permiten el goce de los derechos fundamentales de autonomía, de participación, de prestación, por especificación, y los mecanismos para su protección y promoción”*¹⁴.

En concordancia con la perspectiva constitucional del bien jurídico y el lugar del individuo en la sociedad, la Corte Constitucional reconoce en la norma penal un mecanismo de afectación y protección a derechos fundamentales, en concordancia esta Corte ha hecho suyo el concepto de bien jurídico acuñado por Roxin en la sentencia C-205 de 2003 en las siguientes palabras:

“Al respecto cabe señalar que por bien jurídico la doctrina contemporánea ha entendido aquellas “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social estructurado sobre la base de esa concepción o para asegurar el funcionamiento del mismo” (Roxin, C., Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Edit. Civitas, 1997, p.56).

Continúa la Corte Constitucional:

En tal sentido, el bien jurídico está llamado a cumplir una función social; y desde una perspectiva dogmática, constituye una importante guía para la interpretación de la norma penal y se erige en un criterio de medición de la pena a imponer, dado que la mayor o menor gravedad de la lesión al bien jurídico, o la mayor o menor peligrosidad de su ataque, influyen decisivamente en la gravedad del hecho. De allí que no se consideren como bienes jurídicos, objeto de tutela penal, las conminaciones arbitrarias, las finalidades puramente ideológicas,

¹³ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material, Ediciones Nueva Jurídica. 2016. Pp 48 a 49

¹⁴ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de antijuridicidad material. Óp. Cit. p 50; tomado de BARBOSA CASTILLO, Gerardo y GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bien jurídico y derechos fundamentales. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

las meras inmoralidades, y por supuesto, el ejercicio de una actividad constitucionalmente válida.”¹⁵

La naturaleza constitucional del bien jurídico es demostrada por Roxin. Este sostiene que la única restricción al legislador es la norma constitucional, y solo de ella puede derivarse un concepto de bien jurídico vinculante que limite el ejercicio del derecho penal al Estado. De este concepto de bien jurídico emanan unas tesis concretas de las que se destacan que las normas penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos, las finalidades puramente ideológicas no protegen bienes jurídicos, la simple inmoralidad no es lesiva a bienes jurídicos.¹⁶

En consecuencia, por parte de la Corte Constitucional son abundantes los pronunciamientos¹⁷ en los que invoca la función crítica del bien jurídico para legitimar constitucionalmente la vigencia y validez de normas penales demandadas por inconstitucionalidad.

Por su parte el Código Penal colombiano ha incorporado expresamente el concepto de bien jurídico en sus artículos 11 (principio rector de antijuridicidad), 25 (presupuesto del deber de garante), numeral 4, artículo 25 (la injerencia, fuente de posición de garante), numeral 2 del artículo 32 (consentimiento, eximente de responsabilidad penal). Por su parte, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia acoge el concepto de bien jurídico *“como una verdadera garantía jurídico social”*¹⁸ o *“el faro que ilumina la interpretación de tipos penales”*¹⁹.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia C-205 del 11 de marzo de 2003, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas. 1997. páginas 55 a 57

¹⁷ Corte Constitucional, sentencias C-319 del 18 de julio de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa; C-551 del 30 de mayo de 2001, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis; C-226 del 2 de abril de 2002; C-689 del 27 de agosto de 2002, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis; C-984 del 13 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra; C-009 del 23 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería; C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

¹⁸ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2016). El principio de la antijuridicidad material, Óp. Cit, pagina 51, tomado de: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, sentencia del 6 de octubre de 2004, radicado 16.066, Magistrado Ponente Edgar Lombana Trujillo

¹⁹ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2016). El principio de la antijuridicidad material, Óp. Cit. pagina 52, tomado de: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PENAL, decisión del 16 de septiembre de 1997, Magistrado Ponente Jorge Aníbal Gómez Gallego, en Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia año 1997, Segundo Semestre, Señal Editora pagina 391.

Por lo que puede concluirse el concepto de bien jurídico tiene plena vigencia en el sistema penal colombiano.

Dada la función crítica, legitimadora e interpretativa del concepto dogmático del bien jurídico, para la comprensión del injusto penal en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, se requiere el desarrollo teórico del bien jurídico contemplado en el título XV del Código Penal que establece de manera genérica el bien jurídico de la administración pública.

El bien jurídico de la administración pública

El bien jurídico de la administración pública no goza de una definición inequívoca en la doctrina y sus elementos esenciales son difíciles de precisar por parte de la dogmática del derecho penal especial.

Muñoz Conde no encuentra que exista un denominador común a los delitos ubicados dentro del bien jurídico de la administración pública diferente del vago quebrantamiento de deberes profesionales relativos a los servidores públicos, esto no puede precisarse más allá de los intereses generales a los que sirve la administración²⁰. En consecuencia, Muñoz propone que el bien jurídico de la administración pública es tan solo un marco en el que se engloban estos delitos y la determinación del bien jurídico debe concretarse a cada tipo penal individualmente de acuerdo con los fines político-criminales del legislador²¹.

Esta interpretación en el régimen jurídico colombiano implica aceptar que el legislador hace uso de conceptos inoficiosos en cuanto prescribe los delitos contra la administración pública sin que este último concepto jurídico tenga contenido relevante. Además, implica renunciar a un criterio general que oriente la determinación del injusto a estos tipos penales e invierte

²⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch. 2015. pp 841-842. Muñoz cita el artículo 103.1 de la Constitución Española: “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*” Este artículo se tiene en similares términos en la Constitución colombiana artículo 209: “*La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.*”

²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Óp. Cit. pp 841-842

la formula al establecer que el tipo penal establece la comprensión sobre la lesión al bien jurídico; y no, como debe ser, que el tipo penal es una forma específica de violación al bien jurídico preexistente.

La doctrina mayoritaria ha optado por reconocer el bien jurídico de la administración pública y ha procurado atribuir características de este como se describen a continuación.

De un examen etimológico de la palabra “administrar” derivada del latín “*minester*”, que a su vez surge de la palabra “*minus*”, se distingue entre gobierno superior que se asocia al régimen constitucional o soberano y el gobierno subordinado quien administra o ejecuta la orden del superior o gobierno mayor; de modo que administrar es sinónimo de servir y administración pública equivale a servicio público. A partir de lo anterior, Ferreira entiende por administración pública *“toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos”*²²

Molina Arrubla entiende el bien jurídico de la administración pública en *“el conjunto de funciones ejercidas por los varios órganos del Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”*²³, definición que sigue textualmente de Bernal Pinzón²⁴; de esta definición se extraen tres elementos de la administración pública, que son los organismos u órganos estatales, el cometido de ejercer funciones y los fines estatales²⁵, análisis en iguales términos al realizado por Bernal Pinzón²⁶.

Escobar López en el mismo sentido ha definido el bien jurídico de la administración pública en *“los mecanismos encargados, general o parcialmente de realizar una o varias gestiones para atender las necesidades de la comunidad”*²⁷.

²² FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la administración pública. Editorial Temis. 1995. Pp 1-3

²³ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. (2003), Editorial Leyer, p 18

²⁴ BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir. Editorial Temis. 1965. p 3.

²⁵ Ídem, página 21

²⁶ BERNAL PINZÓN, Jesús. O. Cit. p 1 a 4.

²⁷ ESCOBAR LOPEZ, Edgar. (2017). Delitos contra la administración pública, Liberia Jurídica Sanchez R. pp 21 a 24

Antonio José Cancino en su estudio sobre el delito de peculado²⁸, determina que la administración pública como bien jurídico se refiere a la actividad funcional del Estado con un aspecto intrínseco u objetivo referido a la consecución de los fines del Estado y un aspecto extrínseco referido al prestigio de la administración y los deberes de los funcionarios.

Lombana ha encontrado que la simple infracción de deberes no puede constituir un bien jurídico.²⁹ Concluye este autor que el bien jurídico en los delitos contra la administración pública es el buen o “*correcto funcionamiento de la administración pública que tiene como núcleo la desviación de intereses*”³⁰.

Juan Bustos Ramírez³¹ describe multiplicidad de tesis que pretenden establecer el concepto de administración pública como bien jurídico tutelado. En Alemania, la tesis de la confianza en los servidores públicos³² o la capacidad de funcionamiento de la administración. En Italia con Manzini, la administración pública como “*el normal funcionamiento y el prestigio de la administración*”³³; Bondi la trata en términos de “*normal funcionamiento de la administración pública de acuerdo a los principios constitucionales*”.³⁴ En España ha sido definido el bien jurídico de la administración pública en términos del “*correcto ejercicio de la potestad administrativa, preservación de la forma de actuación de la administración conforme a sus fines y el sometimiento a aquellos principios constitucionales que informan el procedimiento en la adopción de decisiones*”³⁵.

Luego de una minuciosa revisión doctrinaria, Bustos Ramírez se decanta por considerar el bien jurídico de la administración pública en el “*ejercicio debido o correcto de la función administrativa que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema, y que consiste*

²⁸ CANCINO, Antonio José. Delitos contra la administración pública en: DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. (2011). Lecciones de Derecho Penal, Parte especial, Universidad Externado de Colombia, p 103.

²⁹ LOMBANA, Jaime. (2014). Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia. Editorial Universidad del Rosario, Paginas 114 a 115

³⁰ LOMBANA, Jaime. (2014). Op. Cit. p 118

³¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. (2008). Derecho Penal Especial, Editorial Leyer, páginas 679 a 681

³² Ídem

³³ Ídem

³⁴ Ídem

³⁵ Ídem

*en dar vías procedimentales para que todos y cada uno de los miembros de la colectividad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses.”*³⁶

Castro Cuenca³⁷ resume en tres las diferentes concepciones del bien jurídico de la administración pública.

La primera, la violación del deber del cargo entendida como la sanción a infracción de deberes, destaca de esta las críticas de la doctrina de ser una concepción propia de estados totalitarios porque la infracción de deberes no constituye un bien jurídico. Encuentra también que el fundamento del injusto en la simple violación de deberes es un criterio formal que confunde el ilícito penal con el ilícito administrativo³⁸.

La segunda concepción es la visión pluriofensiva del bien jurídico que niega la posibilidad de un concepto general de administración pública y remite a la revisión de los tipos penales en concreto para poder determinar el bien jurídico³⁹ en cada tipo penal en concreto sin que existe un común denominador entre estos delitos.

La tercera posición es el “*correcto funcionamiento de la administración pública*”⁴⁰ que se define de varias formas, tales como, la capacidad de funcionamiento de la administración pública, el normal funcionamiento de la administración pública, la función pública ejercida correctamente o el normal funcionamiento de los órganos de gobierno.⁴¹

Con buen criterio, Castro Cuenca⁴² propone un concepto de bien jurídico de la administración pública unificado por una perspectiva constitucional, de manera que no se tutele la administración pública como un fin en sí mismo, sino su correcto funcionamiento de acuerdo con los principios constitucionales previstos por el artículo 209 de la Constitución. Esta norma constitucional establece un carácter funcional y dinámico a la administración pública que tiene como consecuencia que “*para lesionar el bien jurídico de la administración pública es necesario que exista una actuación administrativa (acto administrativo,*

³⁶ Ídem

³⁷ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017). LA corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario, páginas 139 a 153

³⁸ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017) Op. Cit. Pp 139 - 141

³⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017) Op. Cit. Pp 141 - 142

⁴⁰ Ídem

⁴¹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017) Op. Cit. Pp 143 - 147

⁴² CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017) Op. Cit. Pp 147 - 149

operación administrativa, vía de hecho u omisión administrativa)”⁴³. Consideramos que esta posición debe ser matizada para no excluir los delitos realizados en ejercicio de funciones jurisdiccionales o legislativas, así como aquellos delitos de violencia contra servidor público u otros realizados por particulares, no obstante, debe reconocerse el rendimiento que ofrece en la determinación del bien jurídico al identificar actuaciones administrativas o públicas como objeto de valoración de lesividad penal.

Por su parte Forero y Ospina⁴⁴ entre con un criterio material, han reconocido la función pública como contenido esencial del bien jurídico de la administración pública, “*centrando la protección al concepto funcional como actividad de interés público*”.

Crítica a la doctrina del bien jurídico de la administración pública

A la doctrina revisada que desarrolla el concepto de bien jurídico de la administración pública le caben en mayor o menor medida dos críticas, la primera es que iguala el concepto de función pública al de bien jurídico de administración pública; y la segunda que no atiende al modelo de Estado en la definición de la función pública.

La Primera crítica se fundamenta en los elementos esenciales de la garantía del bien jurídico. Esta impone que la protección penal no puede tener por objeto la normas o valores en sí mismos, sino las relaciones valiosas posibilitadoras de los derechos fundamentales de las personas⁴⁵. La garantía del bien jurídico requiere el establecer un objeto tangible de protección penal cuya vulneración sea medible y cuantificable a fin de darle plena vigencia al principio de lesividad que justifica las restricciones penales.

Por su parte el concepto de función pública es de carácter estrictamente teórico y por sí mismo no constituye un bien jurídico en cuanto es intangible y carece de entidad susceptible de ser lesionada por las conductas delictivas. Las normas que regulan la función pública se mantienen incólumes sin importar la cantidad de conductas criminales realizadas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones. Las normas jurídicas que regulan la función

⁴³ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017) Op. Cit. P 148

⁴⁴ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 154

⁴⁵ BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (1996). Op. Cit. p 76.

pública no son susceptibles de lesión o peligro, porque su vigencia depende de las normas de producción jurídica y no del comportamiento de los destinatarios de la norma. Ello es así al menos en el sistema nacional de fuentes del derecho establecido por el artículo 4 y 230 de la Constitución Política.

Por ello es necesario distinguir entre la función pública y las relaciones sociales posibilitadoras de conseguir los fines de la función pública para así determinar el bien jurídico de la administración pública protegido por las normas penales del título XV del Código Penal.

La segunda crítica parte de que el concepto de función pública como “actividad estatal” es excesivamente amplio y, por tanto, es extensible a Estados monárquicos, autoritarios, liberales o democráticos, por lo que el instituto jurídico de la función pública llena su contenido a partir del modelo político de Estado en que se desarrolla, elemento sin el cual se hacen indistinguibles las notas esenciales del concepto de función pública.

Por ello, el bien jurídico de la administración pública debe reconocerse como el conjunto de relaciones que permiten la consecución de los fines de la función pública la cual se determina a partir del modelo de Estado.

Hacia un concepto de administración pública como objeto de protección penal coherente con la garantía del bien jurídico y el modelo de Estado

Por encima de las anteriores críticas y con un aporte trascendental en la determinación del bien jurídico de la administración pública se encuentran las investigaciones realizadas por Gómez Mendez y Gómez Pavajeau⁴⁶. Encuentran estos autores luego de explorar las conocidas formulas sobre la función pública y reconocer sus características eminentemente constitucionales, que el contenido material del bien jurídico debe determinarse a partir de la evolución de este, lo cual consiguen evaluándolo en los diferentes modelos de Estado⁴⁷.

⁴⁶ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. Páginas 27 a 68

⁴⁷ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. p 32

En el modelo de Estado totalitario no hay propiamente una administración pública puesto que los intereses del Estado corresponden a intereses individuales de quien ostenta el poder. En el ejercicio del poder, la voluntad del monarca se desarrolla a través de sus funcionarios reales, de modo que el funcionario en ejercicio no expresaba su propia voluntad sino la voluntad del rey. Así existía una relación especial de sujeción entre la actividad del funcionario y la corona, con ello, las conductas contrarias al Estado se definían por la infracción de deberes de obediencia y fidelidad. Esta visión del desvalor hizo que en España se sostuviese que el bien jurídico de la administración pública correspondía a la *“fidelidad a la función y a la jerarquía”*.⁴⁸ Vale recordar que la punibilidad a la simple infracción de deberes es contraria a la legitimidad de las normas penales que propone la teoría del bien jurídico.

Con posterioridad, surge el modelo liberal de Estado que tiene como valor fundamental la *“eliminación de la arbitrariedad en la actividad estatal”*⁴⁹. Este se caracteriza por el simple cumplimiento formal de la legalidad y de una actividad limitada a la sanción de conductas prohibidas. En dicho modelo de Estado la administración pública como bien jurídico ostenta una naturaleza estática siendo el objeto de protección penal la autoridad del Estado, el poder jerárquico y el prestigio necesarios para los fines del Estado. Las infracciones penales contra la administración pública se fundamentan en el deber de sujeción respecto a la ley de los servidores públicos, por lo que el contenido material de la infracción penal en estos delitos es la desobediencia a la ley como objeto de protección *“administración pública”*⁵⁰. Esta visión no supera la simple infracción a deberes ni se estructurar como un bien jurídico en condiciones.

Finalmente, se presenta el modelo político conocido como Estado Social y Democrático de Derecho⁵¹. En este el Estado se organiza con deberes negativos de no intervenir en los derechos ciudadanos, pero también con deberes positivos consistentes en dirigir la actividad estatal a crear condiciones de satisfacción de derechos de las personas. Para lograr el cumplimiento de sus deberes negativos y positivos el Estado requiere una administración

⁴⁸ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. Pp 33 a 36

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. (2016). El derecho dúctil, Editorial Trotta p 21

⁵⁰ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. 37 a 40

⁵¹ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 41 a 44

compleja, eficiente y eficaz en el buen funcionamiento del servicio público y el cumplimiento de los fines del Estado. Es sobre estas bases que se reconoce el bien jurídico de la administración pública que supera la simple infracción de deberes y se muestra como un conjunto de relaciones y condiciones necesarias para que el Estado logre su fin esencial de realizar los derechos de las personas.

Con estas consideraciones, Gómez Mendez y Gómez Pavajeau encuentran que el bien jurídico de la administración pública tiene una naturaleza instrumental. Ello porque la administración pública es un medio para la realización de los derechos fundamentales de las personas en la sociedad, en la medida que es posibilitador de bienes jurídicos como la vida, el orden económico social, el patrimonio económico, la salud pública entre muchos.⁵² En consecuencia, estos autores determinan diferentes institutos pertenecientes a la función pública que son aquellas relaciones o condiciones valiosas que protege el derecho penal porque son necesarias para que el Estado cumpla sus fines.⁵³

Estos institutos son el instituto funcional, instituto personal, instituto jurídico e instituto real, por lo que las conductas descritas por legislador en el título XV del Código Penal son deformaciones de estos aspectos necesarios para que la función pública alcance sus fines de hacer efectivos los derechos de los ciudadanos.

Respecto a la deformación del instituto funcional, este se refiere al contenido y sentido de la función pública expresada en los principios de legalidad, competencia funcional, y fines estatales e interés general⁵⁴ y son atentatorios de este aspecto de la administración pública los delitos abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, asesoramiento y otras actuaciones ilegales solo para enunciar algunos.

La deformación al instituto personal se caracteriza por ser conductas que rompen las reglas o el molde que deben guiar actividades de los servidores públicos. Estas conductas perturban la eficacia de los principios que regulan el servicio público, que se lesiona o pone en peligro por aquellas conductas típicas que afectan la imparcialidad del funcionario, ponen la función pública al servicio de intereses particulares o menoscaban la moralidad administrativa.

⁵² GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 44 - 46

⁵³ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 59 - 67

⁵⁴ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 61-63

Dentro de estos comportamientos prohibidos se encuentran los tipos penales de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades, interés indebido en la celebración de contratos, enriquecimiento ilícito entre otros.⁵⁵

El instituto jurídico consiste en los instrumentos jurídicos de los que se sirve la administración para cumplir sus fines, como son los actos administrativos, las providencias judiciales o los contratos estatales. Este instituto se afecta en supuestos en los que por determinadas conductas típicas se deforman dichos actos jurídicos en su legalidad, competencia o demás presupuestos de validez. Son comportamientos prohibidos para este instituto los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales o prevaricato por acción.⁵⁶

Otro elemento necesario para el correcto funcionamiento de la administración es el denominado instituto real, compuesto por los bienes y recursos que requiere el Estado para cumplir sus fines. Por lo que se prohíben y sancionan el indebido uso de los bienes estatales por los tipos penales de peculado en sus diferentes modalidades⁵⁷.

Esta posición es compartida por la Corte Constitucional que ha considerado que el bien jurídico de los delitos contemplados en el título XV del Código Penal es el correcto funcionamiento de la administración pública y que cada tipo penal tutela una dimensión distinta del bien jurídico⁵⁸. De acuerdo con el Tribunal Constitucional Colombiano el concepto de administración pública debe llenarse de acuerdo con los principios previstos en el artículo 209 Constitucional, que proveen los criterios de corrección básica en los que debe mantenerse el ejercicio de la función pública dirigida a lograr los fines del Estado y en consecuencia garantizar la convivencia pacífica y el orden justo⁵⁹. Así mismo, la Corte

⁵⁵ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 63-64

⁵⁶ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 64 - 65

⁵⁷ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 66 - 67

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis: *“De otro lado, no considera acertado lo expresado por el demandante respecto de la existencia de otros tipos penales en el ordenamiento que protegen la moralidad en la contratación estatal, pues cada tipo penal protege una dimensión distinta de la administración pública relativa a la clase de conducta y a la forma de afectación de dicho bien jurídico.”*

⁵⁹ Corte Constitucional sentencia C-917 del 29 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Constitucional entiende que estos principios son extensivos al ejercicio de la función pública en general o a todas las Ramas del Poder Público⁶⁰.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también reconoce que el bien en el título XV del Código Penal es “*el correcto funcionamiento de la administración pública*”⁶¹ y que cada tipo penal de este título protege una dimensión de la administración pública de una determinada forma de conducta prohibida⁶². La Corte Suprema delimita las dimensiones del bien jurídico en los principios de la función pública prescritos por artículo 209 Constitucional los cuales integran algunos de los tipos penales como elementos normativos, traducándose la ilicitud penal en la falta de sujeción a dichos principios.⁶³

Bien jurídico: correcto ejercicio de la función pública o correcto funcionamiento de la administración de pública

La doctrina y la jurisprudencia expuesta han reconocido el bien jurídico de la administración pública en el correcto funcionamiento de la administración pública. Consideramos más certera aquella doctrina que se refiere al correcto ejercicio de la función pública, puesto que así se evita implementar un mismo elemento de lo definido en la definición (administración

⁶⁰ Corte Constitucional sentencias C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa; C-037 del 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis; C-181 del 12 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Tomado de GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 56 - 57

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de abril de 2002, Magistrado Ponente Jorge Anibal Gómez Gallego, proceso 12658.

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de abril de 2002, Magistrado Ponente Jorge Anibal Gómez Gallego, proceso 12658:

“De acuerdo con el Libro Segundo, Título III del Código Penal que rigió el presente caso (hoy título XV del nuevo código), el bien jurídico protegido en el delito examinado es el correcto funcionamiento de la administración pública. La distribución de los tipos legales en capítulos, con sus respectivas denominaciones, significa que en cada caso se tutela una dimensión distinta de la administración pública, pues sería diverso el amparo según se trate del peculado, o la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, etc. Y es distinto el ámbito de protección, siempre dentro de la administración pública, no sólo por la variedad existencial de las conductas y los modos de comisión, sino también por los sujetos que en cada caso se ven involucrados.”

Criterio que se reitera en sentencia del 18 de enero de 2017, Magistrado ponente Patricia Salazar Cuéllar, radicación 47100.

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2016, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar, radicación 46037; Sentencia del 22 de junio de 2016, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier, radicación 42930; Sentencia del 6 de mayo de 2009, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, proceso 25495; Sentencia del 18 de enero de 2017, Magistrado ponente Patricia Salazar Cuéllar, radicación 47100; Sentencia del 4 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho, radicación 38126.

pública). No obstante, se deben aceptar ambos vocablos, esto por la recurrente tendencia de la más autorizada doctrina y jurisprudencia a definir el bien jurídico de la administración pública como el correcto funcionamiento de la administración pública.

En ese sentido el bien jurídico del título XV del código penal se compone por los elementos i) función pública o administración pública, ii) correcto ejercicio o funcionamiento de la misma

La función pública o administración pública

El concepto de administración pública o función pública es esencialmente dialectico o histórico⁶⁴, por lo que sus características son inescindibles de la formación del Estado o el Modelo de Estado. Este concepto de la organización estatal es desarrollado por Gómez Mendez y Gómez Pavajeau⁶⁵ en el reconocimiento al bien jurídico de la administración pública en los delitos del título XV del código penal.

En ese sentido, la administración pública o función pública en nuestro sistema jurídico se define por el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho. Este surge de la soberanía popular, descrita en el artículo 3 de la Constitución Política como fuente exclusiva del poder público, que es emanado de la ciudadanía y ejercido de manera directa o a través de sus representantes.

El poder público emanado del soberano tiene cometidos señalados por el artículo 2 constitucional, estos cometidos son los fines esenciales del Estado consistentes en *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*.

Asimismo, este poder público para el cumplimiento de sus fines se especializa formalmente en la Rama legislativa, ejecutiva y judicial de acuerdo con el artículo 113 Constitucional. El poder público también se especializa materialmente en la función legislativa prevista en el

⁶⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2017), Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, p 119

⁶⁵ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. Pp 32-51

artículo 150 Constitucional, función administrativa prevista en el artículo 209 Constitucional y función judicial prevista en el artículo 228 Constitucional.

Estas funciones públicas son ejercidas por las autoridades a través de los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones excepcional o transitoriamente de conformidad con el artículo 123 de la Constitución.

En síntesis, la función pública es el ejercicio del poder público, emanado y al servicio de la ciudadanía, dirigido al cumplimiento de los fines sociales del Estado y que adquiere formas y potestades específicas (legislativa, administrativa o judicial) diseñadas o especializadas para el logro de los fines estatales.

En concordancia la Corte Constitucional la ha entendido así, *“La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado”*⁶⁶

La función pública es entonces la legítima actividad estatal en cualquiera de sus formas realizada por los servidores públicos, tal y como lo señala el artículo 122 constitucional: *“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”*. Quiere decir esto que la función pública se realiza con sujeción a las normas constitucionales y legales, esta conformidad con las normas superiores es el principio de legalidad del ejercicio de la función pública.

En el modelo del Estado social de derecho el principio de legalidad consiste en la sujeción material a las normas constitucionales, estas comprenden todo el ordenamiento jurídico que incluye valores, principios y reglas⁶⁷, la legalidad no se limita a la verificación de formalidades, sino que tiene una pretensión de mayor eficacia posible de los principios y derechos constitucionales. La sujeción de la función pública al ordenamiento jurídico impone que esta siempre debe estar dirigida al cumplimiento del interés general.

El interés general se comprende a partir de la institucionalización y origen popular del poder público. Este al residir en sus ciudadanos atiende a la voluntad general que considera

⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis; sentencia T-763 del 21 de julio de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2017), Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, p 151

prevalentes los intereses comunes respecto de los intereses individuales, los cuales deben de ceder ante aquellos⁶⁸. Este interés general se evidencia desde el preámbulo de la Constitución de que establece como fines estatales el logro de valores sociales y comunes en términos de *“asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo,”*; seguido a ello, el artículo 2 Constitucional dispone que *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”*, a su vez el artículo 123 constitucional establece que los servidores públicos sirven *“al Estado y la comunidad”*; y finalmente el artículo 209 de la Constitución establece que la actividad administrativa está al servicio de los intereses generales.

El correcto funcionamiento o ejercicio

El bien jurídico de la administración pública consiste en las relaciones posibilitadoras o circunstancias funcionales que permiten alcanzar el interés general como fin de la función pública.

La administración o función pública entendida como el ejercicio del poder público dirigido a lograr los fines constitucionales requiere de unas determinadas condiciones fácticas y jurídicas que permitan la realización sus cometidos. Estos cometidos son las libertades y derechos ciudadanos que se efectivizan de manera directa con prestaciones o servicios estatales o de forma indirecta como la promoción de políticas públicas.

Para determinar el bien jurídico de la administración pública es necesario determinar cuáles son estas condiciones o relaciones posibilitadoras que permiten a la organización estatal alcanzar sus fines.

Estas relaciones o condiciones son determinadas por el mismo ordenamiento jurídico, que no solo establece los fines del Estado, sino los medios o circunstancias en que deben lograrse,

⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2017), Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, p 151 a 152

lo cual establece mediante los principios de la función pública. Estos son la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad de acuerdo con el artículo 209 de la Constitución. Dichos principios son establecidos en aras de lograr los intereses generales. Asimismo, estas normas constitucionales han sido señaladas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional como comunes a todas las ramas del poder público.⁶⁹

En suma, las relaciones o condiciones necesarias para el correcto ejercicio de la función pública son establecidas por los principios constitucionales de la función pública. Gómez Mendez y Gómez Pavajeau⁷⁰ sistematizan estos principios y determinan las condiciones para el correcto funcionamiento del Estado. Denominan a las relaciones posibilitadoras en instituto funcional, personal, jurídico y real. Estos institutos colman su contenido con los principios constitucionales que establecen el debido ejercicio de la función pública en concreto; en consecuencia, la afectación al bien jurídico consiste en la deformación de estos institutos o condiciones necesarias para el ejercicio de la función pública.

Los principios que regulan el correcto funcionamiento o ejercicio de la administración pública o función pública no deben limitarse solo a los previstos en el artículo 209 Constitucional, sino que estos se encuentran desplegados en el ordenamiento jurídico en razón a los fines y medios especiales atribuidos a la función estatal en concreto que puede ser legislativa, judicial o administrativa.

Así, en el desarrollo de la presente investigación, para determinar el bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos previsto en el artículo 409 del Código Penal, se debe establecer el instituto o aspecto de la administración pública que es afectado o deformado por la conducta prohibida en el tipo penal.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa, C-037 del 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis, C-181 del 12 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Tomado de GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 56 - 57

⁷⁰ GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. pp 59-68

El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos

El título XV del Código penal que contiene los delitos contra la administración pública se divide en capítulos, del cual se destaca el Capítulo IV denominado “de la celebración indebida de contratos”. Dentro de este se ubica el delito de interés indebido en la celebración de contratos objeto de la presente investigación.

Esta división formal de la legislación permite concluir que el aspecto o instituto del bien jurídico protegido por los tipos penales de este capítulo son referidos a la contratación estatal, por lo que las condiciones del correcto funcionamiento de la administración son determinadas por los principios de la administración pública y la contratación estatal.

Por ello es necesario establecer algunos aspectos de la contratación estatal como objeto de protección penal, antes de abordar el aspecto de la administración pública protegido por el tipo penal del artículo 409.

La contratación estatal como objeto de protección penal

El contrato estatal es un mecanismo fundamental para la realización efectiva de los cometidos a cargo del Estado⁷¹. Mediante este se busca la realización de los fines del Estado y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, así como la consecución de los intereses de los particulares que colaboran con la administración⁷². Esto denota una inmensa complejidad conceptual del contrato estatal, en este coexisten el interés general y el interés particular. En su complejidad, el contrato estatal es un instrumento de la administración para dirigir esfuerzos al logro de los intereses generales.

En su aspecto público, la contratación estatal se rige por los principios públicos de interés general, la planeación aplicada al contrato, la responsabilidad, equilibrio económico, escogencia objetiva, economía, así como los principios de la función administrativa que según el artículo 209 constitucional está *“al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía,*

⁷¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2017). Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, pagina 465.

⁷² Artículo 3, ley 80 de 1993

celeridad, imparcialidad y publicidad”; por otro lado, se presentan también los principios derivados del derecho privado e intereses particulares como son la autonomía de la voluntad, la libertad económica y la igualdad⁷³.

En el reconocimiento del bien jurídico protegido por el tipo penal deben de tenerse presentes el contenido de estos principios, porque las condiciones o circunstancias para el correcto funcionamiento de la administración pública se determina en cada tipo penal de acuerdo con los principios de la función pública.

El contrato estatal es definido por Santofimio Gamboa así:

*“Todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley, o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general reciprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o contratar”*⁷⁴

El interés general es el núcleo o columna vertebral del contrato estatal, por esta razón, los delitos de celebración indebida de contratos son formas de desconocimiento del interés general en la actividad contractual por parte de los servidores públicos que representan a las entidades estatales⁷⁵. De ahí que estos delitos suelen ser una deformación del instituto

⁷³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal, pagina 60.

⁷⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2017). Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, pagina 456; concepto que el autor acuña a partir de la jurisprudencia del Consejo de Estado en Sentencias del 22 de julio de 2009, exp. 17552; 11 de agosto de 2010, exp. 16941; 28 de abril de 2010, exp. 17935; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 14 de abril de 2010, exp. 17214; 15 de abril de 2010, exp. 18014; 25 de agosto de 2011, Subsección B, exp. 14461; 14 de febrero de 2011, exp. 15225; Sección Tercera. Subsección C, exp. 17557; 31 de agosto de 2011, exp. 18080, y 30 de enero de 2013, exp. 24020

⁷⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal, pagina 61.

personal⁷⁶ del bien jurídico de la administración pública, porque el servidor en su ejercicio público privilegia intereses particulares por encima del interés general, la imparcialidad y moralidad administrativa⁷⁷.

Por consiguiente, los delitos de celebración indebida de contratos tienen su fundamento en prevenir que los actos que realizan los funcionarios en la actividad contractual estatal no estén influidos por intereses particulares⁷⁸, en otras palabras, evitar actos de corrupción administrativa. Esta se define en el sometimiento de los intereses generales o públicos a intereses particulares o personales⁷⁹. Por eso se afirma que el derecho penal pretende que las actuaciones de los servidores públicos en la actividad contractual estatal se sujeten a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, así como a los demás que rigen el ejercicio de la función administrativa.⁸⁰

Una primera aproximación para delimitar el bien jurídico del tipo penal parte de que la administración pública en los delitos de celebración indebida de contratos se enfoca en el contrato estatal como un mecanismo para la consecución del interés general, consecución que puede ser confiada por entidades públicas a particulares mediante la imposición de obligaciones generalmente recíprocas.

Los delitos de celebración indebida de contratos protegen aquellas relaciones o supuestos que son necesarios para que el contrato estatal logre su cometido y no se desvíe en el incumplimiento de sus fines estatales o la consecución de otros fines ajenos al interés estatal. Estas relaciones son las condiciones personales, jurídicas, instrumentales o reales para la realización de los principios que rigen la contratación estatal y la función administrativa.

⁷⁶ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. P 63

⁷⁷ Ídem

⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal p 63

⁷⁹ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. (2017). La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla. Editorial Universidad del Rosario. Pp 5 a 9

⁸⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal, p 63

El bien jurídico en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

El núcleo de este delito es la deformación de la finalidad que debe guiar la participación de los servidores públicos que intervienen en los procedimientos administrativos de contratación estatal⁸¹, toda actuación estatal siempre debe dirigirse a la consecución del interés general. La deformación de la finalidad consiste en que el servidor abandona el interés general para seguir intereses distintos o particulares, esta actuación ilícita se denomina en la dogmática del derecho administrativo desviación de poder que es la negación del interés general en el contrato estatal.⁸²

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos prohíbe el desvío de poder, este consiste en la desfiguración de un elemento objetivo de legalidad⁸³, este elemento es la finalidad de la actuación administrativa y los contratos estatales⁸⁴. La desviación de poder es el desconocimiento de la garantía de objetividad, lo indebido de ello consiste en la actuación por motivos personales y no por el interés general que debe guiar toda actuación estatal⁸⁵. Así, toda ruptura del interés general es ilegal⁸⁶ porque abusa del poder al perseguir por parte del servidor público un fin diferente a los señalados por el derecho⁸⁷.

A esta misma conclusión llegan Ibáñez y Barbosa⁸⁸ al analizar el delito de interés ilícito en la celebración de contratos previsto por el artículo 145 del Código Penal de 1980. Los autores encuentran el contenido material del tipo penal en el interés contrario a la administración pública por parte del servidor público. Este interés debe tener una nota de ilicitud⁸⁹ para ser punible, esto es que desvíe el ejercicio del poder público. El simple interés que no afecta el

⁸¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal pp 87 - 108

⁸² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal pp 87 - 108

⁸³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal p 90

⁸⁴ ídem

⁸⁵ ídem

⁸⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal P 93

⁸⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal p 97

⁸⁸ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. Pp 357-396

⁸⁹ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Ob. Cit. p 374

ejercicio de la función es atípico, su ausencia de tipicidad se fundamenta en la no vulneración del bien jurídico en los términos que exige el tipo penal para el merecimiento de la punibilidad. Así, se concluye que el interés ilícito se traduce en la pérdida de imparcialidad del servidor público “*que lleve al funcionario a obrar en contra del interés general o de la administración pública*”⁹⁰, por lo que el bien jurídico que se pretende proteger es la función pública en sus notas de transparencia, eficacia e imparcialidad.⁹¹

Por su parte, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau⁹² refieren el criterio del legislador histórico, los debates legislativos fundamentan el tipo penal en un quebrantamiento de los deberes de transparencia, imparcialidad y moralidad⁹³ en cuanto el interés del servidor público se dirija al desconocimiento de dichos principios.

Sostienen estos autores que la afectación al bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos se concreta en la deformación al instituto personal porque sanciona aquellos supuestos en que el servidor público le da un sentido extrainstitucional o personal al contrato estatal. De esa manera, son los principios de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad en la contratación los que dan contenido al bien jurídico que se pretenden proteger con el tipo penal en estudio.⁹⁴

La Corte Constitucional⁹⁵ concurre en que la violación a los principios de moralidad, transparencia objetividad e igualdad desemboca en el deterioro de la imagen de la administración y la credibilidad de los procesos contractuales. Sostiene la Corte que ello afecta la confianza de la ciudadanía en la administración pública. Esta última afirmación que merece un estudio pormenorizado por cuanto es una afirmación reiterada, más su pertenencia al bien jurídico resulta dudosa.

⁹⁰ IBAÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Ob. Cit. p 375

⁹¹ Ídem

⁹² GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. Pp 346-356

⁹³ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. Pp 346, tomado de GOMEZ MENDEZ, Alfonso. Exposición de motivos del proyecto de ley por el cual se expide el Código Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1998. P 64

⁹⁴ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. P 350

⁹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

Martínez López, advierte que este tipo penal es antecedido por el delito de interés ilícito en la celebración de contratos⁹⁶ en el Código Penal Colombiano de 1980, que su vez era precedido por el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de las funciones⁹⁷ por el Código Penal colombiano de 1936. Luego encuentra que, en el Código penal del año 2000, el interés indebido en la celebración de contratos se dirige a proteger “*la pureza y transparencia en la contratación estatal*”⁹⁸ que se afecta por la desviación de los fines que deben guiar la actuación del servidor público, asunto que no debe confundirse con el perjuicio al patrimonio de la administración, sino que se protege la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad de la contratación estatal⁹⁹.

Molina Arrubla define el objeto jurídico de este tipo penal en la no influencia de intereses particulares en la actividad contractual del Estado que toma de Gómez Méndez y Gómez Pavajeau y le agrega que también se protege la buena imagen, la confianza y la respetabilidad de la administración pública¹⁰⁰.

Bustos Ramírez al analizar los delitos de negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos, encuentra que este género de delitos pretende preservar “la imparcialidad de la administración” con relación a los negocios privados de los servidores.¹⁰¹

Castro Cuenca concurre en que la base fundamental de los delitos de interés de funcionarios en la celebración de contratos es el desdoblamiento del servidor público, en el que este adquiere la calidad de representante del Estado y particular interesado. De ahí que se sanciona el interés del servidor en hacerse parte de la negociación pública¹⁰², así concluye que el bien

⁹⁶ ARTICULO 145. INTERES ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS. El [servidor público] que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

⁹⁷ Artículo 168. El funcionario o empleado público o persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurre en la interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en la multa de cien a tres mil pesos.

⁹⁸ MARTINEZ LÓPEZ, Antonio. Régimen penal de la función pública, Ediciones Librería del profesional, 2da Edición, 2002. pp 97-98

⁹⁹ MARTINEZ LÓPEZ, Antonio. Régimen penal de la función pública, Ediciones Librería del profesional, 2da Edición, 2002. pp 97-98

¹⁰⁰ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública, Editorial Leyes, 2003. P 277

¹⁰¹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Derecho Penal Especial, Editorial Leyer, 2008. P 712.

¹⁰² CASTRO CUENCA, Carlos. Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial Universidad del Rosario, (2008). P 177

jurídico en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es el correcto funcionamiento de la administración pública en su desarrollo imparcial¹⁰³, en otras palabras, la objetividad de la administración pública¹⁰⁴ en la actividad contractual del Estado.

El bien jurídico del delito de interés indebido en la celebración de contratos para la Corte Constitucional y la sentencia C-128 de 2003

Mediante la sentencia C-128¹⁰⁵ la Corte constitucional decide la constitucionalidad del delito de interés ilícito en la celebración de contratos (artículo 145 del Código Penal de 1980) y del delito de interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del código Penal). En estos tipos penales la Corte considera equivalentes los términos “ilícito” e “indebido” del interés, y denota que de acuerdo con *“la exposición de motivos la Ley 599 de 2000 se señaló que el cambio de denominación tiene más un sentido pedagógico que una incidencia sobre la identificación del tipo penal estudiado.”*¹⁰⁶

Contra los tipos penales de interés indebido o ilícito pesaban cargos de inconstitucionalidad de sancionar simples pensamientos, faltar al principio de antijuridicidad por ausencia de un bien jurídico, así como ser vulnerante del principio de legalidad, culpabilidad y buena fe, situaciones que fueron decididas por la Corte Constitucional en favor de constitucionalidad de la norma. El alto tribunal precisa el bien jurídico, los elementos del tipo penal, así como criterios del juicio de antijuridicidad y de culpabilidad.

La norma penal contenida en el artículo 409 de la ley 599 fue acusada constitucionalmente de carecer de bien jurídico tutelado. La sentencia de constitucionalidad 128 de 2003 realiza un recuento del sistema de contratación estatal. Define que este se funda en el interés general, la prestación de servicios públicos y la satisfacción de los derechos de los colaboradores. Por consiguiente, la actividad del servidor público se dirige por el interés general y su desviación a otros intereses es ilícita.

¹⁰³ CASTRO CUENCA, Carlos. Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial Universidad del Rosario, (2008). P 178

¹⁰⁴ CASTRO CUENCA, Carlos. Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial Universidad del Rosario, (2008). P 179

¹⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

¹⁰⁶ Ídem

Sostiene la Corte en la sentencia C-128 que el interés general es la guía de toda actuación contractual de la administración pública. Este interés se garantiza mediante la selección objetiva que desarrolla los principios contractuales de economía, responsabilidad y transparencia, de este último advierte que garantiza la imparcialidad en el ejercicio de las funciones y la escogencia objetiva de los contratistas.¹⁰⁷

La imparcialidad y selección objetiva son protegidas por diferentes mecanismos en el sistema jurídico. La primera línea de defensa es la nulidad del contrato por vicios de desviación de poder, supuesto en el cual se ejerce el poder público para conseguir un fin distinto a los fines previstos para la respectiva competencia, esta forma de ilicitud se presenta aun cuando es debida competencia o se cumpla formalmente la ley.

El seguimiento de los intereses generales del Estado por parte del servidor público es un ejercicio interpretativo de carácter teleológico o finalista, no de subsunción o reglas. En el ejercicio de la función administrativa la aplicación teleológica de la norma se traduce en la discrecionalidad del servidor público. La cual consiste en adoptar la decisión que mejor alcance las finalidades estatales, por el contrario, de no corresponder la finalidad perseguida por el servidor público con la finalidad establecida por el ordenamiento jurídico, se incurre en desviación de poder; así lo ha expresado la corte constitucional en la C-128 de 2003:

*“cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia”*¹⁰⁸

Considera la Corte Constitucional en la sentencia C-128 de 2003 que el delito de interés indebido en la celebración de contratos ha concedido relevancia penal a la desviación de poder, de tal manera que se sanciona a los servidores públicos que no persigan exclusivamente los fines que la Constitución y la ley, y por el contrario pretendan intereses

¹⁰⁷ Ídem

¹⁰⁸ Corte Constitucional, sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis, que a su vez cita: “C-456/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell. En relación con la aplicación de la noción de desviación de poder en el ámbito constitucional ver la Sentencia C-1168/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.”

particulares con el ejercicio de la función administrativa en la actividad contractual del Estado:

“En la medida en que como se desprende igualmente de las consideraciones preliminares de esta sentencia el aspecto específico del bien jurídico administración pública que se pretende proteger con las normas acusadas está claramente identificado, a saber, la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública.

Y en la medida en que las actuaciones del servidor público que abandona su deber de imparcialidad en la gestión contractual para buscar un interés diferente del general que deba perseguirse por la administración en el proceso contractual en el que el servidor público interviene en provecho propio o de un tercero, lesionan evidentemente dicho bien jurídico, la Corte concluye que no asiste razón al demandante en cuanto al supuesto desconocimiento del principio de antijuridicidad material.”¹⁰⁹

Así, la Corte Constitucional sostiene que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos tiene un objeto de protección o bien jurídico, el cual es la imagen, la transparencia, la imparcialidad y la moralidad de la administración pública. Este bien jurídico se afecta cuando sucede la desviación de poder que consiste en la falta de correspondencia entre la finalidad del servidor público que ejerce la función administrativa y la finalidad prevista por la Constitución y la ley para la concreta actuación contractual del Estado.

El bien jurídico del delito de interés indebido en la celebración de contratos en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia

La Corte Suprema de Justicia cuenta con abundante jurisprudencia¹¹⁰ sobre el delito en estudio. En un comienzo sobre el delito de interés ilícito en la celebración de contratos del

¹⁰⁹ Corte Constitucional, sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado ponente Alvaro Tafur Galvis

¹¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencias : 27 de septiembre del 2000, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14170; 25 de octubre del 2000, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 15273; sentencias del 21 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 15.584; sentencia del 18 de abril de 2002, Magistrado Ponente: Jorge Anibal Niño, radicado 12658; 27 de abril de 2005, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado 13922; 7 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas, radicado: 21322; 16 de mayo de 2007, Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas, radicado 23915; 8 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado: 26450; 6

artículo 145 del Código Penal de 1980 y posteriormente respecto del delito de interés indebido en la celebración de contratos del artículo 409 del Código Penal del 2000.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de septiembre del 2000¹¹¹ comprende que la afectación al bien jurídico no se determina por prohibiciones o permisiones expresas, sino en el sometimiento del interés de la administración a intereses personales. En esta providencia se remite a la sentencia del 8 de junio de 1982¹¹², de la que extrae el siguiente fragmento:

“... la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio...”

Este criterio es reiterado en sentencia del 25 de octubre del año 2000¹¹³, en esta se encuentra que el interés de la conducta tiene el carácter de ilícito por la inclinación del servidor público hacia intereses particulares que afectan los principios de igualdad, moralidad, e imparcialidad de los administradores públicos en provecho de un tercero, *ratio* que se manifiesta al juzgar a un servidor público que da “*prelación subjetiva sobre sus iguales, en desmedro de la*

de febrero de 2008, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés, radicado: 20815; 29 de julio de 2008, Magistrado Ponente: Maria del Rosario Gonzalez de Lemos, radicado 30.077; 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado: 25989; 4 de febrero de 2009, Magistrada Ponente Maria del Rosario Gonzalez de Lemos, radicado 26.261; 16 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente Alfredo Gomez Quintero, radicado 30.411; 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, radicado 29.791; 28 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas, radicado 29.614; 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas, radicado: 32320; 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado: 30291; 28 de julio de 2010, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 34.202; 5 de junio de 2013, Magistrado Ponente Gustavo Enrique malo Fernandez, radicado 39.015; 12 de marzo de 2014, Magistrado Ponente: Eugenio Fernandez Carlier, radicado: 35492; 13 de agosto de 2014, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique malo Fernandez, radicado: 38438; 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado: 34282; 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique malo Fernandez, radicado: 42001; 18 de enero de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado: 47100; 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado: 44609; 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado: 47603; 17 de julio de 2019, magistrado ponente: Jaime Humberto Moreno Acero, radicado 53.479; 27 de agosto de 2019, Magistrado Ponente Jaime Humberto Moreno Acero, radicado 55.033.

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de septiembre del 2000, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14170.

¹¹² Citada por la Corte Suprema de Justicia así: “Sentencia del 8 de junio de 1982, Magistrado Ponente Gustavo Gómez Velásquez (G.J. N°2408, págs. 287 y Ss.)”

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 25 de octubre del 2000, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, radicado 15273

imagen de la administración pública y de la credibilidad de la colectividad en los procesos licitatorios”

En sentencia del año 2002¹¹⁴ se hace un importante desarrollo sobre el bien jurídico para este delito. La Corte describe que la administración pública tiene varias dimensiones, y cada una de ellas es protegida por los tipos penales del título XV del Código Penal en el que cada tipo penal tiene su propio ámbito de protección.

Luego de reiterar expresamente el criterio de las sentencias anteriores, La Corte concluye que lo ilícito del tipo penal no estriba en el perjuicio patrimonial, en el perjuicio a un tercero, o la ineficiente prestación del servicio público; sino en el haber *“infringido los principios que orientan la actividad estatal de la contratación, como valor que se configura con plena observancia de las reglas que garanticen a los co-asociados una administración transparente, objetiva y por supuesto imparcial”*¹¹⁵.

Estos criterios se reiteran expresamente en sentencia del 7 de septiembre del 2005¹¹⁶ en la que se afirma la protección de la administración pública y la actividad contractual de *“cualquier maniobra que en contra de los principios de imparcialidad objetividad y transparencia”* que incurra el servidor público y demás sujetos que ejerzan funciones administrativas en la actividad contractual del Estado.

Posteriormente con providencia del 16 de mayo de 2007¹¹⁷ La Corte Suprema reitera que lo ilícito es la contrariedad con específicos deberes de imparcialidad o transparencia que deben regir la actividad contractual del Estado, lo cual ocurre cuando el servidor público incumple su obligación se perseguir exclusivamente los fines de la función pública que exclusivamente fija la constitución y la ley al margen de sus propios intereses:

“En efecto si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al general que

¹¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de abril de 2002, Magistrado Ponente: Jorge Anibal Niño

¹¹⁵ Ídem

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 7 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente Yesid Ramirez Bastidas, radicado 21322

¹¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Yesid Ramirez Bastidas radicado 23.915.

de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública”¹¹⁸

En sentencia del 6 de febrero de 2008¹¹⁹, la Corte Suprema concluye que el ámbito de protección de este tipo penal en particular (409) es *“la corrección y transparencia que deben orientar el ejercicio de la función pública cuando esta se ejerce a través de la contratación estatal”*.

La Corte Suprema de Justicia, en fallo del 4 de febrero de 2009¹²⁰ precisa el bien jurídico con relación a los deberes del servidor público. Este tiene *“como ejercicio teleológico resguardar la contratación que realice en representación del Estado, garantizando el cumplimiento de los principios de transparencia, economía, selección objetiva, planeación, responsabilidad, entre otros, edificantes del reproche penal, si se actúa con parcialidad”*. En este pronunciamiento la Corte hace un avance importante respecto al bien jurídico de este tipo penal porque i) señala que es un fenómeno sobre la finalidad del ejercicio de la función pública en cabeza del servidor público que ejerce la respectiva competencia, ii) que dichas finalidades son garantizadas por los principios administrativos de transparencia, economía, selección objetiva, planeación, responsabilidad, entre otros, iii) que el tipo penal protege estos principios de manera específica de la falta de imparcialidad del servidor público.

Además, esta importante decisión determina el marco jurídico de protección del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos. Encuentra la Corte que la *“administración*

¹¹⁸ Ídem, En sentencia del 16 de mayo de 2007, para este la Corte Suprema de Justicia reconoce su precedente de la siguiente manera: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sent. de casación, 18 de abril de 2002, Rad. 12658; en el mismo sentido sentencia de junio 8 de 1982, cuando se dijo que si el servidor público «se 'interesa' de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado».

Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sents. de casación, 18 de abril de 2002, Rad. 12658 y de 27 de septiembre de 2000, Rad. 14170.

¹¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de febrero de 2008, Jorge Luis Quintero Milanés, radicado 20815.

¹²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, radicado 25989

pública, cuyos contenidos constitucionales le dan vida y sustento a la función administrativa”. Estos contenidos constitucionales son “los parámetros jurídicos en los que se debía mover el servidor público cuando se proponía celebrar contratos, convenios para una adecuada ejecución del presupuesto de las entidades estatales; por esta potísima razón los postulados que guían la función pública, generan una certidumbre, confianza, rectitud, probidad, integridad y ecuanimidad que, en esencia, deben cristalizar la conducta inquebrantable del funcionario en el ejercicio del cargo”.¹²¹ Esta decisión reitera que son los principios de la función administrativa y contractual los que deben guiar toda actuación. Por lo que la vulneración al bien jurídico sucede cuando el servidor público desvía esos principios o fines impuestos por la Constitución y la ley.

Este criterio se continua en sentencia del 3 de febrero de 2010¹²²:

“El interés que se penaliza es aquel que desconoce el deber general de cumplir con los fines estatales, consagrados en el artículo 2° de la Constitución Política, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

Se enjuicia la ilegítima inclinación del ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los deberes inherentes a la función administrativa, que conforme al artículo 209 constitucional implica estar al servicio de los intereses generales y desarrollarla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”

En sentencia del 12 de mayo de 2010¹²³, La Corte afirma que este tipo penal protege la administración pública del servidor público que *“en vez de acatar los pilares fundamentales en los que se edifica la contratación estatal, denota un sesgo o parcialidad en su actuación con el fin de favorecer a un contratista incurre, en el delito de interés indebido en la celebración de contratos, contemplado en el artículo 409”*. Resaltamos de este fallo que,

¹²¹ Ídem

¹²² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas, radicado 32320.

¹²³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 30291.

para la Corte Suprema de Justicia, es de la esencia del bien jurídico del tipo penal la imparcialidad del servidor público. El criterio es repetido en decisión posterior del 12 de marzo de 2014¹²⁴.

Con decisión del 13 de agosto de 2014¹²⁵, La Corte Suprema de Justicia hace suyo el criterio expuesto por la Corte Constitucional expuesto en la C-128 de 2003, para concluir que: *“lo que se sanciona es la prevalencia del interés particular del servidor público que interviene sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación, en contravía de los principios y fines que rigen la administración pública”*. Se reitera el criterio de la desviación de poder.

En sentencia del 27 de octubre de 2014¹²⁶ se continua con la tesis sostenida en la jurisprudencia anterior. La Corte afirma que el contenido del injusto respecto del bien jurídico protegido es la desviación de poder, puesto que el servidor que interviene hace prevalecer el interés particular sobre el interés general:

“En este tipo penal la lesión o el perjuicio al interés constitucional y legal se concreta cuando el servidor público encargado de tales funciones contractuales decide desacatar esos principios y actúa parcializado, sin objetividad, a fin de favorecer a un tercero, es decir, abandonando los deberes, obligaciones y compromisos adquiridos cuando se vinculó con la administración para ejercer el cargo público que lo facultaba para intervenir, de una u otra manera, en la celebración de contratos.”

El criterio descrito en líneas anteriores es reiterado en decisión del 6 de abril de 2016¹²⁷. En este caso se concluye que el objeto de protección penal se vulnera con el *“ejercicio indebido de la función pública al desconocer de manera flagrante los principios constitucionales, omitir perseguir siempre y, por encima de cualquier provecho particular, el interés general y el respeto de los principios de selección objetiva que deben orientar las contratación*

¹²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de marzo de 2014, radicado 35492, Magistrado Ponente Eugenio Fernandez Carlier, radicado 35492.

¹²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 13 de agosto de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernandez, radicado 38438

¹²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernandez, radicado 42001

estatal”. En el mismo sentido se pronuncia La Corte con providencia del 11 de octubre de 2017¹²⁸.

En sentencia del 6 de junio de 2018¹²⁹, La Corte encuentra que el bien jurídico del interés indebido en la celebración de contratos es la administración pública *“cuando quiera que la actuación de un servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o de sus funciones, esté determinada por un interés ajeno al que corresponde de acuerdo con la Constitución, la ley y/o los reglamentos, gobernado por propósitos o inclinaciones personales”*.

En resumen, el criterio de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia respecto al bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos ha sido constante y reiterado.

Del análisis de las sentencias es concluyente que la Corte Suprema de Justicia reconoce el concepto de bien jurídico como aquello que protege la norma penal. Para la alta corporación el objeto de protección del delito en estudio consiste en la administración pública, la cual tiene varias dimensiones o aspectos que son protegidos de diferentes formas por los delitos enunciados en el título XV del Código Penal.

Para la Corte el bien jurídico de la administración pública se comprende a partir del cumplimiento de los principios previstos en el artículo 209 constitucional y los principios de la contratación estatal previstos por la ley 80 de 1993 que en su artículo 3 que establece los fines de la contratación estatal.

Con este punto de partida La Corte determina que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos describe una conducta de desviación de poder en el ejercicio de la función pública, en el cual servidor público somete el interés general a intereses particulares distintos a los previstos por la constitución y la ley.

La desviación de poder es una infracción al principio de imparcialidad del servidor público, en el ejercicio de la actividad contractual del Estado. De tal manera es reiterado en la

¹²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 44609.

¹²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente Eyder Patiño Cabrera, radicado 47603

jurisprudencia penal que el objeto de protección de este tipo penal en concreto (409) es la imparcialidad del servidor público.

El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos

En la doctrina y la jurisprudencia revisada se presentan criterios recurrentes para determinar el bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos. Así, se ha definido como el interés general vulnerado por la desviación de poder, la falta de imparcialidad del servidor público. También el bien jurídico es definido en la violación a los principios o deberes de transparencia, la selección objetiva, moralidad administrativa; e incluso se afirma que el bien jurídico protegido es la imagen de la administración pública, la credibilidad de los procesos contractuales y la confianza ciudadana.

Para determinar el bien jurídico en este delito estas afirmaciones deben organizarse con relación al injusto penal. En ocasiones se confunde la conducta descrita o prohibida con el mismo bien jurídico, otras veces, se consideran como bien jurídicos objetos que no pueden tener esta naturaleza. Varias de estas afirmaciones no son válidas conforme a la teoría del bien jurídico, por lo que primero se deben verificar. Luego es necesario organizar los elementos propios del injusto penal para determinar un concepto satisfactorio de bien jurídico para este delito.

La imagen de la administración pública, la credibilidad en los procesos contractuales y la confianza ciudadana no tienen las características de bienes jurídicos penales.

La Corte Constitucional en un primer momento considera la buena imagen de la administración pública como un instituto merecedor de protección penal, pero jurisprudencia posterior y de manera definitiva considera la inconstitucionalidad de este objeto de protección.

En un primer momento la buena imagen de la administración pública había sido contemplada por la Corte Constitucional como objeto de protección en la sentencia C-280 de 1996 a modo de *obiter dictum*:

“En múltiples decisiones, esta Corporación ha estudiado la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario y ha concluido que éste es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de derecho (CP art. 1°), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP arts 2° y 209).”¹³⁰

De manera concordante la ley 732 de 2002, código único disciplinario, contempló el buen nombre y prestigio de la administración como objeto de protección en el artículo 48 numeral 45 respecto de las faltas gravísimas:

“Ejercer actividades o recibir beneficios de negocios incompatibles con el buen nombre y prestigio de la institución a la que pertenece.”

Esta norma del código disciplinario es demandada con cargos de inconstitucionalidad por violar los principios de legalidad y lesividad por su alto grado de indeterminación. La Corte Constitucional concluye de manera contundente que los conceptos de “*el buen nombre y prestigio*” respecto de las instituciones públicas o la administración pública resultan de una vaguedad e indeterminación tal que son violatorias del debido proceso, la legalidad y la lesividad. La razón de esta decisión es la imposibilidad de determinar de manera objetiva el objeto de protección y dejar al arbitrio del juez un asunto propio de reserva legal, así lo sostiene la Corte en la sentencia C-030 de 2012¹³¹:

“Por el contrario, en criterio de esta Corte y como lo ha mencionado su jurisprudencia en casos análogos, se trata de expresiones subjetivas, vagas, imprecisas e indeterminadas que como tales admiten multiplicidad de contenidos, dependen de las concepciones individuales, convicciones y opiniones personales, de los cánones morales y éticos del intérprete respecto de lo que para él significa “el buen nombre y prestigio” de una institución pública, y que por lo demás, no se refieren a una afectación real del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario. En este sentido, este tipo de expresiones no solo representan una violación del principio de legalidad en materia sancionatoria en la

¹³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-280 del 25 de junio de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

¹³¹ Corte Constitucional, sentencia C-030 del 1 de febrero de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, sino que adicionalmente implican una afectación del principio de lesividad o ilicitud sustancial, o de la capacidad de afectación de la función pública, en cuanto no es posible determinar de manera objetiva el tipo de actuación que constituya afectación del buen nombre o prestigio de una institución, sino que tal determinación queda discrecionalmente en manos del operador disciplinario. Lo anterior, conduce a una vulneración del principio de reserva legal en cuanto es el intérprete y no el legislador quien termina determinando el contenido de la hipótesis normativa.

En cuanto a la afectación del principio de lesividad de la función pública, es de resaltar que las expresiones “el buen nombre y prestigio” de la institución a la que pertenezca el servidor público, dado su grado de indeterminación, permiten que se sancionen conductas que no tienen relación intrínseca o conexidad directa con el servicio público y por tanto carecen de la idoneidad para afectar la eficacia, eficiencia y la corrección de la función de una institución pública.”

De acuerdo con el precedente constitucional, la imagen o buen nombre de la administración pública no pueden ser considerados objeto de protección del injusto disciplinario por su alto grado de vaguedad e indeterminación.

Por las mismas razones en el injusto penal la buena imagen de la administración pública no es un bien jurídico susceptible de protección penal. Esto es así porque no es constitucionalmente admisible la protección penal de un objeto vago e indeterminado del que no es posible valorar la lesión o puesta en peligro¹³². Esta prohibición al derecho disciplinario de proteger objetos vagos e indeterminados es extensiva al injusto penal puesto que este tiene

¹³² Mismo criterio tiene la Corte Constitucional en sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, en la que se analiza algunas normas disciplinarias de los funcionarios de policía, sentencia de la que se extrae: “Las expresiones usadas por el legislador en el numeral 10 del artículo 34, y en el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, que erigen en falta disciplinaria, la comisión de conducta delictuosa (gravísima), o contravencional (grave) “que empañe, o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución”, no se adecúan a ninguna de las técnicas mencionadas con antelación, en cuanto no remite a otros complementos normativos, ni responde a parámetros de valor o de la experiencia que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, con algún nivel de consistencia y certidumbre. Por el contrario, se trata de expresiones que admiten multiplicidad de contenidos, que dependen de las concepciones y los cánones individuales del intérprete sobre lo que para él significa “el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad o el prestigio” de una institución. La expresión empañar núcleo rector de las conductas disciplinarias examinadas, describe una acción carente de idoneidad para afectar el interés jurídico de la función pública.”

un mayor grado de restricción a derechos fundamentales respecto del injusto disciplinario y por lo tanto es más exigente la lesividad requerida para legitimar las prohibiciones y sanciones estatales¹³³.

A la misma conclusión ha llegado la doctrina internacional que asume con seriedad la teoría del bien jurídico:

*“las leyes penales simbólicas no sirven a la protección de bienes jurídicos. Entiendo por <tipos penales simbólicos> aquellas leyes que no son necesarias para la protección de una convivencia pacífica, sino que persiguen fines extrapenales, como la tranquilidad del electorado o la presentación de una buena imagen del Estado.”*¹³⁴

En efecto, la norma penal se legitima en la medida que sirva a la protección de bienes jurídicos, este es un criterio democrático de racionalidad. El bien jurídico debe ser tangible y determinable para que ello sea efectivo, de modo que su lesión o puesta en peligro sea verificable. Esto justifica constitucionalmente la restricción a la libertad de acción y la consecuente sanción penal.

La imagen de la administración pública o buen nombre de la administración pública no tiene estas características por su grado de abstracción, intangibilidad y vaguedad. El buen nombre o imagen del Estado carece de la virtualidad de proveer criterios para determinar la infracción de la norma, cuestión que ha sido reconocida por la doctrina y con mayor fuerza vinculante, por el precedente constitucional. Este declara inconstitucional este objeto de protección para el injusto disciplinario, inconstitucionalidad que con mayor razón es predicable del injusto penal.

Similar fenómeno ocurre respecto a la credibilidad en los procesos contractuales y la confianza de los ciudadanos. La confianza en la administración pública se define como la expectativa que tienen las personas que los servidores públicos van a dirigir sus actuaciones

¹³³ BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, 2005. Pp 117-139

¹³⁴ ROXIN, Claus. ¿es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. P 451

de acuerdo con el principio constitucional de legalidad¹³⁵. Proteger penalmente la confianza en la administración pública tiene por consecuencia aceptar la simple infracción de normas como legitimadora o justificante del injusto y la sanción penal. Esto niega la garantía del bien jurídico que requiere de un objeto susceptible de lesión o puesta en peligro efectivo. Lo anterior no es de recibo en el sistema constitucional y penal colombiano por las razones expuestas.

Predicar propiedades tangibles y concretas susceptibles de lesión o peligro efectivo a la confianza de la administración es una confusión de aspectos abstractos con concretos. Esta conversión de aspectos abstractos a bienes jurídicos concretos ha sido denominada¹³⁶ por la doctrina como bienes jurídicos aparentes, en la que detrás del lenguaje, el fingido bien jurídico no es otra cosa que la misma norma de conducta:

*“Ejemplos de casos en los que el lenguaje ordinario distorsiona la cuestión asumiendo una perspectiva distante son la consideración de los «sentimientos», la «confianza» y la «seguridad» como (supuestos) bienes jurídicos de normas de conducta penalmente respaldadas. Estos conceptos no se remiten a ningún objeto específico que se encuentre «detrás» de tales normas de conducta, sino que reifican efectos que tales tipos de normas tienen siempre cuando gozan de vigencia fáctica.”*¹³⁷

El injusto penal fundamentando exclusivamente en la simple infracción de la norma no es compatible con el modelo penal propuesto por el sistema jurídico colombiano. Este exige la lesión o puesta efectiva en peligro de un bien jurídico, dicho requisito impone un objeto de protección distinto a la norma en sí misma que sea susceptible de lesión o peligro efectivo, por lo que no puede sostenerse que la confianza de los ciudadanos o la credibilidad en los procesos contractuales sean bienes jurídicos constitucional y legalmente legítimos.

¹³⁵ AMENLUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de las normas jurídicas. En En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Pp 253: “Bienes jurídicos aparentes como la «confianza» y la «seguridad» tienen en común que tratan las consecuencias psíquicas de la vigencia fáctica de las normas en la colectividad. «Confianza» y «seguridad» representan la otra cara del respeto a las normas.”

¹³⁶ AMENLUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de las normas jurídicas. En En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Pp 249 a 251

¹³⁷ AMENLUNG, Knut. El concepto de bien jurídico en la teoría de la protección penal de las normas jurídicas. En En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. P 249

Aunque en gracia de discusión, se aceptara que la confianza de los ciudadanos en la administración pública es una relación valiosa y necesaria para el correcto ejercicio de la función pública o correcto funcionamiento de la administración pública, este sería común a todos los delitos contra la administración pública. Por ello no presentaría ningún rendimiento concreto para determinar la ocurrencia del injusto. Esto sin olvidar la penosa circunstancia social, que la administración pública en Colombia no goza de la confianza de sus ciudadanos¹³⁸, por consiguiente, la lesividad o puesta efectiva en peligro no se constataría por ausencia de objeto del bien jurídico con algunas instituciones públicas que respecto de la opinión de los ciudadanos se encuentran en la ignominia.

En conclusión, la buena imagen de la administración pública, la confianza ciudadana o la credibilidad en los procesos contractuales no pueden ser tenidos como bienes jurídicos objeto de protección de normas penales. Esto debido a su alto grado de abstracción o indeterminación, de tal manera que carecen de la concreción y tangibilidad necesarias para ser susceptibles de lesión o puesta efectiva en peligro. En el mismo sentido, tampoco ostentan

¹³⁸ DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), Encuesta de cultura política 2007: “(...) evidencia que en su gran mayoría la confianza de los ciudadanos es parcial, esta tendencia sólo se supera en el caso de la Presidencia de la República donde el 42,78% respondieron confiar en esta institución totalmente. Después de la Presidencia de la República, las instituciones que presentan mayor grado de confianza son las Fuerzas Armadas (38,46%) y la Policía Nacional (30,25%). Mientras que, en el lado opuesto se encuentran los Partidos Políticos, quienes presentan el mayor porcentaje de quienes no confían Nada (44,41%). Por otro lado, los que presentan menor grado de confianza, es decir, que no confían Nada, luego de los Partidos Políticos son el Congreso de la República (30,43%) y la Organización electoral (28,83%). En un nivel intermedio se encuentran las entidades del orden territorial, las cuales presentan un nivel de confianza total con porcentajes de 29,79% para las Alcaldías y 29,60% para las Gobernaciones. Finalmente, las instituciones que menos dicen conocer los ciudadanos corresponden a los Organismos de Control (8,76%).”

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE), Encuesta de Cultura Política 2017 : “Con relación a las instituciones o actores en las que las personas de 18 años y más confían mucho, el 40,3% afirma confiar mucho en las fuerzas militares, el 39,2% en la Registraduría Nacional del Estado Civil, el 32,9% en la Defensoría del Pueblo, el 31,3% en la Gobernación, el 28,4% en la Alcaldía Municipal/Distrital, el 27,5% en la Fiscalía General de la Nación, el 25,5% en la Presidencia de la República, el 24,4% en la Policía, el 21,6% en la Procuraduría General de la Nación, el 21,5% en la Contraloría (nacional, departamental y municipal), el 19,8% en los Concejos municipales/distritales, el 17,5 en la Asamblea departamental, el 17,2% en los Jueces y magistrados, el 16,6% en el Congreso de la República y el 12,1% en los Partidos o movimientos políticos. De las instituciones o actores en las que las personas de 18 años y más no confían, se encuentran los Partidos o movimientos políticos 61,6%, el Congreso de la República 51,7%, Jueces y Magistrados 45,8%, la Presidencia de la República 45,0%, la Policía 44,3%, la Asamblea departamental 43,2%, los Concejos municipales/distritales 43,0%, la Contraloría (nacional, departamental y municipal) 39,8%, la Procuraduría General de la Nación 39,6%, la Alcaldía Municipal/Distrital 35,0%, la Fiscalía General de la Nación 34,1%, la Gobernación 30,1%, la Defensoría del Pueblo 28,6%, las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea) 26,2% y la Registraduría Nacional del Estado Civil 25,9%.”

la calidad de bienes jurídicos porque, en el fondo, no son otra cosa que la vigencia de las normas, lo cual tiene por consecuencia la sanción penal por la simple infracción de la norma.

La Imparcialidad del servidor público: bien jurídico del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

La prevalencia interés general es de la esencia de la función pública en el marco del Estado Social y democrático de derecho, por lo tanto, también es elemento esencial del bien jurídico del correcto ejercicio de la administración o función pública. En ese sentido, el interés general es un punto de partida metodológico correcto en la determinación del bien jurídico, pero no es el bien jurídico en concreto, puesto que este es común a todos los tipos penales del Título XV del Código Penal.

La Constitución impone determinadas condiciones o medios para el logro del interés general, estas condiciones son definidas por los principios de la administración pública que garantizan la consecución de los intereses generales. Dichos principios varían de acuerdo con la especialización de la función pública, ya sea administrativa, judicial o legislativa. En tratándose de función administrativa esta tiene una forma más específica referida a la actividad contractual del Estado en la que además de los principios generales de la función administrativa, se establecen los fines y principios de la contratación estatal previstos en la ley 80 de 1993 y las demás leyes que la adicionan.

Los principios de la administración pública y la contratación estatal no tienen la calidad de bienes jurídicos, puesto que son normas jurídicas o mandatos. La norma y sanción penal con fundamento en la infracción a principios es la sanción por la mera infracción de las normas y en consecuencia la negación de la del bien jurídico. Esta garantía impone la constatación de la lesión o peligro efectivo del objeto de protección de la norma penal para fundamentar la sanción penal. Por consiguiente, los principios de la administración pública y de la contratación estatal son puntos de partida metodológicos en la determinación del bien jurídico, más no son el bien jurídico.

La conducta de desviación de intereses descrita por el tipo penal tampoco es el bien jurídico, tan solo es el acto prohibido por la norma penal, consistente en que el funcionario en su actuación pública prefiere intereses particulares o ajenos al interés general.

En suma, el bien jurídico en su aspecto general es el correcto ejercicio de la función pública. Este consiste en las condiciones necesarias impuestas por los principios de la función administrativa y contractual para que se cumplan los fines de la función pública en los términos establecidos por la Constitución. Luego entonces, el bien jurídico es determinado por la condición fáctica o jurídica requerida para el correcto ejercicio de la función pública. Esta que a su vez es deformada por la conducta de desviación de intereses descrita en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

En consecuencia, el bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos se determina de acuerdo con estas tres premisas, i) el interés general son los fines o cometidos del Estado, ii) los principios de la función administrativa y contractual establecen las condiciones en que debe lograrse el interés general, iii) la conducta descrita por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es la desviación de poder en la que se prohíbe al servidor público en ejercicio buscar fines particulares o ajenos a los intereses generales prescritos por la constitución y la ley.

El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos es la imparcialidad del servidor público. Esta conclusión surge a consecuencia de las tres premisas enunciadas. Así, respecto de la primera, el principio de imparcialidad establece que el servidor público solo debe guiarse por los intereses generales en el ejercicio de la función pública, respecto de la segunda, la imparcialidad es un principio fundamental en el ejercicio de la actividad contractual del Estado que establece condiciones del ejercicio de la función pública, y respecto de la tercera, la desviación de poder es una deformación de la imparcialidad del servidor público puesto que en esta clase de actos el servidor involucra sus intereses particulares en perjuicio del interés general.

La imparcialidad del servidor público no debe entenderse como un mandato, norma o regla, sino como una situación real y susceptible de lesión o puesta en peligro y que es requerida para el correcto funcionamiento de la función pública o correcto ejercicio de la administración pública.

La imparcialidad del servidor público

La imparcialidad del servidor público es una condición necesaria para garantizar que las decisiones de la autoridad estén dirigidas a los fines previstos por la constitución y la ley para el ejercicio de la competencia. Esta imparcialidad no es simplemente una norma, mandato o principio de imparcialidad. La garantía del bien jurídico exige que la norma penal proteja un objeto distinto a la misma norma. En ese sentido, el bien jurídico de la imparcialidad del servidor público es una relación o situación real, perceptible y susceptible de lesión o puesta en efectivo peligro diferente a la simple infracción de la norma.

La imparcialidad del servidor público es una condición de idoneidad material exigida al servidor público, es una situación personal requerida por la constitución y la ley para el correcto ejercicio de la función administrativa en asuntos contractuales.

Esta conclusión se fundamenta con los puntos de partida establecidos por la jurisprudencia, la doctrina y determinados en la presente investigación respecto del tipo penal: i) la conducta prohibida es la desviación de poder consistente en el sometimiento del interés general o público al interés particular o ajeno en el ejercicio de las funciones, ii) La realización de la conducta descrita en el tipo penal es contrario a los principios de transparencia, selección objetiva, moralidad e imparcialidad.

Por ello es necesario desarrollar el contenido de dichos principios y así establecer la situación u objeto de protección penal por el delito de interés indebido en la celebración de contratos como situación o relación necesaria para el correcto ejercicio de la administración pública.

El principio de imparcialidad es definido por la ley así: *“las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”*¹³⁹. De manera que la imparcialidad del funcionario esta conceptualmente vinculada a la

¹³⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 3, numeral 3.

desviación de intereses como violación de las finalidades del ejercicio de la función administrativa¹⁴⁰.

El principio de transparencia impone que la actividad de la administración debe ser de dominio público¹⁴¹. Esto tiene relación con la conducta de desviación de intereses en cuanto se exige que los fines de la administración y del funcionario sean visibles durante la actuación administrativa, de modo que puedan ser controlados y corregidos los fines o intereses indebidos. En contraposición, se prohíben las actuaciones con motivaciones o finalidades que sean ocultas¹⁴². De manera específica, el principio de transparencia es desarrollado por la ley 80 de 1993 de la que se destaca el mandato de publicidad en todas las actuaciones estatales, dicha publicidad requiere que se conceda la posibilidad de conocer y controvertir todos los actos de la administración, además, estos deben ser motivados de manera detallada. Finalmente, el principio de transparencia incorpora la prohibición de las autoridades de actuar con desviación o abuso de poder.¹⁴³

Respecto del principio constitucional de moralidad, este es definido por la ley así: *“En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.”*¹⁴⁴; principio que ha sido duramente criticado por la doctrina como el mayor despropósito del constituyente en tanto que convierte en norma jurídica la moralidad, la cual contiene aspectos que son imposibles circunscribir al mundo del derecho positivo.¹⁴⁵

Al margen de ese debate, podemos afirmar que los conceptos de rectitud, lealtad y honestidad carecen de rendimiento metodológico respecto de la determinación del bien jurídico de la administración pública puesto que este debe ser un objeto concreto de protección y aquellos son valores que difícilmente pueden establecer criterios para determinar la infracción a las normas, menos aún, ser un bien jurídico. Por ejemplo, el servidor público que, por

¹⁴⁰ SANTOFIMIO GAMBO. Jaime. Compendio de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia 2017. P. 271

¹⁴¹ Artículo 3, numeral 8, ley 1437 de 2011

¹⁴² SANTOFIMIO GAMBO. Jaime. Compendio de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia 2017. pp. 271-272

¹⁴³ Ley 80 de 1993, artículo 24.

¹⁴⁴ Ley 1437 de 2011, numeral 5.

¹⁴⁵ SANTOFIMIO GAMBO. Jaime. Compendio de derecho administrativo, Universidad Externado de Colombia 2017. P. 277

concepciones ideológicas como la afinidad con algún grupo político armado al margen de la ley profiera una decisión manifiestamente contraria a la ley, de manera que este funcionario habrá incurrido en un delito de prevaricato, pero frente a su personal sistema de valores puede alzarse como una persona recta, honesta y leal.

Ahora, si se contrargumenta aduciendo que el principio de moralidad administrativa exige rectitud, honestidad y lealtad respecto de los valores constitucionales, esto no es otra cosa que el mismo principio de legalidad.

Son entonces fundamentalmente los principios de imparcialidad y transparencia los que determinen el objeto de protección del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos que describe la conducta de desviación de intereses.

En ese sentido, el principio de transparencia impone que el servidor público en su actuación revele todas las motivaciones y fines que fundamentan la actividad del Estado, y por su parte, el principio de imparcialidad impone que el servidor público solo tenga en cuenta los fines legítimos en la actuación estatal.

Los principios de imparcialidad y transparencia establecen las condiciones personales en que el servidor público debe ejercer la función. Por tanto, el objeto de protección penal es la condición o situación personal del servidor público que interviene en la actividad contractual del Estado. El correcto ejercicio de la función pública requiere que el servidor público la ejerza de manera neutral respecto de intereses particulares que pongan en peligro la eficacia y eficiencia de los fines específicos que se pretenden alcanzar con el contrato estatal.

Por consiguiente, la relación valiosa o bien jurídico protegido es la condición de idoneidad material del servidor público de ser ajeno a intereses particulares que puedan subordinar los intereses generales en la actividad contractual del Estado. De esta condición de idoneidad material es garante el mismo servidor público.

Conclusión capítulo I

El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos es la imparcialidad del servidor público. Esta consiste en las condiciones de idoneidad material del servidor público que actúa en la actividad contractual del Estado. De manera que se sanciona el peligro para la eficiencia y eficacia de los fines de la administración pública de conductas de desviación de poder.

Lo anterior ya había sido sostenido por GÓMEZ MENDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU quienes encontraron que las conductas punibles contra la administración pública recaían sobre alguna de las condiciones o circunstancias necesarias para correcto ejercicio de la función pública. Estas condiciones se sistematizan en el instituto funcional, instituto personal, instituto jurídico, e instituto real¹⁴⁶, el delito de interés indebido en la celebración de contratos es una deformación del instituto personal de la administración pública.¹⁴⁷

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia acogen de manera formal la garantía del bien jurídico, pero al momento de precisar el bien jurídico en concreto de este tipo penal proponen respuestas que niegan el concepto de bien jurídico penal. Así, expresan que el bien jurídico son los principios de la administración pública y la contratación estatal. Esta afirmación es contraria a la garantía del bien jurídico que requiere un objeto de protección susceptible de lesión o peligro diferente a la misma norma. Sostener que el bien jurídico son los principios de la administración pública es asumir el injusto penal en la simple infracción de las normas.

Con la misma tendencia, la doctrina y la jurisprudencia ha tenido por bien jurídico de este delito la buena imagen de la administración y la confianza ciudadana. Esto desconoce los

¹⁴⁶ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. Pp 59 - 67

¹⁴⁷ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Op. Cit. Pp 59 - 67 :
*“Los moldes jurídicos que le dan forma a quien recibe el nombre de servidor público y que originan diferentes delitos cuya antijuridicidad material está definida por una deformación del instituto personal son de variada índole.
En Primer lugar, como se vio, los servidores públicos están al servicio de la legalidad del Estado y de la comunidad, en fin, de los intereses generales (arts. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 123 inc. 2.º, I.a parte, y 209 C.N.).
Desconoce su investidura libre de toda mácula de parcialidad, interés privado e inmoralidad pública quien sea sujeto activo de los tipos penales de violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 C.P.), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 C.P.) y enriquecimiento ilícito (art.412 C.P.).”*

parámetros que impone la garantía del bien jurídico como límite a la actividad punitiva del Estado.

Con el presente capítulo esperamos haber sentado la distinción entre conducta descrita por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos (conducta de desviación de intereses en ejercicio de la función pública contractual), principios de la administración pública y del contrato estatal que regulan la conducta (principio de transparencia y principio de imparcialidad) y el bien jurídico objeto de protección del tipo penal que es la imparcialidad del servidor público entendida como las condiciones de idoneidad material del servidor público que realiza la actividad contractual del Estado.

La idoneidad material que aquí referimos se ubica en la esfera interna del servidor público y consiste en que este siempre debe procurar los fines estatales sobre los particulares, esta condición de idoneidad es requerida para el correcto ejercicio de la administración pública. Por lo que un servidor público que pretenda fines particulares en el ejercicio de sus funciones pone en peligro la eficacia y la eficiencia de los fines estatales propuestos para la respectiva función contractual.

También esperamos haber demostrado que el bien jurídico no son las normas jurídicas de imparcialidad transparencia y demás principios rectores de la función administrativa y la contratación estatal, por cuanto esto niega el concepto de bien jurídico como un objeto susceptible de lesión o puesta en efectivo peligro distinto a la simple infracción de las normas.

Igualmente, se concluye que la buena imagen de la administración pública y la confianza en la administración pública no pueden ser tenidos por bienes jurídicos objetos de protección penal.

Finalmente, la coherencia con la garantía del bien jurídico impone un esfuerzo argumentativo enorme en la determinación del bien jurídico en este delito. La jurisprudencia y la doctrina parecían haber evitado este esfuerzo y renunciaron de manera velada a la garantía del bien jurídico. Ello se constata en las voces mayoritarias que sostienen que el bien jurídico de este tipo penal es la buena imagen de la administración pública, la confianza en la administración pública o los principios constitucionales y legales de la contratación estatal.

CAPÍTULO II

TIPICIDAD DEL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

Tipicidad e imputación del tipo penal

El concepto dogmático de injusto penal reconocido en el código penal del 2000¹⁴⁸ es integrado por las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad¹⁴⁹. Estas son diferenciadas en el artículo 10 y artículo 11 del Código Penal. El injusto consiste en la infracción o violación a la norma penal con dos niveles progresivos de valoración, la tipicidad y la antijuridicidad, el presente capítulo se enfoca en la tipicidad del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

La tipicidad es la primera valoración penal a la conducta¹⁵⁰ para determinar la realización del injusto penal¹⁵¹. La valoración de la tipicidad corresponde a la adecuación de la conducta a los elementos del tipo penal¹⁵², definidos por el artículo 10 del Código Penal como características básicas estructurales de la norma penal¹⁵³. Estas características son también definidas por el legislador como *hechos constitutivos de la infracción penal*¹⁵⁴, o *hechos de la descripción típica*¹⁵⁵, o por la doctrina como características atribuibles a la conducta para conocer su ilicitud o punibilidad¹⁵⁶. De manera que el tipo penal se estructura con los

¹⁴⁸ ARTICULO 7o. IGUALDAD. La ley penal se aplicará a las personas sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en ella. El funcionario judicial tendrá especial consideración cuando se trate de valorar el injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, en relación con las personas que se encuentren en las situaciones descritas en el inciso final del artículo 13 de la Constitución Política.

¹⁴⁹ ARTICULO 9o. CONDUCTA PUNIBLE. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado

¹⁵⁰ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 264

¹⁵¹ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Teoría de la Norma Penal. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. Pp 209 -216.

¹⁵² BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 264 a 265

¹⁵³ "ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal."

¹⁵⁴ Código Penal, artículo 22: *La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.*

¹⁵⁵ Código Penal, artículo 32, numeral 10: *"Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad."*

¹⁵⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 277

elementos que delimitan lo prohibido o mandado. Estos elementos son los criterios para determinar que la conducta se adecua la norma penal, que en este trabajo de investigación corresponde al artículo 409 del Código Penal.

Características típicas del delito de interés indebido en la celebración de contratos

Elementos objetivos del tipo penal

Bien jurídico u objeto jurídico de protección

El bien jurídico u objeto de protección por parte del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es la imparcialidad del servidor público entendida como la idoneidad material del servidor público que actúa en la actividad contractual del Estado.

El Sujeto activo

El sujeto activo del tipo penal usualmente referido con el vocablo “el que”¹⁵⁷ y definido por la doctrina como “*aquel que realiza la acción prohibida u omite la acción esperada*”¹⁵⁸, “*quien realiza el hecho punible y ataca con su acción el bien jurídico tutelado*”¹⁵⁹, “*quien realiza en todo o en parte la conducta prohibida por el tipo penal*”¹⁶⁰ o “*la persona que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley*”¹⁶¹, también identificado con el concepto de autor¹⁶².

La identificación del concepto de autor con el de sujeto activo es discutido en la doctrina, por cuanto se suele asociar la autoría a la responsabilidad penal¹⁶³, no obstante, asumimos la

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 304

¹⁵⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 259

¹⁵⁹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, parte general, teoría del delito y de la pena, Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 217

¹⁶⁰ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 273.

¹⁶¹ VELAZQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, parte general, Segunda Edición, Editorial Temis. 2004. P 263.

¹⁶² REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 100-101; MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 259; ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 304.

¹⁶³ VELAZQUEZ, Fernando. Op. Cit. 2004. P 263.: “*la equiparación entre sujeto activo y autor es, sin embargo, criticada por quienes aducen que la calidad de autor supone la responsabilidad penal, mientras que la de sujeto activo no*”

posición que entiende el autor como aquel que realiza el injusto penal, debiéndose verificar la culpabilidad para establecer la responsabilidad penal¹⁶⁴ y la pena, sin que concurra necesariamente la calidad de autor con la de penalmente responsable.

De acuerdo con el sujeto activo se presentan los tipos penales comunes en los que no se requiere ninguna calidad y los pueden realizar cualquier sujeto¹⁶⁵, conocidos como tipos penales de sujeto activo indeterminado¹⁶⁶. En contraposición se presentan los tipos penales especiales que son en los que *“la autoría esta determina a distintos grupos de personas”*¹⁶⁷ o *“se exigen determinadas condiciones para ser sujeto activo del delito”*¹⁶⁸ o también conocidos como tipos penales de sujeto activo cualificado que *“requieren del sujeto agente una cualidad o categoría especial sin la cual la conducta no es típica o se adecua a otro tipo penal”*¹⁶⁹.

El delito de interés indebido en la celebración de contratos es un delito de sujeto activo cualificado o especial, porque exige la calidad de servidor público definida por el artículo 20 código penal, esto es pacífico en la doctrina y en la jurisprudencia¹⁷⁰. Respecto de los particulares que asumen la calidad de contratista, estos por mandato constitucional pueden

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Editorial Marcial Pons. 2016. P 149: *“si en un estado de necesidad coactivo buscamos la figura central del suceso en forma de acción y la persona que <tiene en sus manos> el curso del hecho, este criterio se ajusta perfectamente al sujeto de detrás. Bien es verdad como hemos visto que también el ejecutor directo tiene dominio del hecho. Pero en ello no hay contradicción como cree WELZEL. Más bien, esta apreciación es la que pone de manifiesto de qué manera en este grupo de casos el poder de la voluntad, sin intervención de propia mano en la realización puede entrañar dominio del hecho. Y es que el que coacciona domina directamente solo al coaccionado. Solo porque el coaccionado, a su vez, merced a su actuar, tiene en sus manos el curso del hecho, domina el sujeto de detrás el propio hecho. Puede afirmarse que el dominio de la voluntad sobre el titular del dominio de la acción fundamenta el dominio del hecho.*

Esta no es una autoría compartida, como la que entraña la coautoría, sino una plena autoría doble. Contemplando la realización del tipo, ambos intervinientes se encuentran en el centro, sobre la base de criterios de imputación contrapuestos; uno, en virtud de su hacer; el otro, en virtud de su poder de voluntad, es decir, porque en la acción del ejecutor directo está surtiendo efecto, como factor impulsor y configurador, la voluntad del sujeto de detrás. Así pues, ha de contestarse afirmativamente la tan debatida cuestión de si existe el autor de detrás del autor.”

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 304; MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. P 260; FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 217.

¹⁶⁶ REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 117

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 304

¹⁶⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. Pp 259 - 260.

¹⁶⁹ REYES ECHANDIA. Alfonso. Op. Cit. 2017. P 117

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282:

“Este punible se caracteriza porque se trata de un tipo objetivo que exige la presencia de un sujeto activo calificado, representado necesariamente por un servidor público, quien se encuentra facultado legalmente para realizar la operación contractual a nombre de cualquier entidad estatal(...)”

ejercer funciones públicas temporalmente¹⁷¹, lo cual les atribuye la calidad de servidores públicos para la imputación del tipo penal.

Si bien el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares no altera su calidad de particulares, el ejercicio de funciones públicas por estos sujetos si produce una relación especial respecto al bien jurídico de la administración pública. Por esta razón, dichos particulares son titulares de todos los deberes que impone el ejercicio de la función pública y en consecuencia les será imputable la calidad del servidor público de acuerdo con el tipo penal especial o cualificado.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que los particulares que ejercen función administrativa otorgada por contrato estatal responderán como servidores públicos solo en aquellos supuestos en los que cumplan una función administrativa delegada por el contrato estatal:

“Sin embargo, se debe tener en cuenta que esa “función pública” atribuida a los particulares que intervienen en la contratación estatal, no implica que pueda considerárseles sujetos activos de todas las conductas punibles lesivas de la Administración Pública que exigen sujeto activo calificado, sino que, por el contrario, constituye una extensión de la calidad de servidor público a efectos, exclusivamente, de permitir la eventual imputación de los tipos penales de “Celebración indebida de contratos” descritos en los artículo 408 a 410 de la Ley 599 de 2000.

Resulta imperioso destacar, entonces, que el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 no convierte a los contratistas, interventores, consultores y asesores externos en servidores públicos, sino que les asigna el cumplimiento de una función publica, diferenciación que por sutil no deja de ser trascendente a la hora de establecer la responsabilidad penal que les pudiera ser atribuida con ocasión de conductas punibles cristalizadas por sus acciones u omisiones, bien en el tramite, celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal, o ya en el cumplimiento de las obligaciones inmanentes del respectivo contrato que los liga con el Estado”.¹⁷²

¹⁷¹ Artículo 123 Constitución Política de 1991

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de junio de 2014, radicado 41406, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

La Sala Penal de la Corte Suprema consideró que, si bien el contratista, el interventor, el consultor o el asesor son particulares al servicio del Estado, estos eventualmente ostentan la calidad de servidores públicos en cuanto les hayan sido otorgadas en la relación contractual con el Estado funciones públicas, conforme a la especificidad de cada contrato; hipótesis en la que los particulares podrían estar incurso en calidad de servidores públicos en delitos contra la Administración pública:

(...)En conclusión, sólo en la medida en que el Estado a través de un contrato asigne a un particular el cumplimiento de una función pública en estricto sentido, reiterase, entendiendo por ésta toda actividad dirigida a cumplir unos de los fines propios o inherentes al Estado, ese particular se transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades públicas inherentes, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador.

En los demás casos, al particular que contrata con el Estado para el agotamiento de un fin o prestación diversos, de manera general, su responsabilidad civil y penal se rige por los postulados Constitucionales sobre los que descansa una y otra (Preámbulo, artículos 6º y 95, entre otros), y de manera específica, desde el punto de vista penal, de acuerdo con lo normado en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, su actuar irregular en el trámite contractual —celebración, ejecución y liquidación de un contrato estatal—, da lugar a que se le atribuyan las conductas punibles de Celebración Indebida de Contratos.”¹⁷³

También, de acuerdo con el sujeto activo, los tipos penales especiales o de sujeto activo cualificado pueden ser propios o impropios. Los delitos propios no tienen correspondencia con un delito común y los impropios tienen correspondencia con un delito común¹⁷⁴. También son definidos con referencia a la idoneidad del autor, de modo que son delitos especiales impropios, “en los que esa inidoneidad del sujeto se deriva de una inidoneidad del objeto, como cuando una mujer ingiere una sustancia apta para producir un aborto creyendo equivocadamente que estaba embarazada”¹⁷⁵, por otro lado, delitos especiales propios “en los que es la existencia de un deber especial lo que fundamenta la cualificación

¹⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de junio de 2014, radicado 41406, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Salazar Otero.

¹⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. P 260.

¹⁷⁵ REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Editorial B de F. 2016. Pp 235-236

normativa del autor, como ocurre con todos los tipos penales que recogen conductas de funcionarios públicos”¹⁷⁶.

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal especial propio. Esto porque no se corresponde con ningún tipo penal común, por lo que la conducta de interesarse indebidamente no es susceptible de ser imputada en otra forma típica a quien no tenga la calidad de servidor público¹⁷⁷. La cualificación del sujeto activo está basada en los deberes especiales del funcionario de imparcialidad y transparencia en la selección de contratos, así señalado para este tipo penal en concreto por la Corte Constitucional:

“El sujeto activo del delito es el servidor público, sometido como ya se dijo a precisas obligaciones en relación con el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y a quien corresponde en sus actuaciones en materia contractual asegurar exclusivamente la realización del interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos deba perseguirse de manera específica por la actividad contractual en el que interviene.”¹⁷⁸

Así también lo reconoce la Corte Suprema de Justicia:

“Así mismo, el desconocimiento por el servidor público de sus deberes funcionales en sus actuaciones relacionadas con la contratación estatal y en particular de su obligación de perseguir exclusivamente los fines que para el efecto fijan la Constitución, la ley y los reglamentos, sin que pueden interferir sus propios intereses o los de terceros, es lo que penalmente se reprocha.”¹⁷⁹

En otra oportunidad la misma corporación afirma que:

“Lo que se quiere excluir de la práctica y punir con rigidez es el abandono del funcionario público a los deberes, obligaciones y compromisos que adquiere al vincularse con la

¹⁷⁶ Ídem

¹⁷⁷ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 200; FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 467-468.

¹⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

¹⁷⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado 23915.

*administración para ejercer un cargo público que le permite de una u otra manera “intervenir” en cualquier condición, en la celebración de contratos.”*¹⁸⁰

En ese sentido, la calidad de servidor público exigida por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos está basada en deberes especiales respecto del ejercicio de la función pública, por ello solo podrá ser autor e infringir la norma penal quien tenga la calidad de servidor público y los deberes inherentes a la actividad contractual del Estado.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo del tipo penal es el titular del bien jurídico¹⁸¹. Este de acuerdo con el bien jurídico puede ser una persona individual, el Estado o el Colectivo o conglomerado social¹⁸². La función del elemento sujeto pasivo en la imputación del tipo penal es determinar quién está legitimado para emitir el consentimiento como eximente de responsabilidad penal¹⁸³. En el tipo penal en estudio la doctrina ha expresado que el sujeto pasivo es el Estado¹⁸⁴ quien es el titular del bien jurídico de la administración pública. Este bien jurídico no es disponible y por lo tanto el sujeto pasivo pierde relevancia dentro de la imputación del tipo penal.

La conducta descrita en el tipo penal

Los tipos penales describen conductas cuya realización es amenazada por la imposición de una pena, esto significa que la realización de dicha conducta está prohibida por el

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 25989, cita que se repite textualmente en sentencia del 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 30291; sentencia del 12 de marzo de 2014, Magistrado Ponente Eugenio Fernandez Cariler, radicado 35492

¹⁸¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. P 262; REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 107; FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 217; VELAZQUEZ, Fernando. Op. Cit. 2004. P 263; BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 273.

¹⁸² REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 107; VELAZQUEZ, Fernando. Op. Cit. 2004. P 263; BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 273.

¹⁸³ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. P 262-263

¹⁸⁴ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. Paginas 27 a 68; FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 470; PALOMINO RAFAEL, interés ilícito en la celebración de contratos. En CANCINO, Antonio. Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia. 1986. Pp 127-129

ordenamiento jurídico¹⁸⁵. La conducta descrita por el tipo penal es una determinada manera en que se consideran punibles las lesiones o peligros a los bienes jurídicos y que delimita el ámbito de protección del tipo penal¹⁸⁶.

Desde la perspectiva gramatical las conductas descritas en los tipos penales son expresadas mediante oraciones que tienen un verbo principal o verbo rector¹⁸⁷, que es la concreción de la prohibición¹⁸⁸ o del mandato. De manera que el tipo penal puede ser comisivo, diseñado para realizarse mediante acciones¹⁸⁹ u omisivo, que le subyace un deber legal¹⁹⁰, el cual se incumple mediante una omisión a una acción esperada.

La doctrina ha sostenido que la conducta descrita por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos presenta contradicciones respecto del principio de tipicidad¹⁹¹. Este principio exige una descripción expresa, clara e inequívoca de las características estructurales de la prohibición penal, de modo que sectores de la doctrina han señalado que la conducta descrita como interesarse no es conforme al principio de tipicidad ni de seguridad jurídica¹⁹², así como se ha afirmado que *“no existe unanimidad frente al concepto de dicho interés ni sobre el objeto sobre el cual recae”*¹⁹³, entre dichas críticas se destacan:

*“De los tres tipos penales referidos al régimen de contratación estatal, este es el más confuso. La conducta descrita en abstracto, efectuada a través del verbo “interesar”, resulta en extremo amplia e imprecisa.”*¹⁹⁴

“La vida practica nos enseña que disposiciones tan inseguras, por las razones anotadas, quebrantan el principio esencial del derecho penal de la ultima ratio, y que, en ocasiones,

¹⁸⁵ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 80

¹⁸⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 305

¹⁸⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 107; BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 273

¹⁸⁸ VELAZQUEZ, Fernando. Op. Cit. 2004. P 265

¹⁸⁹ También mediante conductas omisivas de cumplirse con los requisitos de imputación del artículo 25 del Código Penal.

¹⁹⁰ Artículo 10 del código penal.

¹⁹¹ Artículo 10 Código Penal

¹⁹² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública, Editorial Leyes, Cuarta Edición. P 333

¹⁹³ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017. P 266

¹⁹⁴ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. P 374

*ese interés se convierte en conducta delictual por razones que están muy lejos del querer administrar una recta y cumplida justicia”*¹⁹⁵

*“El interés indebido se constituye en consecuencia como un constituyente normativo que lleva a que nos encontremos ante un tipo penal en blanco, con una descripción excesivamente amplia y que, no dudamos, atenta contra la seguridad jurídica y contra los fines que persigue la tipicidad como elemento de la conducta punible.”*¹⁹⁶

En consecuencia, es un punto común en el estudio de este delito afirmar lo que debería ser evidente, esto es, que no se sanciona un mero proceso anímico¹⁹⁷, que no se deben punir pensamientos¹⁹⁸, que el interés debe materializarse en actos externos para garantizar la exclusión de sancionar pensamientos¹⁹⁹.

Frente a estos reparos la Corte Constitucional ha sostenido la conformidad de la disposición penal en los siguientes términos:

“Ese interés se penaliza, en la medida en que se han dado manifestaciones externas del mismo por parte del servidor, las cuales en la medida en que traducen el abandono por el servidor de sus deberes de imparcialidad y transparencia en la gestión contractual evidencian la configuración de la conducta reprochada penalmente.

(...)

*El tipo penal no sanciona entonces los simples pensamientos, la personalidad o tendencias del servidor, sino el interés indebido que se manifiesta externamente a través de actuaciones concretas del servidor público.”*²⁰⁰

¹⁹⁵ CANCINO, Antonio. Delitos contra la administración pública, En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. Pp 295-296

¹⁹⁶ CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 488.

¹⁹⁷ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. P 347

¹⁹⁸ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 177

¹⁹⁹ TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P382

²⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Con ello la Corte Constitucional pone formalmente como punto de partida la constitucionalidad del tipo penal respecto de las garantías de tipicidad y derecho penal de acto en lo que se refiere a la descripción de la conducta.

El núcleo de la conducta descrita en la norma penal

El verbo rector que describe la conducta prohibida por la norma penal es interesar expresado como el servidor público que se “*interese*”, así ha sido identificado de manera mayoritaria por la doctrina²⁰¹, no obstante, son múltiples los significados que se han atribuido a esta expresión.

La Corte Constitucional parte del uso común del lenguaje para establecer el contenido del verbo rector:

*Cabe precisar al respecto que el verbo a que alude la norma es el verbo “interesar” dentro de cuyas acepciones figura las de “dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”, así como “hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran propios” y en que el pronominal es “adquirir o mostrar interés por alguien o algo. (Ver Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima primera edición pag 1179)”*²⁰²

En la doctrina se presentan interpretaciones del tipo penal con una marcada tendencia ontológica basadas en el uso común del lenguaje, estas han señalado que el verbo interesarse es intransitivo y consiste en una operación puramente psicológica, de la esfera de la

²⁰¹ FERREIRA, Francisco. Delitos contra la administración pública. Editorial Temis. 1995. Pp 109; PALOMINO RAFAEL, interés ilícito en la celebración de contratos. En CANCINO, Antonio. Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia. 1986. Pp 127; GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. Páginas 351; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 202; CANCINO, Antonio. Delitos contra la administración pública, En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. Pp 294; CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 487; TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P380; IBAÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. P 374

²⁰² Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

voluntad²⁰³. El verbo rector del tipo penal también es definido en *“la inclinación vehemente del ánimo hacia un objeto, interesarse en una contratación es algo subjetivo y personal”*²⁰⁴ a lo que se añade que: *“interés dice la academia, es la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto”* en el que se reprocha *“concretar en actos reales ese interés”*²⁰⁵.

Otros sectores de la doctrina con una perspectiva normativa han atribuido contenido a la expresión interesarse como la actividad del servidor público que lleva a *“una situación de pérdida de imparcialidad en la contratación”*²⁰⁶. Esta última posición es reconocida como la más acertada puesto que despeja las dudas de sancionar meras actitudes o la sanción por la simple infracción de las normas²⁰⁷. A esto se suma que *“el interés debe materializarse a través de actos externos, pues lo sancionado no es un mero acto anímico, sino su exteriorización a través de actos contractuales u operaciones administrativas”*²⁰⁸.

Otro sector de la doctrina, a nuestro juicio equivocado, considera que el verbo rector que describe la conducta es *“intervenir”*. Molina Arrubla al describir la conducta dice *“intervenir es participar, actuar, tomar parte a ello, a saber, a las etapas dentro o en relación con las cuales puede conjugarse el interés indebido”*²⁰⁹, también Forero y Ospina consideran:

La norma impone que para que se configure el delito, el servidor público debe “intervenir” -en ejercicio de sus funciones- en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato. De esta forma el verbo rector lo constituye el “intervenir” y que se ha definido en el

²⁰³ FERREIRA, Francisco. Delitos contra la administración pública. Editorial Temis. 1995. Pp 109;

²⁰⁴ PALOMINO RAFAEL, interés ilícito en la celebración de contratos. En CANCINO, Antonio. Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia. 1986. Pp 127

²⁰⁵ FERREIRA, Francisco. Delitos contra la administración pública. Editorial Temis. 1995. Pp 109;

²⁰⁶ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. P 374. Véase también CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 487: *“la atención o el énfasis parcializado que presta o pone el servidor público en aras de la obtención del beneficio o provecho”*

²⁰⁷ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 203-204; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017. P 269-270

²⁰⁸ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 205; TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P 380-381

²⁰⁹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública, Editorial Leyer, Cuarta Edición. Pp 329

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como “10. Tomar parte de un asunto””²¹⁰

Los mencionados autores no dan razones para considerar el verbo rector intervenir en lugar de interesar, por lo que esta posición parece más una inadvertida confusión entre una expresión auxiliar utilizada por el legislador para calificar el objeto material²¹¹ con el verbo rector que es aquella acción descrita en abstracto y realizada por el sujeto activo, esto es, “*el servidor público que se interese*”.

Sin embargo, con base en el equivocado verbo rector intervenir, estos autores llegan a las mismas conclusiones que con el verbo rector interesarse respecto del contenido de la prohibición penal o los requisitos para su imputación, esto es el desconocimiento de los fines estatales por parte del servidor público en procura de un provecho ajeno al Estado²¹². Ello denota un problema de equivocidad de la expresión “interese”, que reemplazada arbitrariamente por otra igual de ambigua como es *intervenir* no altera el sentido de la norma.

La conducta descrita en el tipo penal para la Corte Suprema de justicia

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en su desarrollo jurisprudencial oscila entre la perspectiva descriptiva y la normativa en la comprensión de la conducta descrita en el tipo penal de interés indebido:

“la inclinación del ánimo hacia una persona o entidad (perspectiva descriptiva) con desconocimiento pleno o parcial de principios de neutralidad, objetividad, transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva (perspectiva normativa) en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”²¹³ (paréntesis fuera del texto original).

²¹⁰ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 366

²¹¹ “en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones” (artículo 409, Código Penal)

²¹² FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 478-481; MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública, Editorial Leyer, Cuarta Edición. Pp 330

²¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de septiembre del 2000, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14170; se reitera en sentencia del 25 de octubre del 2000, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, radicado 15273, en igual sentido la sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado

Este criterio es reiterado en sentencia de 2007 y establece los elementos del comportamiento prohibido así:

“el servidor público indebidamente se interesa en el mismo y busca la obtención de un determinado resultado, contrariando sus específicos deberes de imparcialidad, transparencia, etc., que deben caracterizar las contrataciones estatales.”

(...)

El delito de interés indebido en la celebración de contratos se caracteriza porque el tipo objetivo exige la presencia de (i) un sujeto calificado que interviene en los hechos en calidad de servidor público, (ii) una operación contractual a nombre de cualquier entidad estatal, y (iii) un interés particular por el agente estatal diferente al de los fines de la función pública; el tipo subjetivo requiere que la acción sea desplegada a título doloso, esto es que el servidor público proceda con conocimiento y voluntad.²¹⁴

En esta decisión la jurisprudencia reconoce criterios del ámbito normativo del derecho administrativo como es desarrollar el comportamiento en calidad de servidor público y requerir una intervención efectiva por parte de este.

Con posterioridad, La Corte Suprema de Justicia asume una perspectiva del todo normativa del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, que lo describe como una desviación de poder para diferenciarlo de otros delitos:

29791: *“Lo que se enjuicia es la ilegítima inclinación del ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios que orientan la función pública en cualquier clase de contrato u operación en la que el funcionario deba intervenir por razón de sus funciones.”*; igualmente en sentencia del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado 32320: *“Se enjuicia la ilegítima inclinación del ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los deberes inherentes a la función administrativa, que conforme al artículo 209 constitucional implica estar al servicio de los intereses generales y desarrollarla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.”*; también realiza un análisis marcadamente descriptivo de la conducta la sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 44609: *“Por obvias razones, el “interés”, tal y como sucede con los elementos estructurales del dolo y otros fenómenos que ocurren en la mente del sujeto (“hechos psíquicos”), no se puede percibir directamente por los sentidos, por lo que deben ser inferidos a partir de datos o “hechos indicadores”, que, sin duda, deben ser demostrados a lo largo del proceso y, por tanto, se incorporan, desde esa perspectiva, al tema de prueba, según lo indicado en el acápite anterior.*

²¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas, retirado textualmente en sentencias del 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 30291; 13 de agosto de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 38438; sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282; sentencia del 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42001; sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 44609.

*“Lo expuesto en precedencia conduce a colegir que aun cuando el tema de los requisitos legales en tratándose de la conducta de interés ilícito o indebido en la celebración de contratos ocupa un lugar secundario, pues lo realmente esencial para la estructuración de este ilícito es demostrar el acto de desvío de poder del servidor en cuanto desborda el interés objetivo y general que de acuerdo con la Constitución, la ley, los reglamentos y las decisiones de la propia administración le corresponde asegurar en el proceso contractual específico, no se incurre en el denunciado error de subsunción en el tipo penal cuando el incumplimiento de dichos requisitos está relacionado con el acto de desviación de poder.”*²¹⁵

En posterior jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia retorna a valorar la conducta con una tendencia descriptiva:

*“La conducta estará íntimamente ligada al verbo rector “interesar”, traducido en provecho suyo o de un tercero, en cualquier evento contractual que realice o celebre en nombre de la entidad pública que represente.”*²¹⁶

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es uniforme respecto del análisis del delito, desde su perspectiva no ha presentado cambios ni contradicciones entre las sentencias individualmente analizadas respecto de la conducta descrita por el tipo penal. Sin embargo, en la interpretación del tipo penal hay matices entre una perspectiva descriptiva y una normativa. En la primera se considera la conducta prohibida como aquella inclinación psicológica del servidor, en la segunda se considera la conducta prohibida como la desviación de poder en el ejercicio de la función pública.

²¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 4 de febrero de 2009, Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos, radicado 26261; en similares términos sentencia del 5 de junio de 2013, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 39015: *“La ilicitud que se investiga será sancionada penalmente cuando el servidor público a quien se le han confiado funciones relacionadas con la contratación estatal desvía el marco legal y actúa gobernado por propósitos o inclinaciones personales”*; coincide con dicho criterio en sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282: *“En este tipo penal la lesión o el perjuicio al interés constitucional y legal se concreta cuando el servidor público encargado de tales funciones contractuales decide desacatar esos principios y actúa parcializado, sin objetividad, a fin de favorecer a un tercero, es decir, abandonando los deberes, obligaciones y compromisos adquiridos cuando se vinculó con la administración para ejercer el cargo público que lo facultaba para intervenir, de una u otra manera, en la celebración de contratos.”* También concuerda la sentencia del 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado 47603: *“Además, que se está ante un injusto de mera conducta y, por tanto, no requiere un perjuicio concreto al bien jurídicamente tutelado, pues lo que se sanciona es la prevalencia del interés particular del funcionario que interviene, sobre el general de la comunidad en el proceso de contratación.”*

²¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz. Radicado 25989; sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29791.

Elemento normativo de la conducta, el interés descrito como indebido, “*en provecho propio o de un tercero*”

En la doctrina nacional se han reconocido como elementos normativos del tipo penal los “*que requieren para su adecuada comprensión un juicio valorativo*”²¹⁷, son aquellas expresiones “*cuya interpretación requiere juicio de valor*”²¹⁸, que no son en sí mismos elementos del tipo penal, sino que cualifican los sujetos, el objeto o precisan la conducta en sí misma²¹⁹. Los elementos normativos del tipo penal también se reconocen como aquellos que requieren de una percepción espiritual en contraposición a los elementos descriptivos que se perciben sensorialmente²²⁰.

Lo “indebido” del interés es expresado por el tipo penal en el “*provecho propio o de un tercero*”. Esto establece el contenido de la acción prohibida por la norma penal que constituye un elemento normativo del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

Lo indebido del interés se comprende a partir del bien jurídico protegido por el tipo penal, el bien jurídico es la imparcialidad del servidor público. Desde esta perspectiva Gómez Mendez y Gómez Pavajeau distinguen el interés indebido del ilícito. El indebido es más amplio puesto que no se requiere la existencia de una norma que de manera expresa lo proscriba y lo entienden como aquel “*que está por fuera del mandato constitucional que indica e impone que la función pública al servicio del Estado y de la comunidad, estos es, al servicio de los intereses generales*”²²¹.

En el mismo sentido, se ha entendido el interés indebido cuando “*eventualmente impulsa a actuar el actuar de ese servidor público. Actuar con miras a la obtención de un resultado*

²¹⁷ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 273.

²¹⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 113

²¹⁹ Ídem

²²⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 305-306

²²¹ GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. P 356; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 204-205; TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P 381-382

favorable al propio agente o a un tercero”²²²; y también “Que se desconozca el deber general de cumplir con los fines estatales consagrados en los artículos pertinentes y apartándose de los postulados básicos que orientan la actividad estatal”²²³.

La conducta prohibida por el tipo penal o del riesgo jurídicamente desaprobado

En la doctrina y la jurisprudencia la conducta descrita por el tipo penal *“El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero”* tiene dos perspectivas interpretativas para establecer la conducta prohibida. Una corresponde a una postura descriptiva en la que se pretende determinar el acto prohibido como un fenómeno ontológico que ocurre en la psicología humana consistente en la inclinación del servidor público. Otra perspectiva, normativa, determina el contenido de la conducta prohibida a partir del bien jurídico protegido por el tipo penal. De la condición de imparcialidad del servidor público se concluye que la conducta consiste en la búsqueda del servidor público de intereses diferentes al interés general o al fin establecido para la correspondiente competencia en la actividad contractual del Estado.

La perspectiva ontológica o descriptiva en la que se pretende definir la conducta de interés indebido como un fenómeno psicológico, una actitud, un pensamiento o una inclinación interna por parte del servidor público carece de rendimiento metodológico para establecer los criterios de imputación del tipo penal, o lo que es lo mismo, el ámbito de prohibición de la norma penal. Esto porque las inclinaciones internas de los seres humanos son por un lado inevitables²²⁴ y por el otro difícilmente descifrables, de manera que no existen criterios racionales que cumplan con los requisitos de ser claros, expresos e inequívocos para determinar las circunstancias en que los pensamientos o inclinaciones internas del sujeto se convierten en indebidas.

En una interpretación descriptiva del tipo penal están plenamente fundamentados todos los reparos y críticas referidas a la inconformidad de la norma penal de interés indebido en la

²²² MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública, Editorial Leyes, Cuarta Edición. P 330

²²³ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 479

²²⁴ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 203

celebración de contratos respecto de la taxatividad, claridad y univocidad que impone el principio de tipicidad, así como la dificultad respecto del principio constitucional del derecho penal de acto.

Se concluye que una interpretación descriptiva en el que se entienda la prohibición penal como una inclinación indebida del servidor público es insostenible, esto porque no establece criterios racionales que permitan delimitar las conductas permitidas de las prohibidas. Por el contrario, se crea una situación en la que de manera ex ante no se puede conocer la licitud o ilicitud del comportamiento, lo cual vulnera intolerablemente el principio de legalidad²²⁵.

El tipo penal admite una interpretación normativa que parte del bien jurídico, la imparcialidad del servidor público. Desde este punto de partida la conducta prohibida consiste en una actuación administrativa en la que el servidor público somete los intereses generales que deben guiar la función pública a intereses particulares ajenos a la finalidad concreta de la actividad estatal. Esta perspectiva se desarrolla a partir de las normas del derecho administrativo que regulan el ejercicio de la función pública. Regulación de la que emanan los criterios para delimitar la prohibición la conducta, o lo que es lo mismo, la desaprobación o permisión del riesgo.

En esta perspectiva es trascendental el aporte de Santofimio Gamboa²²⁶, este sostiene que el tipo penal del artículo 409 prohíbe la desviación de intereses por parte del servidor público en la actividad contractual del Estado. Este criterio normativo se fundamenta en la imparcialidad del servidor público como bien jurídico tutelado. En el mismo sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia²²⁷ y de la Corte Constitucional²²⁸ han reconocido la desviación de poder como núcleo de la conducta prohibida por la norma penal en estudio.

²²⁵ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005. pp 144-145

²²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Pp 85-108

²²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de 4 de febrero de 2009, Magistrada Ponente María del Rosario González de Lemos, radicado 26261; sentencia del 5 de junio de 2013, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 39015, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282, sentencia del 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado 47603.

²²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis: “*Dicha norma está establecida entonces como la respuesta que el ordenamiento penal contiene para enfrentar la intencionalidad desviada, o si se quiere, la “desviación de poder”, con la que actúa un servidor que se interesa en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o sus funciones.*”

La desviación de intereses es la conducta prohibida por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

Santofimio Gamboa encuentra que la descripción realizada por el legislador de *“interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”* se refiere al abuso de poder o desviación de poder. Esta es una causal de nulidad de los actos administrativos prevista actualmente en el artículo 137 ley 1437 de 2011 y de los contratos estatales prevista en el artículo 44, numeral 3, ley 80 de 1993²²⁹.

Santofimio concluye que mediante este tipo penal se eleva a la categoría de delito la desviación de poder en la actividad contractual del Estado para aquellos supuestos en los que el servidor público desborda los marcos del interés general por razones particulares y se desconoce la garantía de imparcialidad en la actividad contractual del Estado²³⁰.

La causal de nulidad de los actos y contratos de la administración de desviación de poder se estructura *“en aquellos eventos en los que la administración, utilizando sus poderes, actúa con la pretensión de alcanzar un fin diverso al que en derecho le correspondería de manera general, o a dicha autoridad en particular”*²³¹. En estos casos los actos y contratos de la administración son formalmente legales y tienen apariencia externa de legalidad, pero son ilegales puesto que se produce en el fuero interno del servidor público un desconocimiento del interés general en procura de otros intereses particulares o ajenos a la finalidad que debe guiar el ejercicio de la función pública.²³²

La desviación de poder es la deformación del elemento finalista o teleológico de la actuación administrativa, es el ejercicio de la función pública en procura de intereses particulares o ajenos al interés general. La desviación materializa la indebida vulneración al bien jurídico de la imparcialidad del servidor público quien debe dirigir su actuación a la consecución del interés general, esto es, *“asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin*

²²⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. p 87.

²³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. pp 87-89

²³¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. p 95

²³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. pp 95-96

discriminación alguna”²³³ y absteniéndose de ejercer la función pública con fines distintos expresado por la ley, “*sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva*”²³⁴.

Por ello es la conducta descrita por el tipo penal debe asumirse desde una perspectiva normativa, que consiste en una desviación de poder o abuso de poder, institución de cuyas reglas en el derecho administrativo se derivan los riesgos jurídicamente permitidos y los riesgos jurídicamente desaprobados en el ejercicio de la función administrativa desarrollada en la actividad contractual del Estado.

Objeto material

El objeto material de los tipos penales es *la cosa del mundo sobre la que recae la acción*²³⁵, *persona, cosa material e inmaterial sobre la que recae la acción del agente*²³⁶, persona, cosa o fenómeno sobre lo cual se concreta la vulneración del interés jurídico y hacia lo cual se orienta la conducta²³⁷, persona cosa o fenómeno sobre la que recae la acción típica²³⁸, *aquello sobre lo que recae la conducta del sujeto agente*²³⁹ o la entidad concreta, real, corpórea o incorpórea en la cual desemboca la acción típica²⁴⁰.

En el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos la conducta de interesarse indebidamente recae “*en cualquier clase de contrato u operación*” en la actividad contractual del Estado, para lo cual se han distinguido los contratos y las operaciones administrativas.

Contrato estatal

La ley 80 de 1993 unifica el concepto de contrato estatal y establece en su artículo 1 como elemento esencial de este que una de sus partes sea una entidad estatal, es decir, que “*en su*

²³³ Artículo 3, numeral 3, ley 1437 de 2011

²³⁴ Ídem

²³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. P 262

²³⁶ VELAZQUEZ, Fernando. Op. Cit. 2004. P 280

²³⁷ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 111-112

²³⁸ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 87

²³⁹ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 273.

²⁴⁰ SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. Página 354

celebración interviene de manera directa una entidad estatal”²⁴¹, por lo que el delito de interés indebido se comete con relación a cualquier contrato que celebre una entidad pública²⁴². Ello sin ser relevantes aquellas distinciones de contratos administrativos o contratos privados de la administración²⁴³, los cuales también se incluyen dentro del concepto de contrato estatal y son objeto material de este delito²⁴⁴, así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia:

*“Como se nota con facilidad, el tipo penal no establece discriminaciones a partir de la clase de contrato y, por tanto, puede tratarse de cualquiera de ellos, por ejemplo los en estricto sentido denominados contratos estatales, los celebrados con base en el derecho privado, los nominados, los innominados, los típicos, los plenamente formalizados o no, etc.”*²⁴⁵

De acuerdo con el artículo 32 de la ley 80 de 1993 *“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*. Esta norma permite que la administración pública celebre cualquier clase de contrato propio del derecho privado, incluso aquellos atípicos en los que la cláusulas emanan y obligan exclusivamente desde la autonomía de la voluntad.²⁴⁶

Operación administrativa

De manera alternativa al contrato estatal, el tipo penal dispone que la conducta prohibida del servidor público de interesarse indebidamente también recae sobre operación administrativa, la cual debe entenderse dentro de la actividad contractual del Estado o en ejecución de esta. La ley no define el concepto de operación administrativa el cual es determinado

²⁴¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. P 101; CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 490

²⁴² CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 209

²⁴³ Castro 2 Pp271-271

²⁴⁴ TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P 399

²⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Auto del 5 de febrero de 2007, Magistrado Ponente: Alvaro Orlando Perez Pinzón, radicado 26509

²⁴⁶ CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 490; FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 474

doctrinalmente desde la teoría de los instrumentos ejecutores de las decisiones administrativas²⁴⁷.

La operación administrativa es la materialización de los mandatos dispuestos en la ley o los actos administrativos, es definida en *“aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la ejecución de la decisión legal o administrativa: para nuestro caso, de la ejecución del objeto contractual”*.²⁴⁸ La operación administrativa ocurre esencialmente en el plano empírico o sensorial en el que mediante el uso de diferentes medios con los que cuente la administración pública se ejecutan los preceptos normativos.²⁴⁹

En lo que se refiere a la actividad contractual del Estado, la operación *desarrolla el consentimiento propio del negocio*²⁵⁰, de manera posterior a la celebración del contrato y busca su eficacia o realización de acuerdo con el contenido de este.²⁵¹

Con fundamento en sentencia del Consejo de Estado del 12 de diciembre de 1996²⁵² la Corte Constitucional ha establecido el siguiente concepto de operación en el análisis de constitucionalidad este tipo penal:

*“En efecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha hecho énfasis en el carácter multicomprendivo de la noción de operación administrativa referida tanto a un conjunto de actuaciones materiales o hechos tendientes a la ejecución de una decisión administrativa, como a la actuación administrativa en su integridad y no sólo del acto administrativo definitivo que la culmina.”*²⁵³

²⁴⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. P 104

²⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. P 105

²⁴⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. P 105

²⁵⁰ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. P 105

²⁵¹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. P 105; CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 490-491

²⁵² Casto 1 p 209

²⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis., CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 209

Circunstancias de modo

El legislador no protege los bienes jurídicos de cualquier conducta lesiva, sino de formas específicas²⁵⁴ de conductas que determinan el ámbito de protección de la norma²⁵⁵. Estas formas específicas son las circunstancias de modo, ya sea para que la conducta sea típica o para agravar un tipo penal básico. Son condiciones precisamente señaladas de realización de la conducta también llamadas conductas circunstanciadas dentro de referencias modales²⁵⁶.

El tipo penal emplea las expresiones “*en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones*”, de las que se puede interpretar que el tipo penal se realiza de dos formas específicas. Una referida al ejercicio de función pública respecto del contrato estatal y otra referida al no ejercicio de funciones, pero con ocasión a ellas. De ser así, la modalidad con ocasión al cargo tendría un núcleo conductual distinto por cuanto la desviación de poder solo es susceptible de realizarse por parte del servidor público que ejerce funciones públicas.

A este respecto Gómez Mendez y Gomez Pavajeau han considerado intrascendente la distinción entre ejercicio de las funciones y con ocasión al cargo, de modo que en tratándose de contratación estatal “*no puede darse un ejercicio del cargo que no implique el ejercicio de la función, como si es posible, por ejemplo, en el caso de la concusión*”²⁵⁷. Posición en la que coincide Castro Cuenca al referir que “*se requiere que el funcionario haya intervenido en alguna actuación administrativa para poder sancionarlo*”²⁵⁸, así como el efectivo desvío de la decisión²⁵⁹. También Corredor Beltrán considera que la conducta de interesarse indebidamente “*debe surgir en el servidor público como manifestación del ejercicio del cargo o de la función*”²⁶⁰, y alcanza la misma conclusión que todo ejercicio del cargo implica el ejercicio de una función.²⁶¹

²⁵⁴ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 224-226; ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 305.

²⁵⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 305.

²⁵⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 108-109.

²⁵⁷ GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. P 348

²⁵⁸ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 177

²⁵⁹ Ibidem, 204

²⁶⁰ CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 489

²⁶¹ Ídem

Forero y Ospina han encontrado la posibilidad de realizar el delito sin necesidad de que el servidor público tenga asignada la función de contratar²⁶², posición que asientan en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.²⁶³No obstante, esta posición no deja de asumir que la conducta típica se desarrolla exclusivamente en ejercicio de las funciones relativas a la celebración, ejecución o liquidación del contrato.

Así, la doctrina coincide en que la conducta típica de interesarse indebidamente en la celebración de contrato estatal solo se realiza en ejercicio de las funciones, por lo que es explicativa o repetitiva la expresión que realiza la ley al expresar con ocasión al cargo.

La jurisprudencia ha requerido que el servidor público estuviese en ejercicio de sus funciones para considerarlo autor del tipo penal. A falta de que el servidor público actuase en ejercicio de sus funciones se deriva en otra conducta distinta como autor de tráfico de influencias, o en determinador (accesorio) de interés indebido en la celebración de contratos, como se verifica a continuación.

En sentencia del año 2000²⁶⁴ La Corte Suprema de Justicia conoce el caso de un Ministro de Minas y Energías quien se acerca al Ministro de Comunicaciones para recomendarle que un proponente en particular pudiese obtener la selección en contrato estatal de *“licencia para prestar el servicio de radiodifusión sonora”*. Esta petición ilegal es oída por el Ministro de Comunicaciones quien finalmente resuelve un desempate a favor del proponente recomendado. Situación que penalmente resuelve la Corte imputando la calidad de determinador al ministro de Minas y Energías sin reconocerle la calidad de autor al carecer del ejercicio de funciones respecto de la actividad contractual reprochada.

Se presenta el interesante caso de quien realiza recomendaciones a un servidor público con función de contratar sobre personas particulares para la selección del contratista. Con sentencia del 2009²⁶⁵ la Corte determina que si la recomendación está basada en la mejor

²⁶² FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 468

²⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto inadmite casación: *“En la citada conclusión la Sala no encuentra dislate alguno, puesto que su jurisprudencia ha reconocido que el sujeto activo del delito de interés ilícito en la celebración de contratos no es solamente el que tenga específicamente la función contractual, y que la intervención a que alude la descripción típica puede darse en cualquier condición.”*

²⁶⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 25 de octubre del 2000, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, radicado 15273.

²⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado 29614

prestación del servicio atendiendo a las habilidades y características del proponente para ejecutar el contrato, la conducta no vulnerará la norma penal de interés indebido en la celebración de contratos²⁶⁶. No obstante, si la recomendación tiene su causa en el sometimiento del interés general al particular como lo es el pago, promesas, ofrecimientos, prebendas de favores electorales concluye la Corte que el *“referenciador desborda sus intenciones, porque dirige su propósito a obtener provechos particulares que contrarían el interés general y se inmersa en el delito de tráfico de influencias.”* En este caso la Corte condena al servidor público que realiza las recomendaciones por el delito de tráfico de influencias y descarta la autoría de interés indebido en la celebración de contratos al carecer de funciones para ese contrato específico.

El ejercicio de las funciones como elemento del tipo penal es señalado de manera expresa por la Corte Suprema al analizar en sentencia del 2010 el tipo penal contenido en el artículo 409 de la legislación penal:

*“Dicho injusto exige que i) el sujeto activo sea un servidor público que entre sus funciones tenga asignada la contratación, y ii) que desarrolle la conducta consistente en interesarse en provecho propio o de un tercero en un proceso contractual que deba cumplir en nombre de la entidad pública que representa.”*²⁶⁷ (Subrayado fuera del texto original)

En 2014 la Corte decide²⁶⁸ el caso de senador de la república que influencia a un servidor público en ejercicio de la función de contratar para lograr el favorecimiento de determinado proponente o contratista. Situación que es valorada por la Corte en un concurso efectivo entre determinador del delito de interés indebido en la celebración de contratos y tráfico de influencias.

²⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado 29614: *“Es claro y se reitera que la postulación o recomendación que un servidor público haga respecto de un ciudadano para un cargo público que se deba proveer por contrato o nombramiento no constituye de por sí tráfico de influencias ni conducta punible alguna, en la medida que las referencias sean escritas u orales estén dadas a resaltar las calidades de amistad, conocimiento directo por tratos anteriores, personales, éticas, profesionales o académicas del exaltado. De manera complementaria dígase que la vinculación del mismo a la administración pública por razón de dichas menciones y como merecimiento a su perfil, trayectoria o experiencia, tampoco constituye conducta que sea objeto de reproche penal ni puede hablarse de interés indebido en la celebración de contratos, contenidos que respecto de las aquí procesadas no se dieron.”*

²⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente Yesid Ramírez Bastidas, radicado 32320

²⁶⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282

Mediante sentencia del año 2016²⁶⁹ se resuelve caso en el que un gobernador, que luego de delegar la celebración de contratos a sus secretarios, incide en sus delegados para que los contratos sean asignados a personas referenciados por grupos rebeldes que habían patrocinado ilegalmente su campaña. Para este caso la Corte consideró autor del delito de interés indebido en la celebración de contratos al gobernador al concluir que tanto este, como sus secretarios actuaron en conjunto, y respecto al ejercicio de las funciones éstas también comprenden las funciones de control de vigilancia de quien delega:

*“Por si ello fuera poco, no puede soslayarse que dentro de las obligaciones legales y constitucionales del ordenador del gasto y representante legal del departamento, está el deber de vigilar y supervisar el rol de los subalternos, sin que pueda eximirse de responsabilidad en aquellos casos que por delegación o descentralización de funciones, corresponda a aquéllos llevar a cabo trámites previos a la adjudicación de los contratos.”*²⁷⁰

En conclusión, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en afirmar que el tipo penal exige para su realización que el servidor público actúe en ejercicio de sus funciones. La expresión con “ocasión al cargo” tiene la misma significación que el ejercicio de funciones, de modo que no es posible realizar la conducta típica de interés indebido en la contratación sin encontrarse en ejercicio de funciones contractuales del Estado como ocurre con otros delitos contra la administración pública como lo es la concusión o el tráfico de influencias que admiten supuestos de ilicitud sin exigir el ejercicio de funciones públicas del servidor público.

Circunstancias de tiempo

A los elementos objetivos del tipo penal *“interesarse en un contrato u operación administrativa”* le son inherentes las circunstancias de tiempo con relación a los momentos del contrato estatal, esto es, si la conducta se prohíbe durante las etapas precontractual, celebración del contrato, ejecución del contrato o liquidación del contrato.

²⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42001

²⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42001

Molina Arrubla considera que la prohibición se extiende a todas las etapas de la contratación puesto que el legislador guardó silencio a este respecto²⁷¹. A la misma conclusión llegan Gómez Mendez y Gómez Pavajeau sobre el tiempo previsto por el tipo penal para la realización de la conducta prohibida. Este tiempo se refiere a las fases de preparación, celebración, ejecución y liquidación del contrato, porque el objeto material no solo es el contrato estatal, sino también lo es la operación administrativa la cual sucede en las fases de ejecución y liquidación, conclusión compartida por Corredor Beltrán²⁷² así como por Forero y Ospina²⁷³.

El anterior criterio es disentido por Castro Cuenca quien considera que la prohibición penal se restringe al surgimiento del interés indebido antes de la celebración del contrato o durante esta²⁷⁴: *“por cuanto esta conducta punible se refiere exclusivamente al interés en la celebración del contrato público y no en la etapa contractual o poscontractual de este”*²⁷⁵, criterio que es ratificado por Tirado Álvarez²⁷⁶.

Santofimio Gamboa²⁷⁷ encuentra que el concepto de contrato estatal permite sostener que el desvío de poder no solo se limita a la existencia o celebración del contrato, sino que sucede también en etapas anteriores o previas en las cuales es más vulnerable el bien jurídico protegido por el tipo penal. Con fundamento en la operación administrativa como objeto material alternativo del tipo penal, Santofimio concluye que dada su naturaleza ejecutora de decisiones administrativas también se prohíbe la conducta en etapas de ejecución del contrato estatal:

“el legislador pretende que los efectos del delito de interés ilícito o indebido en la celebración de contratos no se circunscribe solo a las etapas de formación del contrato y de

²⁷¹ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública, Editorial Leyer, Cuarta Edición. 2004. P 329

²⁷² CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 489

²⁷³ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 471

²⁷⁴ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 206

²⁷⁵ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 206

²⁷⁶ TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P383

²⁷⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Pp 103

*celebración, sino que comprende también todas aquellas actuaciones administrativas que implican una operación del mismo, es decir, al ámbito de su ejecución”*²⁷⁸.

Sobre este tema, luego de determinar el concepto de objeto material de operación administrativa en el tipo penal en estudio, la Corte Constitucional concluye que:

*“Desde esta perspectiva resulta claro que el Legislador pretende que el tipo penal subexamine proteja el interés general de la actividad contractual en todas sus etapas desde la fase precontractual hasta la fase de terminación y liquidación.”*²⁷⁹.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia ha concluido en sentencia del año 2000²⁸⁰ que el interés ilícito en la celebración de contratos se puede presentar en la planeación o análisis previos a la celebración del contrato²⁸¹ o etapa precontractual. Criterio que es reiterado en sentencia de 21 de marzo de 2002²⁸² en la que establece que el interés lícito en la celebración de contratos puede surgir en la etapa precontractual de la contratación estatal e incluso reconoce que la conducta descrita en el tipo penal puede presentar en cualquier etapa de la contratación:

“Para que un contrato estatal alcance validez y eficacia, en su preparación, aprobación, celebración, ejecución, liquidación y, en general, tramitación, debe cumplir las formalidades y requisitos previstos por el ordenamiento jurídico. Así mismo, en las actuaciones administrativas se imprime un desarrollo concreto y específico, para así posibilitar una gestión pública ágil y eficiente, adecuada a los imperativos constitucionales.

Resulta entonces natural que en materia contractual se presenten pasos previos (precontractuales) de ofrecimiento, aproximación, preparación, elaboración y

²⁷⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Pp 104

²⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

²⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de septiembre del año 2000, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14.170

²⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de septiembre del año 2000, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14.170: *“En efecto, el enlace de esa secuencia de hechos denota su ánimo presuroso de efectuar la negociación en los términos presentados por las promotoras de la misma, sin acudir a un estudio previo de mercado, con lo cual incurrió en el interés ilícito previsto por el artículo 145 del Código Penal, al vulnerar con tal actuación el principio de transparencia y el deber de selección objetiva consagrados por los artículos 24 y 29 de la ley 80 de 1993, en consonancia con los artículos 2° y Ss. del decreto reglamentario 855 de 1994, apartándose de manera ostensible y desleal de la confianza que le otorgaba la ley para administrar con prudencia y diligencia los recursos parafiscales.”*

²⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado: 15584

consolidación, de manera que cualquiera de tales etapas puede ser objeto de torcimiento, sin que el tipo penal en estudio establezca diferencias acerca de la fase del contrato en la que haya de materializarse el interés ilícito.”

En sentencia posterior la Corte Suprema de Justicia de manera expresa reconoce que el delito de interés indebido en la celebración de contratos se presenta en las etapas precontractuales, de celebración e incluso las etapas poscontractuales:

*“Cuando el funcionario que interviene en el proceso contractual, en cualquiera de sus fases (preparatoria, de celebración, de ejecución y de liquidación) se aparta de tales valores que orientan la función pública, incurre en el delito de interés indebido (ilícito) en la celebración de contratos (...)”*²⁸³

En sentencia de 7 de octubre de 2009 se reitera el mismo criterio con fundamento en la interdependencia que existe entre las fases contractuales para correcto funcionamiento de la administración pública:

“Como se puede apreciar, acorde al espíritu del legislador, la protección del bien jurídico tutelado enmarca todas las fases contractuales, inclusive, la precontractual pues hizo especial énfasis en las responsabilidades derivadas de la participación del particular en procesos de selección que solo se entienden desarrollados desde esa inicial etapa.

*Esa cadena contractual no puede ni debe interpretarse dividiendo sus contenidos cuando el postulante es favorecido con la adjudicación del convenio, pues sin proponente no existe contratista y sin contratista no hay convenio y sin contrato no existe ejecución ni liquidación: un concepto depende necesariamente del otro, se comunican, vinculan y forman un todo inescindible en defensa de la administración de justicia, de sus cometidos estatales, de los principios que la rigen, garantizan y respetan, los cuales no pueden ser socavados, ignorados o vilipendiados(...)”*²⁸⁴

²⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado 30.411

²⁸⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29.791. criterio reiterado en sentencias del 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 30291; sentencia del 28 de julio de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 34.202; sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrado Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 44.609 de la que se extrae: “Lo expuesto en precedencia no conlleva la inoperancia del delito previsto en el artículo 409 porque, a manera de ejemplo, el artículo 410 no tiene aplicación durante la fase de ejecución del contrato, según lo ha decantado

Con la anterior revisión doctrinaria y jurisprudencial es concluyente que la conducta descrita en el tipo penal está prohibida en la etapa precontractual, la celebración, y las etapas pos contractuales de ejecución y liquidación. De ello consideramos que el fundamento para esta conclusión no es una interpretación exegética con el argumento *ad distintion*²⁸⁵ en el que a falta de precepto legal deben entenderse que se prohíbe la conducta a todas las etapas de la contratación. El fundamento para considerar que el interés indebido es típico en todas las etapas contractuales es el objeto material del tipo penal definido como “*cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir*” por cuanto el concepto de contrato implica la actuación del servidor público en las fases precontractuales como la planeación y estudios previos, y la fase de celebración; por su parte la operación administrativa es un fenómeno que ocurre por definición en las fases de ejecución y liquidación, en todas estas fases de la contratación estatal se puede presentar la conducta de desviación de poder en ejercicio de la función administrativa.²⁸⁶

Tipo penal de mera conducta

En algunos tipos penales basta con la simple acción sin dar relevancia a sus consecuencias siendo estos tipos penales de mera conducta o actividad²⁸⁷, también definidos como aquellos en los que “*la realización del tipo coincide con el último acto de la acción y por tanto no se produce un resultado separable de ella*”²⁸⁸. En contraposición a los denominados tipos penales de resultado²⁸⁹ en los que la conducta descrita contiene una consecuencia que se

pacíficamente la jurisprudencia de esta Corporación (CSJ SP, 24 Nov. 2016, Rad. 46037, entre muchas otras), de tal suerte que las actuaciones a través de las cuales se exteriorice el interés indebido durante esa fase contractual pueden adecuarse al tipo penal regulado en el artículo 409, obviamente a partir de un análisis suficiente de los presupuestos de la responsabilidad penal. Ello bajo el entendido de que la corrupción administrativa puede ocurrir en actuaciones estatales que, en apariencia, sean ajustadas a la legalidad, lo que puede constituir un amplio campo de aplicación del delito de interés indebido en la celebración de contratos.” Criterio reiterado de forma expresa en: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de agosto de 2019, Magistrado Ponente Jaime Humberto Moreno Acero, radicado 55.033.

²⁸⁵ GOMEZ SERRANO, Laureano. *Hermenéutica Jurídica*, Ediciones Doctrina y Ley. 2008. P 130: “*el argumento genérico (ad distintion), que indica que cuando la ley no distingue, no es lícito distinguir al interprete*”

²⁸⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime. *Delitos de celebración indebida de contratos*. Universidad Externado de Colombia. Pp 103-104

²⁸⁷ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.* 2006. P 260; FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Op. Cit.*, Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 106; VELAZQUEZ, Fernando. *Op. Cit.* 2004. P 266; REYES ECHANDIA. Alfonso. *Derecho Penal*. Editorial Temis. 2017. P 118.

²⁸⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 328

²⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal, parte general*, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 328; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Op. Cit.* 2006. P 260; FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Op. Cit.*, Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P 106; VELAZQUEZ, Fernando. *Op. Cit.* 2004. P 266; REYES ECHANDIA. Alfonso. *Derecho Penal*. Editorial Temis. 2017. P 118.

distingue espacio temporalmente de la acción²⁹⁰ o que “*se exige expresa o tácitamente que la conducta descrita produzca determinado efecto*”²⁹¹, en estos tipos penales, además de la conducta prohibida, se requiere la imputación causal y jurídica del resultado.²⁹²

Es unánime en la doctrina que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es de mera conducta, Gomez Mendez y Gómez Pavajeau sostienen que la conducta descrita por el tipo penal “*es un acto de absoluta instantaneidad*”²⁹³ que no establece un resultado distinto a la misma acción de interesarse, criterio mantenido por la doctrina²⁹⁴ que encuentra que el tipo penal no requiere que suceda un perjuicio para la administración²⁹⁵.

Por su parte la Corte Constitucional también considera el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos de mera conducta fundada en la ausencia de efecto sobre el ejercicio de la función que comporta la conducta interesarse:

*“se trata de un delito de mera conducta o formal y de ejecución instantánea, que se perfecciona con la existencia del mero interés aunque no se manifieste en el mundo externo en la función que desarrolla el servidor.”*²⁹⁶

Para la Corte Suprema de Justicia es diáfano que este tipo penal es de mera conducta, así lo reconoce en sentencia del 2009 en la que afirma que “*Se traduce entonces, que en la clasificación de los delitos, el tipo en cuestión se presenta de mera conducta*”²⁹⁷ afirmación que en sentencia posterior fundamenta en que es “*un tipo de mera conducta, que se consuma cuando el agente desatiende los axiomas que orientan la contratación estatal*”²⁹⁸. También

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 328

²⁹¹ REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 118.

²⁹² Artículo 9 del Código Penal.

²⁹³ GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. P357

²⁹⁴ TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P 386; FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 475

²⁹⁵ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 200

²⁹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis.

²⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, magistrado ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 25.989; sentencia del 16 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado 30.411; sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29.791,

²⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado 32.320

argumenta la característica de mera conducta en que el tipo penal no requiere un perjuicio para la administración pública como resultado²⁹⁹ o un perjuicio para el bien jurídico³⁰⁰.

La distinción de los tipos penales de mera conducta y de resultado parte del objeto de la acción u objeto material como referencia, esto es, que si la conducta descrita implica un efecto en el objeto material diferenciable espacio temporalmente estamos ante un tipo penal de resultado, por el contrario, si la acción descrita no implica necesariamente una afectación perceptible del objeto material se tratará de un tipo penal de mera conducta³⁰¹. Distinto a los tipos penales de lesión o peligro cuyo reconocimiento parte del bien jurídico como objeto de referencia en lugar del objeto material.

Por ello, la razón para considerar de mera conducta el tipo penal se establece en punto del objeto de la acción que es el contrato o la operación administrativa, de la cual se puede concluir que la conducta descrita como interesarse en provecho propio o de un tercero, o lo que es lo mismo, la desviación o abuso de poder, no implica necesariamente que el contrato u operación administrativa sufran un efecto físico, psicológico o normativo diferenciable espacio temporalmente, por lo que estos objetos materiales pueden mantenerse incólumes sin que esto afecte la consumación del delito.

Lo anterior no significa que eventualmente la desviación de poder por parte del servidor público pueda generar la nulidad del contrato estatal, sin embargo, esto no resulta relevante para la adecuación típica de la conducta por cuanto la norma penal no requiere de la afectación a la validez del contrato o a la operación administrativa.

²⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 13 de agosto de 2014, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 38438; sentencia del 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42.001

³⁰⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34.282: “*El delito de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal de mera conducta, por lo tanto, no se requiere un perjuicio concreto al bien jurídico de la administración pública para su consumación*”; en el mismo sentido sentencia del 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado 47.603: “*Además, que se está ante un injusto de mera conducta y, por tanto, no requiere un perjuicio concreto al bien jurídicamente tutelado*”

³⁰¹ SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. P. 351-362

Elementos subjetivos del tipo penal

El artículo 21 del Código Penal establece que la conducta descrita por los tipos penales es dolosa, culposa o preterintencional, el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo doloso.

Además de estas modalidades subjetivas de la conducta, algunos tipos penales para comprender su ilicitud comportan ingredientes subjetivos referidos a determinado y concreto propósito del autor³⁰².

El dolo en el delito de interés indebido en la celebración de contratos

El dolo de acuerdo con el artículo 22 del Código Penal consiste en el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal y el querer su realización. En el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos requiere a primera vista que el sujeto activo conozca que se interesa en provecho propio o de un tercero en un contrato u operación administrativo.

En cuanto al dolo eventual como conocimiento probable y aceptar o dejar al azar la realización del tipo penal, se ha considerado que este tipo penal no admite esta clase de dolo por cuanto *“el interés es inseparable naturalística y jurídicamente del acto contractual o de la operación y por tanto no es viable dejar librada al azar la realización del tipo”*³⁰³.

Castro Cuenca define el dolo en esta conducta típica como *“el conocimiento de la existencia de un interés ajeno al interés general y la voluntad de que este se materialice en actuaciones externas que lesionen la imparcialidad de la administración pública”*³⁰⁴.

Por su parte Forero y Ospina llaman la atención sobre el objeto del conocimiento del dolo que en ocasiones recae sobre elementos u hechos descriptivos y en otros tipos penales sobre

³⁰² REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 133

³⁰³ GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. 2004. P 357

³⁰⁴ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. P 214-215

elementos normativos. El conocimiento del tipo penal en estudio recae en fenómenos jurídicos referidos a la legalidad de los contratos. Concluyen que el error sobre estos elementos es un error de tipo y no un error de prohibición por tratarse de un error sobre elementos que integran el tipo penal³⁰⁵.

El dolo de este delito requiere que el sujeto activo tenga conocimiento de los elementos típicos normativos que estructuran la desviación de poder o abuso de poder. Esto es un ejercicio valorativo o interpretativo por parte del sujeto activo, quien conoce los fines específicos de la competencia que ejerce y la finalidad específica de la contratación que impone el principio constitucional del interés general. Luego de conocer ello, el sujeto activo sabe también que son otros los fines a los establecidos por el ordenamiento jurídico los que le motivan y se pretenden cumplir mediante la actividad estatal en el contrato estatal u operación administrativa.

El elemento volitivo se verifica cuando el sujeto activo sabe que son fines espurios los que se pretenden conseguir con la actividad contractual y quiere que ello sea así.

El error de tipo que exima de responsabilidad penal sucede cuando el funcionario desconoce la desviación de poder en la que incurre. En ese caso el servidor público cree erróneamente que el fin pretendido con la actividad contractual del Estado es aquel fin previsto por la normatividad para dicha actividad, de suceder ello, el funcionario incurre en un error de interpretación de las normas que regían en concreto esa actividad estatal y por ello ignora que realiza una desviación de poder.

Un caso de error de tipo en el delito de interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin el cumplimiento de requisitos legales se presenta en sentencia del año 2018, la Corte Suprema de Justicia reconoce una violación a las normas de la contratación estatal que configuran los elementos objetivos de ambos tipos penales (409 y 410), pero no un injusto penal puesto que se demostró que el sujeto activo había actuado siempre con miras al logro del interés general:

³⁰⁵FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. P 319-320

“De todo lo anteriormente expuesto emerge que, aun cuando la actuación del procesado no se ajustó a cabalidad a los presupuestos de la función administrativa ni a los principios que regulan la actividad contractual estatal, tales como los de transparencia, economía y selección objetiva, previstos en los artículos 24, 25 y 32 de la Ley 80 de 1993, según se precisó en el fallo de segunda instancia, no es posible predicar que la voluntad de EL ACUSADO estuvo dirigida a defraudar la administración pública, pues no se avizora la intención dolosa de querer favorecer a alguno de los proponentes y desconocer las fases que componen el proceso reglado.

(...)

Lo puntualizado en precedencia, ratifica que las razones por las cuales EL ACUSADO adoptó la determinación de adjudicar el contrato a la firma que ocupó el segundo lugar, no son distintas a las de querer beneficiar al hospital con la adquisición de las lámparas reconocidas por su buen desempeño y funcionalidad, lo cual redundaría en una mejor prestación del servicio de cirugía a los usuarios, apoyándose para ello en el concepto de los médicos que allí laboraban, quienes basados en su experiencia, exaltaron sus ventajas.”³⁰⁶
(mayúscula fuera del texto original, reemplaza el nombre del ciudadano enjuiciado)

Ingrediente subjetivo en el tipo penal

Los ingredientes subjetivos del tipo penal son elementos internos del sujeto distintos o adicionales al dolo³⁰⁷ que especifican *“un motivo o estado de ánimo particular para que la conducta sea típica”³⁰⁸*.

En el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos se discute la existencia de elementos subjetivos, puesto que el legislador no ha empleado las expresiones con el propósito de, con el fin de, con motivos de, con ánimo de, las interpretaciones sobre este aspecto son divergentes.

³⁰⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado 47.603

³⁰⁷ VELAZQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, parte general, Segunda Edición, Editorial Temis. 2004. P 288-289

³⁰⁸ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 274

Por su parte Gómez Pavajeau y Gómez Méndez no encuentran elementos subjetivos más allá del dolo, lo cual han precisado: *“se aclara que la expresión “interese” no es constitutiva de un elemento subjetivo del tipo, sino de una conducta estereotipada de las antes señaladas que se encuentra presidida, lo cual es objeto del dolo, por un interés”*³⁰⁹.

Por otro lado, para Castro Cuenca el ánimo de obtener un provecho es un elemento subjetivo del tipo penal lo cual expresa así: *“El ánimo de obtener un provecho es claramente un elemento subjetivo del injusto y no el elemento esencial de la conducta tipificada pues, si lo fuera, el delito estaría desprovisto de tipo objetivo, lo cual sería dogmáticamente absurdo.”*³¹⁰, posición en la que concurren otros autores.³¹¹

Análogamente, la Corte Suprema de Justicia entiende que el ánimo de provecho propio o ajeno no debe verificarse objetivamente. La jurisprudencia considera el provecho un elemento subjetivo:

*“para la configuración del delito de interés indebido en la celebración de contratos, de acuerdo a la jurisprudencia, no debe verificarse la existencia de “un provecho propio o para un tercero”*³¹²

Esta entidad subjetiva del provecho es reiterada por la Corte: *“El interés previsto puede ser pecuniario pero también puede consistir en la simple inclinación de ánimo por el servidor público hacia una persona o entidad”*³¹³

³⁰⁹ GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. 2004. P 347

³¹⁰ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017. P268

³¹¹ PALOMINO RAFAEL, interés ilícito en la celebración de contratos. En CANCINO, Antonio. Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia. 1986. Pp 127-129 :*“siendo el provecho un ingrediente subjetivo del tipo, si al agente activo del delito se interesa por una operación o contrato en razón de su cargo o sus funciones, sin la específica finalidad de obtener un provecho para él o para un tercero, la conducta se desintegra o se convierte en otro tipo. Porque es imprescindible la obtención del provecho por parte del funcionario o de un tercero.”*; MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la Administración pública, Editorial Leyer, Cuarta Edición. P 333: *“En tanto parece un elemento subjetivo es indiferente que se consiga el provecho. Basta el interés entendido como la falta de imparcialidad para intervenir, el animo de beneficiarse o de beneficiar a otro.”*

³¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 29 de julio de 2008, Magistrado Ponente: María del Rosaio González, radicado: 30077. En el mismo sentido Sentencia del 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 25.989: *“El aspecto subjetivo del tipo se consolida en la consecución por parte del servidor al interesarse en provecho propio o ajeno, el que puede ser directo cuando se beneficia el mismo funcionario e indirecto al favorecer a un tercero; luego entonces, ese interés se traduce en una actuación indebida por ausencia de transparencia e imparcialidad en la celebración de cualquier contrato estatal.”*; criterio reiterado textualmente en sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29791.

³¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado: 23915, también; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 13 de agosto de 2014, Magistrado Ponnete:

Luego, en sentencia del año 2017, la Corte distingue el dolo del interés como elementos subjetivos:

*“Por obvias razones, el “interés”, tal y como sucede con los elementos estructurales del dolo y otros fenómenos que ocurren en la mente del sujeto (“hechos psíquicos”), no se puede percibir directamente por los sentidos, por lo que deben ser inferidos a partir de datos o “hechos indicadores”, que, sin duda, deben ser demostrados a lo largo del proceso y, por tanto, se incorporan, desde esa perspectiva, al tema de prueba, según lo indicado en el acápite anterior.”*³¹⁴

Resolver la presencia de elementos subjetivos diferentes al dolo en el tipo penal requiere acudir a la clasificación dogmática de delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión de acuerdo con los aspectos subjetivos del tipo penal³¹⁵.

Se entienden como tipos penales de intención *“los que la intención subjetiva del autor debe ir dirigida a un resultado que va más allá del tipo objetivo”*³¹⁶, por ejemplo, el hurto (artículo 239) que requiere el *“propósito de obtener provecho para sí o para otro”*.

Por otro lado, son tipos penales de tendencia:

*“alude a delitos en los que una tendencia subjetiva es inherente a un elemento típico o codetermina el tipo (clase) de delito. Ejemplos de la primera clase nos los proporcionan los delitos sexuales, en los que sólo la tendencia lúbrica le da su carácter sexual a la conducta externa del autor, así como otros delitos en los que “vocablos de actividad final” (como “acechar”, “simular”, etc.) convierten a una determinada dirección de la voluntad en componente del tipo; más exactamente, en estos casos estamos ante elementos mixtos objetivo-subjetivos”*³¹⁷

Y finalmente se entiende por tipos penales de expresión:

Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 38.438.: *“En efecto, se tiene que la actualización de dicha conducta por parte del encartado, estuvo especialmente motivada por el propósito de favorecer con la contratación a terceros, elemento subjetivo del tipo penal por el que fuera acusado el procesado”*.

³¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 44609.

³¹⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. Pp 316-317: *“Ha habido múltiples intentos de sistematizar los tipos con elementos subjetivos mediante ulteriores subdivisiones. La más conocida es la clasificación. formulada por Mezger, en delitos de intención, delitos de tendencia y delitos de expresión.”*

³¹⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 317

³¹⁷ Ídem

“Por delitos de expresión se entiende aquellos tipos cuya acción muestra un proceso interno en el autor. El principal ejemplo lo constituye la declaración falsa en el falso testimonio y similares de los §§153 ss., en cuanto no se considere como criterio de la falsedad la corrección o incorrección, sino la desviación de una manifestación de la convicción íntima del declarante”³¹⁸

Con la anterior clasificación puede concluirse que asiste razón al sector de la doctrina que considera que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos no tiene elementos subjetivos diferentes al dolo, lo cual significa que no es un tipo penal de intención.

Sin embargo, también asiste razón a quienes concluyen que el interés en provecho propio o de un tercero es un fenómeno que sucede en el fuero interno del servidor público, para lo cual consideramos que la simple tendencia no es suficiente para comprender el contenido de este aspecto subjetivo, por lo que estamos ante un tipo penal de expresión.

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal de expresión, pues a la descripción de la conducta no le basta para ser comprendida el ánimo o tendencia del servidor público de obtener un provecho. La realización del tipo penal requiere un ejercicio hermenéutico por parte del sujeto activo, en el que este interprete las normas o principios que regulan su actividad contractual. La interpretación del servidor público en ejercicio debe permitirle conocer cuáles son los fines que dicta el interés general, y a pesar de ello, dirigir su conducta como ejercicio de la función pública a obtener fines particulares sabiendo de lo indebido que estos resultan.

Puede suceder también el que el servidor público no se interese en los fines legítimos, pero realice un ejercicio valorativo del que concluirá que los fines perseguidos son particulares o diferentes a los que impone el derecho para la actuación contractual, supuesto en el que también se realiza la conducta típica.

³¹⁸ Ídem

Clasificación del tipo penal

Tipo penal básico fundamental

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal básico puesto que la conducta descrita está configurada en su forma más sencilla³¹⁹, sin que este sea expresión agravada o privilegiada de otro tipo penal, se aplica sin sujeción a otros tipos penales³²⁰. El núcleo de la conducta del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos no hace parte de la conducta descrita en otro tipo penal con menor riqueza descriptiva.

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es básico o fundamental de los delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) o violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (408). El delito de interés indebido (409) es base o fundamental debido a que la desviación de poder es una forma más simple o con menos descripción que las conductas descritas por los tipos penales de los artículos 408³²¹ y 410³²², puesto que cualquiera de las anteriores conductas dada su modalidad dolosa implica un sometimiento del interés general al particular por parte del funcionario, en otras palabras, una desviación de poder.

¿Tipo penal subsidiario?

Se ha sostenido que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal subsidiario de los delitos de contratos sin cumplimiento de requisitos legales (410) y violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (408) por cuanto a estos dos les subyace siempre un interés indebido³²³, con lo cual concurre Gomez Mendez y Gomez Pavajeau:

³¹⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 338

³²⁰ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P. 114

³²¹ “intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades”

³²² “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”

³²³ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. P 374

“si un servidor público se interesa en la celebración de un contrato y para ello viola el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades o celebra contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, su conducta habrá de adecuarse según el caso a los dos últimos tipos, y solo se tipificará en el tipo de interés indebido cuando no haya podido acreditarse la violación al régimen legal o la celebración indebida de contratos, pero si el interés ilícito”³²⁴.

Por su parte la Corte Suprema de Justicia ha realizado diferentes apreciaciones frente a los otros tipos penales de celebración indebida de contratos; con sentencia del año 2007 la Corte afirma que el desvalor del delito de interés indebido en la celebración de contratos se subsume en el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, argumento con el cual resuelve un problema jurídico de aparente concurso:

“Si bien es cierto “el solo interés o inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva”, estructura la descripción contenida en el artículo 409 de la ley 599 de 2000, no puede perderse de vista que cuando la conducta emerge de un proceso que desconoce los requisitos necesarios para la validez del contrato, el desvalor de la acción incluyendo el motivo o la finalidad se aloja en el tipo de la celebración de contrato sin requisitos legales.”³²⁵

Posteriormente, en sentencia del 2009 la Corte Suprema de Justicia rechaza que el delito de interés indebido en la celebración de contratos sea subsidiario, y sostiene que los problemas de concursos deben resolverse a partir de los principios de especialidad y consunción:

“En consecuencia, es evidente que, a diferencia de lo que sostiene el libelista, no es cierto que el tipo penal por el cual se condenó al procesado es subsidiario al de contrato sin

³²⁴ GÓMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. 2004. P 357

³²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 8 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado 26450; en sentencia del 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado: 30.291 se diferencian los ámbitos de protección de los delitos contra la contratación: “Con esta perspectiva, para la Corte resulta diáfano que la sentencia desbordó los términos y alcances de la acusación por sorprender a los procesados con la modificación del nomen iuris, porque si bien es cierto ambos ilícitos (interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales) se encuentran en el Capítulo IV del Título XV del Código Penal bajo el epígrafe de “la celebración indebida de contratos”, y tienen la misma punibilidad, también es cierto que (junto con el ilícito de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades) conforman tres modalidades comportamentales, cuya forma de protección al bien jurídico o de vigencia de la norma que preserva la administración pública, difiere en cada una de ellas.”; criterio reiterado por sentencia del 12 de marzo de 2014, Magistrado Ponente: Eugenio Fernández Carlier, radicado 35.492.

cumplimiento de requisitos legales y que, por ello, en el evento de verificarse un concurso aparente entre ellos, se deba optar por aplicar automáticamente el segundo.

Considera la Sala que frente a los supuestos en que se constate un concurso aparente entre las conductas punibles de interés ilícito o indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, como aquí ocurre, ha menester acudir a los principios de especialidad y consunción. De acuerdo con el primero, se aplicará la preceptiva que regula la conducta de forma más precisa y completa y, conforme al segundo, se preferirá aquella cuyo juicio de desvalor consume la del otro y, por tal razón, sólo es viable una de ellas.”³²⁶

En la misma sentencia la Corte no descarta la posibilidad de concursar los delitos de interés indebido y contrato sin cumplimiento de requisitos legales:

“Sin embargo, la Sala debe clarificar que lo anteriormente señalado no excluye la posibilidad de un concurso real de las dos conductas cuando precisamente no exista esa relación de medio a fin entre el incumplimiento de requisitos legales en la contratación y el acto de desvío de poder.”³²⁷

Posteriormente en sentencia de 2017 la Corte Suprema encuentra que el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales desplaza al de interés indebido en la celebración de contratos por cuanto el primero es más especial:

“En síntesis, cuando la base fáctica de los delitos previstos en los artículos 409 y 410 coincide en sus aspectos esenciales, el concurso de conductas punibles es aparente, y debe darse aplicación al punible de contrato sin cumplimiento de requisitos, porque recoge con mayor riqueza la hipótesis fáctica, en la medida en que regula de manera puntual una de las formas de trasgresión de los principios que rigen la contratación administrativa: el desconocimiento de los requisitos esenciales, orientados precisamente a materializar dichos principios. Visto de otra manera, mientras el delito previsto en el artículo 409 del Código Penal regula de manera más abstracta la trasgresión de los principios que inspiran la

³²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, magistrado ponente: Maria del Rosario González, radicado 26261

³²⁷ Ídem

*actuación estatal en general y la contratación pública en particular, el artículo 410 consagra una forma mucho más puntual de afectación del bien jurídico.”*³²⁸

Sobre el carácter del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, coincidimos con la Corte Suprema de Justicia que no condiciona su aplicación a la adecuación a los delitos contra la contratación de los artículos 408 y 410 del Código Penal, sino que estos resultan ser tipos penales más especiales, por lo que desplazan el tipo básico fundamental de interés indebido en la celebración de contratos.

La razón de esta conclusión es que toda conducta típica de contrato sin cumplimiento de requisitos legales (410) o violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (408), por su naturaleza dolosa, les subyace una desviación de poder, esto es, que el servidor público procura intereses distintos al interés general mandado por el derecho para la actividad contractual del Estado³²⁹.

¿Tipo penal en blanco?

El artículo 6 del Código Penal contempla la clasificación de los tipos penales en blanco caracterizados por el reenvío a otras normas, definidos por la doctrina como aquellos que *“remiten a otros preceptos en cuanto a los presupuestos de la punibilidad; y en ellas rige también la prohibición de analogía respecto de la regulación complementadora, que constituye el tipo propiamente dicho.”*³³⁰, o normas en las que el *“supuesto de hecho se halla consignado total o parcialmente en una norma de carácter extrapenal”*³³¹.

Frente al tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos se presenta una importante discusión del carácter en blanco del tipo penal por cuanto se dice que reenvía al régimen de contratación estatal.

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es considerado un tipo penal en blanco *“debido a las remisiones que deben hacerse a la legislación administrativa para*

³²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 44.609

³²⁹ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. P 374

³³⁰ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 156

³³¹ VELAZQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, parte general, Segunda Edición, Editorial Temis. 2004. P 291

completar el supuesto de hecho e interpretar conceptos como operación o contrato”³³², en el mismo sentido se ha calificado un tipo penal en blanco amplio en exceso que afecta la seguridad jurídica requerida por el principio de tipicidad³³³.

En contraposición sobre este tipo penal, otro sector de la doctrina ha realizado una trascendental precisión entre los elementos normativos de los tipos penales y los tipos penales en blanco, en cuanto no son lo mismo, así Ibáñez y Barbosa: *“Este no puede catalogarse propiamente como una norma en blanco, aunque contiene dos elementos normativos que implican remisión a otras normas: contrato y operación*”³³⁴.

La distinción entre elementos normativos del tipo penal como aquellos que requieren de la interpretación para comprender la prohibición penal y tipos penales en blanco como aquellos remiten a otra norma para establecer el precepto del tipo penal debe partir de la funcionalidad que tiene la clasificación de los tipos penales en blanco. La función de los tipos penales en blancos es permitir a la norma penal la regulación de materias que por su naturaleza dinámica estarían fuera su alcance³³⁵, por ejemplo, el tipo penal de usura³³⁶ en el que el tipo penal no puede establecer el porcentaje de interés permitido por cuanto este es variable y se somete a

³³² CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Corrupción y delitos contra la administración pública. Editorial Universidad del Rosario. 2008. Pp 199-200; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017. P 264, TIRADO ALVAREZ, Margarita y otros. Delitos contra la imparcialidad: cohecho, tráfico de influencias y celebración indebida de contratos. En CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019. P378.

³³³ CORREDOR BELTRÁN, Diego. Celebración indebida de contratos. En BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2019. P 488

³³⁴ IBÁÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. P 375

³³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de agosto de 2007, Magistrado Ponente Sigifredo Espinoza Pérez, radicado 27.337:

“En tales hipótesis, se utilizan los llamados reenvíos dinámicos, que permiten ajustar el contenido de la prohibición a los cambios frecuentes de la realidad, pues existen bienes jurídicos cuya integridad depende de circunstancias coyunturales, de manera que una conducta que en cierto momento no la afecta, en otro puede lesionarla gravemente, lo cual es corriente, entre otras materias, en asuntos económicos, de comercio exterior, de salubridad pública, y, por supuesto, en aquellos relativos a la migración de personas de un país a otro, pues las políticas que al respecto adoptan los Estados dependerán de múltiples variables, entre ellas, razones de conveniencia o de intereses nacionales o políticos.

Ahora bien, esa constante variabilidad de las materias reguladas en los preceptos integradores de los tipos en blanco lleva al planteamiento de múltiples problemas de sucesión de leyes en el tiempo y, consiguientemente, de dificultades en relación con los principios de irretroactividad y de retroactividad de las disposiciones favorables.”

En el mismo sentido FORERO RAMÍREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibáñez. 2017. P 190: *“de no contener estos tipos penales la redacción propia del tipo penal en blanco habrían perdido vigencia años atrás y no responderían a las necesidades de esta situación jurídica tan compleja”*

³³⁶ ARTICULO 305. USURA. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad del interés bancario corriente que para el período correspondiente estén cobrando los bancos, según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disimularla, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

las reglas del mercado, asunto que regula remitiendo a la norma concreta que describe el interés corriente bancario.

De no realizarse esta distinción, todos los tipos penales resultarían ser tipos penales en blanco puesto que todos ellos tienen en mayor o menor grado aspectos normativos que requieren de interpretación de normas diferentes al mismo tipo penal. Por ejemplo, el homicidio que para interpretar el resultado muerte de la norma penal se acude actualmente a la interpretación³³⁷ del decreto 2493 de 2004 que en su artículo 2 define la muerte cerebral³³⁸ y en su artículo 12 la muerte cerebral de adultos y mayores de 2 años³³⁹.

Para mantener la clasificación de los tipos penales en blanco es determinante la definición aportada por Reyes Echandía quien determina que son tipos penales en blanco *“aquellos cuya conducta no está integralmente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo u otro ordenamiento jurídico para actualizarla o precisarla; mientras tal concreción no se efectúe, resulta imposible realizar el proceso de adecuación típica”*³⁴⁰. Definición de la que se destaca como nota diferenciadora entre los elementos normativos y los tipos penales en blanco, el que, en estos últimos, el tipo penal queda vaciado de contenido sin la remisión normativa y perdería su vigencia.

Para ilustrar, el tipo penal de violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (408) perdería su vigencia en caso de que el régimen constitucional y legal de inhabilidades e incompatibilidades fuese derogado, así mismo, el tipo penal se modifica cada vez que se reforma este régimen de idoneidad del servidor público. Igualmente, la usura (305) perdería su vigencia como norma jurídica si se dejasen de expedir los actos administrativos que estiman el interés corriente bancario.

³³⁷ POSADA MAYA, Ricardo. Delitos contra la vida y la integridad personal. Tomo 1. Editorial Ibáñez. 2015. Pp 78-79.

³³⁸ Muerte encefálica. Es el hecho biológico que se produce en una persona cuando en forma irreversible se presenta en ella ausencia de las funciones del tallo encefálico, comprobadas por examen clínico.

³³⁹ Artículo 12. Muerte encefálica en mayores de dos (2) años. En el diagnóstico de muerte encefálica en adultos y niños mayores de dos (2) años, previo a cualquier procedimiento destinado a la utilización de componentes anatómicos para fines de trasplantes, deberá constatarse por lo menos, la existencia de los siguientes signos:

1. Ausencia de respiración espontánea.
2. Pupilas persistentemente dilatadas.
3. Ausencia de reflejos pupilares a la luz.
4. Ausencia de reflejo corneano.
5. Ausencia de reflejos óculo vestibulares.
6. Ausencia de reflejo faríngeo o nauseoso.
7. Ausencia de reflejo tusígeno.

³⁴⁰ REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P. 116

Por otro lado, si fuese derogado el decreto 2493 de 2004 que define la muerte, el tipo penal de homicidio no perdería su vigencia, podría mantenerse el mismo significado, o incluso, sin derogar dicho decreto, el concepto de muerte podría ampliarse o restringirse de acuerdo con la interpretación dinámica del bien jurídico.

Por tanto, el criterio para verificar el carácter de tipo penal en blanco del delito de interés indebido en la celebración de contratos se halla en determinar si su contenido y validez esta necesariamente ligado a la norma a la que supuestamente remite. Lo cual se responde negativamente por cuanto el tipo penal en estudio no depende de la vigencia de la ley 80 de 1993. Esta ley podría ser derogada sin que dejaran de existir los institutos jurídicos de contrato u operación administrativa, interés general y la necesaria imparcialidad del servidor público objeto de protección penal. El tipo penal orienta su significado en el derecho administrativo como sistema jurídico y no de una disposición legal en concreto, por lo que no es un tipo penal en blanco.

¿Tipo penal de acción u omisión?

De acuerdo con el contenido de la norma penal se clasifican los tipos penales de acción y omisión. Son tipos penales de acción los que “*describen un comportamiento positivo que ha de exteriorizarse*”³⁴¹ para infringir la norma penal, y son tipos penales omisivos los que describen una conducta negativa en supuestos en los que se tenía la obligación de actuar³⁴². Esta clasificación atiende al imperativo que subyace a la norma penal, así a los tipos penales de acción les subyace una prohibición y a los tipos penales omisivos les subyace una norma preceptiva, mandato o deber.³⁴³

La naturaleza comisiva u omisiva del tipo penal no debe confundirse con la modalidad de la conducta que también puede ser de acción u omisión. La conducta o comportamiento humano como objeto de valoración del derecho penal es de acción como actos positivos³⁴⁴, u omisión que es la no realización de una acción esperada³⁴⁵.

³⁴¹ REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P. 120

³⁴² Idem

³⁴³ ANDRADE CASTRO, Jason. El delito de omisión. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 309

³⁴⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 211-213

³⁴⁵ Ibidem, 237-239

Por otro lado, un sector importante de la doctrina ha sostenido que la distinción entre normas penales de acción y omisión no tiene lugar³⁴⁶, en consecuencia, también se niega la existencia del concepto de conducta o comportamiento humano como objeto de valoración por la norma penal, el cual surge integrado con el injusto.³⁴⁷

No obstante lo trascendental que resulta para las estructuras en la teoría del delito la anterior discusión, el Código Penal colombiano, ley 599 del 2000 reconoce la conducta como objeto sobre el cual se valora la responsabilidad penal³⁴⁸, conducta que acuerdo con el artículo 25 puede ser por acción o por omisión³⁴⁹, así mismo, el artículo 10 del Código Penal encuentra que los tipos penales también pueden ser de omisión.³⁵⁰ La legislación nacional impone como punto de partida en la comprensión del injusto penal que la conducta sucede por acción o por omisión, así como los tipos penales pueden ser comisivos u omisivos.

De la sistematización de las normas descritas se derivan los delitos comisivos y omisivos. El delito comisivo es aquel en el que mediante una conducta de acción se infringe un tipo penal de prohibición. En cuanto el delito omisivo, este puede ser propio o impropio. La omisión propia en la que un tipo penal omisivo o de mandato es infringido mediante una conducta omisiva o mediante una acción³⁵¹. La omisión impropia o comisión por omisión³⁵² en la que mediante una conducta omisiva se infringe un tipo penal comisivo. Cada una de estas estructuras tiene sus requisitos de imputación del tipo penal que armonizan la responsabilidad penal con los derechos constitucionales de los ciudadanos y el interés general como pilares del Estado democrático de derecho.

³⁴⁶ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005. P 72: *“Finalmente en un sistema como el aquí defendido, no hay lugar para una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, puesto que lo que al derecho penal incumbe como conducta es aquella actuación con la cual una persona se aparta de las expectativas de comportamiento social, generando con ello una defraudación;”*

³⁴⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005. P 74: *“De esta manera el concepto jurídico penal de acción surge cuando existe una conducta “injusta” y “culpable”, es decir, cuando respecto de ella se han agotado positivamente los juicios tanto de una imputación objetiva como de una imputación subjetiva”*

³⁴⁸ Artículo 29 Constitucional, artículo 6 Código Penal, Artículo 9 Código Penal.

³⁴⁹ ARTICULO 25. ACCION Y OMISION. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

³⁵⁰ ARTICULO 10. TIPICIDAD. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal.

En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley.

³⁵¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 241; ANDRADE CASTRO, Jason. El delito de omisión. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 317

³⁵² MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006.pp 241 – 248; ANDRADE CASTRO, Jason. El delito de omisión. En: BERNAL CUELLAR. Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. P 318

Con ello, es menester determinar si el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es comisivo u omisivo, y en caso de ser un tipo penal comisivo, establecer si en abstracto admite la imputación en comisión por omisión.

Tipo penal de acción o comisivo

La conducta descrita de desviación de poder es un vicio de los actos jurídicos de la administración consistente en el incumplimiento al deber del servidor público de perseguir siempre el interés general. El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es comisivo porque describe una conducta prohibida que requiere una conducta activa para vulnerar el imperativo jurídico.

La razón para afirmar ello es que la desviación de poder necesariamente requiere actos realizados por parte de la administración para su configuración, esto implica la expresión de la administración en un contrato estatal u operación administrativa. Las expresiones de voluntad de la administración no pueden suceder³⁵³ por omisión o inactividad de la administración. La desviación de poder no puede presentarse mediante conductas omisivas porque el ejercicio de la función pública dirigido a la búsqueda de intereses particulares o ajenos al interés general requiere para su existencia un acto positivo, en el que se perciba un medio que es la actividad estatal dirigido a conseguir un fin indebido.

Por otro lado, los actos de omisión indebidos en sí mismos no son entendidos por el derecho como actos de desviación de poder puesto que no se ha ejercido la función pública, y aunque son reprochables, lo son por la no realización de funciones lo cual es diferente a la realización desviada de la función.

Imputación del tipo penal en comisión por omisión u omisión impropia

La imputación a conductas omisivas de tipos penales comisivos está regulada por el artículo 25 del Código Penal. Este impone que, con fundamento en una especial relación con el bien

353 El derecho administrativo contempla los actos administrativos fictos o presuntos en supuesto en los que la administración pública guarda silencio frente a peticiones de los administrados. Sin embargo, estos existen solo cuando el interesado presenta los recursos, las acciones o los constituye mediante escritura pública, por lo que son una sanción que se le impone a la administración y un medio para que el administrado controle la omisión de la administración. Estas conductas de los servidores públicos que resulten en silencios administrativos se adecuan al tipo penal de prevaricato por omisión y no son tenidas como ejercicio de la función pública a efectos penales.

jurídico y deberes jurídicos, quien no evitase un resultado típico, pudiendo hacerlo, quedará sometido a la pena prevista en la respectiva norma penal contentiva del resultado no evitado.

De los requisitos impuestos por el artículo 25 del código penal para la imputación de tipos penales comisivos a conducta omisivas, el más controversial al momento de proponer la imputación del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es la exigencia de impedir *“un resultado perteneciente a una descripción típica”*³⁵⁴. Esto significa que la imputación en comisión por omisión a este delito dependerá del significado que se le atribuya a la palabra resultado.

Actualmente en la teoría del delito la palabra resultado puede tener tres interpretaciones.

La primera interpretación es cerrada, el resultado significa un efecto físico, jurídico o psicológico distinguible espacio temporalmente de la acción³⁵⁵ lo cual se determina exclusivamente desde la perspectiva de la tipicidad, de modo que los tipos penales pueden ser de resultado o de mera conducta.

Atribuir este significado a la palabra resultado empleado por el código penal en el artículo 25 tiene como consecuencia la imposibilidad de imputar este delito en la modalidad de comisión por omisión puesto que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es de mera conducta y carece de un resultado imputable en los términos descritos.

La segunda interpretación amplía el concepto de resultado a la antijuridicidad material, es decir, la lesión o puesta en peligro efectivo entendidos como resultados:

“d) El resultado. A diferencia de los conceptos tradicionales del delito, en la actualidad el concepto de resultado se entiende generalmente en un sentido jurídico, lo que comprende tanto los peligros (en abstracto y en concreto) como los resultados propiamente dichos, entre los cuales usualmente se mencionan los materiales (la muerte, los daños en el cuerpo o en la salud, el apoderamiento de muebles, etcétera) y los psicológicos (como el convencimiento de estar obligado a tolerar, omitir o realizar alguna cosa, etcétera, y en general aquellas

³⁵⁴ Artículo 25, Código Penal

³⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Op. Cit. 2006. P 260; FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Ob. Cit., Vol 1, Editorial Ibáñez. 2011. P 106; VELAZQUEZ, Fernando. Op. Cit. 2004. P 266; REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. P 118, ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. P 328.

modificaciones que afectan la autonomía del sujeto como ocurre en la extorsión, el constreñimiento o la tortura).”³⁵⁶

En esta interpretación es posible la imputación en comisión por omisión a delitos de mera conducta, siempre que el delito desde la perspectiva del bien jurídico se clasifique como de lesión.

Finalmente, una tercera interpretación en procura de la normativización del concepto de resultado sostiene que *“al derecho penal no le interesan cualquier modificación ontológica del mundo exterior, sino sólo aquellas que puedan ser valoradas (de ahí lo normativo del concepto) como un atentado contra el bien jurídico objeto de protección”*³⁵⁷, desde esta perspectiva todos los delitos implican un atentado contra el bien jurídico como resultado normativo común e imputable de todos los tipos penales, por lo que todos los tipos penales tienen un resultado con la distinción de que algunos tipos penales implican también un resultado causal.

A partir de esta última interpretación se desdibuja la distinción entre tipos penales de mera conducta y de resultado, en consecuencia, todos los delitos serían imputables a conductas omisivas, es decir, en comisión por omisión.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia parece asumir la primera interpretación en la que el resultado es estrictamente causal por cuanto niega la posibilidad de imputar el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos en la modalidad de comisión por omisión prevista en el artículo 25 del Código Penal:

“Si se acepta lo perseguido por el defensor, cuando manifestó que se “dejó de aplicar la previsión normativa el artículo 25 del Código Penal para edificar la tipicidad de la conducta, motivo por el cual esa posición es abiertamente ilegal”; el desacierto es aún mayúsculo, por cuanto, da por hecho en el párrafo anterior, que el punible de interés ilícito en la celebración de contratos, es claramente doloso, como es obvio; pero a reglón seguido, olvidó sus propias convicciones –o actuó contra ellas- al presentar como fundamento de su ataque el artículo 25 de la Ley 599 de 2000, lo cual se traduce en una petición discordante, pues todo parece

³⁵⁶ POSADA MAYA, Ricardo. Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad. Editorial Ibañez. 2017. P 220.

³⁵⁷ REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Editorial B de F. 2016. Pp 114-115

indicar el buen entendimiento de la teoría del delito por parte del defensor; sin embargo, solicitó un fallo de carácter omisivo, en un caso que normativamente es inadmisibles imputar la conducta punible a título de omisión por comisión, hundiendo su censura en el absurdo y en la total incoherencia.”³⁵⁸

En esto coincidimos con la Corte Suprema de Justicia en que el delito de interés indebido en la celebración de contratos no admite la imputación en comisión por omisión prevista en el artículo 25 del Código Penal, puesto que es de mera conducta. El mencionado artículo describe la evitación de un resultado perteneciente a una descripción típica, resultado que entendemos ontológico con relación al objeto material del tipo penal y no del bien jurídico, resultado entonces distinto de la lesión o puesta en peligro.

Conclusiones del capítulo II

El delito de interés indebido en la celebración de contratos presenta múltiples problemas desde la teoría de la norma penal y en concreto del tipo penal. Algunos se encuentran sólidamente resueltos en la doctrina y la jurisprudencia, pero otros han requerido de una revisión a los puntos de partida metodológicos.

La calidad de servidor público y en especial los supuestos de particulares contratistas a los que se les impute la calidad de servidor público ha sido suficientemente tratado por la jurisprudencia. Esta inclusive advierte de no caer en el error de predicar la calidad de servidor público a todo contratista, sino que este solo tiene la calidad de servidor público respecto de la infracción de la norma penal cuando el contrato estatal tenga el efecto de comunicar el cumplimiento o ejercicio de función públicas.

La conducta prohibida en el tipo penal tiene dos perspectivas una descriptiva u ontológica y otra normativa.

La perspectiva descriptiva parte del uso común del lenguaje respecto del verbo rector interesar, se describe la conducta en la inclinación del ánimo del servidor público. Dicha interpretación resulta inaprehensible para el derecho penal con serio menoscabo a los

³⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29.791.

contenidos del principio de legalidad porque muy difícilmente puede determinarse el margen de la prohibición desde la perspectiva de quien ejerce la función administrativa.

Una perspectiva normativa comprende la conducta descrita en el tipo penal en la desviación de poder. Esta es una deformación del elemento finalidad de la actuación administrativa, es el sometimiento del interés general a los intereses particulares del servidor público en el que este usa la función pública para alcanzar fines particulares o personales diferentes a los previstos por el derecho. Esta es una causal de nulidad o invalidez propia de la dogmática del derecho administrativo que define la conducta prohibida por la norma penal.

La desviación de poder como núcleo de la conducta prohibida es aceptada de manera unánime por la doctrina y la jurisprudencia. Lo que es más importante, es coherente con el bien jurídico tutelado por el tipo penal determinado en el presente trabajo de investigación. Es coherente porque en el derecho administrativo el fundamento de la ilicitud de la desviación de poder es la afectación a la garantía de imparcialidad del servidor público.

No obstante, el descubrimiento de la desviación de poder como núcleo de la prohibición en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos no es suficiente, se requiere desarrollar este instituto jurídico para la imputación del tipo penal. La desviación de poder como regulación de la actividad estatal se ubica dentro del derecho penal en la creación de riesgos jurídicamente desaprobados. Su desarrollo teórico permitirá el conocimiento del contenido y alcance de la prohibición a partir de las normas de derecho administrativo que regulan el ejercicio de la función pública contractual. Con este desarrollo teórico se logra la seguridad jurídica que impone el principio de tipicidad y la razonable delimitación de la norma penal en la que se armonice el ejercicio de la función pública por parte de los ciudadanos y la protección al bien jurídico, este estudio será el objeto del siguiente capítulo.

La expresión “*por razón de su cargo o de sus funciones*” en el tipo penal es una circunstancia de modo porque requiere del servidor público el ejercicio de sus funciones en la actividad contractual del Estado para considerar vulnerada la norma penal, y en caso no estar en ejercicio de dichas funciones, la conducta es atípica de este delito en calidad de autor, derivándose en algunas ocasiones en determinación (partícipe) del mismo o en autoría de otro tipo penal como el tráfico de influencias.

Se ha descartado que sea un tipo penal subsidiario porque este no condiciona la imposición de la pena a la no concurrencia de los tipos penales de violación al régimen constitucional y legal de inhabilidad e incompatibilidades o contrato sin el cumplimiento de requisitos legales esenciales. Se concluye que estos tipos penales contenidos en los artículos 408 y 410 del código penal son tipos penales especiales de interés indebido en la celebración de contratos por cuanto a ambos les es inherente una desviación de poder. Por principio de especialidad los tipos penales de los artículos 408 o 410 desplazan al tipo básico fundamental del artículo 409.

También se ha delimitado el dolo al conocimiento de la desviación de poder, lo que lo clasifica como un delito de expresión porque su realización subjetiva requiere que el sujeto activo realice internamente un proceso interpretativo del sistema jurídico en el que conozca los fines legítimos de la función y en lugar de seguir estos, siga fines particulares ajenos a los previstos para el ejercicio de la respectiva función. Por esta razón, en aquellos casos en los que el servidor público en ejercicio piense erróneamente que persigue un fin legítimo, aunque este fuese un interés ajeno al interés general, o incluso un interés particular, el sujeto estaría en error de tipo que desestructura el dolo de la conducta.

Desde la perspectiva del imperativo de la norma, el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es comisivo, esto quiere decir que describe una conducta activa de desviación de poder que debe ser realizada para infringir la norma penal. La posibilidad de imputación del este tipo penal comisivo a conductas omisivas o comisión por omisión de acuerdo con el artículo 25 del Código Penal ha sido negado tanto por la Corte Suprema de Justicia como por las conclusiones de este trabajo de investigación con el argumento de que esta estructura de imputación solo es posible respecto de tipos penales de resultado en su sentido estricto.

El desarrollo de la tipicidad en este capítulo es coherente con el bien jurídico establecido en el capítulo primero. El bien jurídico protegido por este tipo penal es la imparcialidad del servidor público, como un objeto susceptible de lesión o puesta en peligro efectivo por la conducta de desviación de poder en la que se sanciona que el servidor público ejerza la función en búsqueda de intereses particulares ajenos al interés general.

No obstante, aún debe desarrollarse en la teoría del delito y el régimen de responsabilidad penal establecido por el Código Penal la institución jurídica de la desviación de poder. La regulación de la desviación de poder tiene que ser aprehendidas por las estructuras del código penal para determinar el contenido de la prohibición en armonía con el concepto de bien jurídico, de tipicidad y de antijuridicidad. El contenido de la conducta prohibida de desviación de poder requiere ser ajustada al injusto penal. Problema que se desarrolla en el próximo capítulo con la desviación de poder como contenido de la creación de riesgo jurídicamente desaprobado.

CAPÍTULO III

RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

La imputación objetiva en el régimen de responsabilidad penal del Código Penal colombiano.

La interpretación de las normas del código penal parte de los principios de responsabilidad penal establecidos en la Constitución Política de 1991. En consecuencia, el contenido de los tipos penales que establecen “la materia de la prohibición de las disposiciones penales”³⁵⁹ requiere una valoración más allá del juicio gramatical que pueda hacerse de las palabras empleadas por el legislador³⁶⁰.

Esta comprensión normativa de los tipos penales permite completar el alcance de las prohibiciones penales más allá de la mera realización fáctica de las conductas³⁶¹. Así, la restricción a la libertad de acción de los ciudadanos mediante normas y sanciones penales por conductas que lesionan bienes jurídicos se armoniza con el interés de la sociedad de mantener conductas que respeten los derechos de las personas y el orden jurídico³⁶².

Las normas penales son reglas jurídicas que imponen los límites de la conducta prohibida para reconocer aquello que no está prohibido. No obstante, por riguroso que sea el legislador en el uso de las palabras, estas no son suficientes para determinar aquello que está prohibido bajo sanción penal. La razón de ello es la complejidad de las relaciones sociales que escapan a la previsión del legislador. De ahí que el legislador no puede describir todas las formas posibles de conductas indebidas y lesivas para bienes jurídicos³⁶³.

El ejercicio de las prohibiciones, mandatos y sanciones penales está sometido al respeto de los derechos fundamentales, puesto que la restricción penal es la mayor de las restricciones

³⁵⁹ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. p 264

³⁶⁰ BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. Editorial Universidad del Rosario. 2010. pp 79-80

³⁶¹ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. P 66

³⁶² FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. pp 86-87; CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. pp 48 a 50

³⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-331 del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

del Estado a la esfera de derechos del ciudadano. En consecuencia, la aplicación del derecho penal solo es constitucionalmente válida cuando sea ponderada entre el beneficio a los principios constitucionales y la restricción a los mismos, tal y como sucede con cualquier limitación a derechos fundamentales dentro de un Estado Constitucional y Democrático o Estado Social de Derecho.

Por lo anterior, la determinación de la prohibición penal o juicio de adecuación típica a una conducta comprende necesariamente los principios jurídicos que fundamentan y dan sentido a los tipos penales, esto es requisito constitucional de validez de todo juicio de tipicidad a un ciudadano. Por ello la debida interpretación de los tipos penales de la parte especial del código penal requiere implementar aquellos axiomas o principios puestos por el ordenamiento jurídico de acuerdo con nuestro sistema de fuentes del derecho establecidos en los artículos 4 y 230 de la Constitución Política de 1991.

Para esta comprensión normativa de la tipicidad penal debe distinguirse la imputación de la conducta típica de la imputación del resultado³⁶⁴.

La imputación del comportamiento consiste en determinar “si las características de la conducta llevada a cabo por el autor se corresponden con la previsión del tipo”³⁶⁵. Este juicio es un elemento general del injusto³⁶⁶ penal y opera respecto de todos los tipos penales, dolosos, culposos, preterintencionales, de mera conducta, delitos tentados, delitos consumados, delitos comisivos u omisivos, así como de los tipos penales de resultado, este juicio se expresa en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado³⁶⁷.

³⁶⁴ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. pp 23-82; distinción también acogida por la Corte Suprema de Justicia, sentencia del 6 de agosto de 2019, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado 52.720: “El juicio de valor se concreta tanto en la imputación objetiva del comportamiento, como en la imputación objetiva del resultado, de modo que este último sea consecuencia del aquél.”

³⁶⁵ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. P 71

³⁶⁶ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. pp 74-77; Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de enero de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 47.100: La creación del riesgo jurídicamente desaprobado, hacia donde dirige su interés el demandante, es un elemento general del injusto que aunque fue desarrollado en principio para el delito imprudente, se le ha venido asignando una importante función en los delitos dolosos en relación con el ámbito de protección de la norma, no tanto en la delimitación de la responsabilidad por la causalidad, como sí en el propósito de limitar los excesos de responsabilidad penal.

³⁶⁷ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. pp 83-94, SILVA SANCHEZ, Jesús María. Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Jose Maria Bosch Editor. pp 103 – 105, BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. Editorial Universidad del Rosario. 2010. pp 79 – 80,

Además del riesgo jurídicamente desaprobado, en los delitos de resultado³⁶⁸ se presenta un segundo nivel de valoración definida por el artículo 9 del código penal como la imputación causal y jurídica del resultado. Esta ha sido denominada por la doctrina como imputación objetiva del resultado³⁶⁹ consistente en la relación positiva entre el comportamiento típico o riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado producido y previsto por el tipo penal³⁷⁰.

Puesto que el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es un delito de mera conducta y no de resultado, en lo sucesivo, la presente investigación de dirigirá a determinar los criterios de valoración del riesgo jurídicamente desaprobado en el sistema jurídico colombiano para comprender el contenido del tipo penal en estudio. Ello sin profundizar en la imputación objetiva del resultado por cuanto este tipo penal no requiere de dicha valoración al ser de mera conducta.

Los riesgos jurídicamente desaprobados como núcleo del comportamiento típico

Los tipos penales de la parte especial del Código Penal son más que meras descripciones, son actos jurídicos de asignación³⁷¹ o imputación. La imputación del comportamiento se fundamenta en el riesgo³⁷² como la posibilidad de acaecimiento de un resultado lesivo para intereses³⁷³ o bienes jurídicos. De manera que la conducta prohibida por los tipos penales es en esencia la creación de riesgos desaprobados por el derecho o no permitidos por este para bienes jurídicos. Entonces no es el riesgo a bienes jurídicos lo prohibido, sino que este sea indebido de acuerdo con el ordenamiento jurídico³⁷⁴.

³⁶⁸ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. pp 24-25

³⁶⁹ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. pp 65-66, SILVA SANCHEZ, Jesús María. Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Jose Maria Bosch Editor. pp p 104,

³⁶⁹ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. Pp 93-94, BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. Editorial Universidad del Rosario. 2010. P 87

³⁷⁰ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. p 66

³⁷¹ FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, parte general, teoría del delito y de la pena, Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. P p 82

³⁷² CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. P 71-72

³⁷³ BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. Editorial Universidad del Rosario. 2010. p 80

³⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de enero de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado 47.100: “En concreto, se significa que en relación con el tipo penal no es suficiente con el dato ontológico consistente en que la conducta del acusado haya lesionado o puesto en peligro los bienes jurídicos tutelados, pues se requiere, además, de un requisito axiológico, esto es, que el peligro se encuentre desaprobado por el ordenamiento jurídico.”

La desaprobación del riesgo se fundamenta en que en la sociedad contemporánea es inevitable asumir ciertos niveles de riesgos³⁷⁵ cuya prohibición sería intolerable desde la perspectiva del desarrollo social o el ejercicio de derechos fundamentales. Por lo que dichos riesgos deben ser mantenidos en niveles racionalmente tolerables a partir de una regulación dada o reconocida por el Estado. Esta regulación determina el riesgo permitido que no permite la imputación del tipo penal al sujeto que se mantiene dentro del comportamiento aceptado por las normas.

Además del riesgo permitido, la desaprobación del riesgo se comprende a partir de los institutos dogmáticos del principio de confianza, prohibición de regreso y riesgos imputables a la víctima. El principio de confianza comprende aquellos supuestos en los que, en una actividad en conjunto, el sujeto obra confiando que las demás personas cumplirán con las normas³⁷⁶, por lo que no le es imputable a su conducta el tipo penal. La prohibición de regreso es entendida como la negación de imputar arbitraria y de manera unilateral el comportamiento que comúnmente es inocuo, así este se incardine con una conducta prohibida³⁷⁷. Así mismo el riesgo no es desaprobado cuando este cae dentro del ámbito de responsabilidad de la víctima³⁷⁸.

Para la autoría del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos no es relevante la prohibición de regreso y el principio de confianza puesto que se protege la imparcialidad del servidor público en el ejercicio de la actividad contractual del Estado. Este bien jurídico no es susceptible de ser afectado por terceros que carecen de la calidad de autor y de los deberes especiales que fundamentan la norma penal. Tampoco tiene utilidad la doctrina relativa a los riesgos imputables a la víctima porque en este delito esta no tiene la capacidad ni la legitimidad para afectarse así misma o consentir riesgos.

³⁷⁵ BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Teoría del delito. Tipo objetivo. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. p 271

³⁷⁶ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. P 75 - 79

³⁷⁷ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. p 79 - 85

³⁷⁸ CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. pp 85-91

El estudio de la imputación objetiva del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos se enfoca en la determinación del riesgo permitido para así establecer cuál es el riesgo desaprobado³⁷⁹ núcleo de la conducta prohibida.

La metodología para diferenciar las actividades riesgosas toleradas que no están abarcadas por las normas penales de aquellas que no son permitidas se determina a partir de los fundamentos del ordenamiento jurídico. Estos se presentan en la Constitución Política de 1991 la cual establece los principios de respeto a los derechos fundamentales³⁸⁰, el principio de libertad e igualdad³⁸¹, el libre desarrollo de la personalidad³⁸² que se identifica con el concepto de libertad de acción, el ejercicio de profesiones y oficios³⁸³, la prevalencia del interés general y la fundación del Estado en el principio de solidaridad y dignidad humana³⁸⁴, la responsabilidad por el acto que se imputa³⁸⁵, la sujeción a la constitución y la ley de los servidores públicos³⁸⁶, así como también el concepto de bien jurídico reconocido y adoptado por la Constitución Política y la legislación ya desarrollado en el primer capítulo de esta investigación. Estos principios determinan el riesgo jurídicamente desaprobado por cuanto el concepto de riesgo surge de la valoración de las ventajas o desventajas para dichos principios por parte de una conducta³⁸⁷ siempre atendiendo la utilidad que presente el riesgo.

En el ordenamiento jurídico colombiano el riesgo jurídicamente desaprobado se valora de acuerdo con las ventajas y desventajas que supone el riesgo. Las ventajas del riesgo son la protección a bienes jurídicos en conjunto con el beneficio para el interés general que reporta el desarrollo de ciertas actividades. Las desventajas del riesgo son la restricción de la libertad de acción de los ciudadanos y el perjuicio que podría resultar a los intereses generales la prohibición de determinadas actividades.

En este modelo de derecho penal la prohibición penal de la conducta es una restricción a derechos fundamentales, por lo tanto, los criterios de verificación del riesgo desaprobado son

³⁷⁹ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005. p 89

³⁸⁰ Artículo 5 Constitución Política de 1991

³⁸¹ Artículo 13 Constitución Política de 1991

³⁸² Artículo 16 Constitución Política de 1991

³⁸³ Artículo 26 Constitución Política de 1991

³⁸⁴ Artículo 1 Constitución Política de 1991

³⁸⁵ Artículo 29 Constitución Política de 1991

³⁸⁶ Artículos 4, 6 y 123 Constitución Política de 1991

³⁸⁷ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005. pp 94 - 95

principalmente jurídico constitucionales³⁸⁸. Dichos criterios se traducen en la ponderación entre la protección a bienes jurídicos y la restricción a la libertad de acción de las personas, esto legitima la imputación del tipo penal³⁸⁹.

Con estos fundamentos se deben entender la creación de riesgos jurídicamente desaprobados desarrollados en los institutos de riesgo permitido, prohibición de regreso, el principio de confianza, la auto puesta en peligro o acciones imputables a un riesgo creado por la misma víctima.

En similares términos Frisch desarrolla el riesgo desaprobado a partir de lo que ha denominado “*tipos básicos fenomenológicos de conductas que ponen en riesgo bienes jurídicos*”³⁹⁰ compuesta por tres categorías, i) conductas que directamente amenazan menoscabar bienes jurídicos, ii) conductas que solo pueden desplegar ese efecto de menoscabar bienes jurídicos mediando la actuación de la víctima y son peligrosas por la acción de la víctima, y iii) conductas que comparten el peligro de menoscabos de bienes jurídicos porque existe el riesgo mayor o menor de que terceros conectados con tales acciones amenacen o lesionen bienes jurídicos³⁹¹.

En el delito de interés indebido en la celebración de contratos carece de relevancia las acciones que sean peligrosas para bienes jurídicos por un acto de la víctima. Esto por cuanto el Estado o la sociedad como sujetos pasivos y víctimas del delito no tienen capacidad de desplegar conducta penalmente relevante ni el bien jurídico es disponible.

Así mismo, tampoco incide en la desaprobación del riesgo las conductas que sean peligrosas por la participación de terceros porque la estructura de la norma penal solo dirige su mandato hacia el servidor público en ejercicio de funciones públicas. Este es el único sujeto idóneo para interesarse indebidamente en un contrato estatal sin que los terceros, sean particulares o servidores públicos que no ejerzan funciones, tengan relevancia para la creación del riesgo desaprobado. Cuando estos terceros intervengan dolosamente sin participación del servidor

³⁸⁸ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. Pp 84-85

³⁸⁹ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. Pp 86-90

³⁹⁰ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004. P 101

³⁹¹ FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004 pp 101 - 104

público estarán inmersos en riesgos abarcados por otros tipos penales como el fraude procesal, el cohecho por dar u ofrecer o el tráfico de influencias.

Por estas razones el riesgo desaprobado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos se establece a partir de la institución del riesgo permitido o conductas que ponen directamente en peligro los bienes jurídicos.

Dentro de las conductas que son desplegadas por el sujeto y que ponen directamente en peligro bienes jurídicos, se establece la desaprobación del riesgo a partir del conflicto que estos comportamientos presentan entre la libertad de acción y la protección a bienes jurídicos. Esta tensión se resuelve mediante la regulación de riesgos que puede ser jurídica o extrajurídica³⁹², la cual establece autorizaciones generales de conducta en las que el riesgo es tolerado.

La conducta prohibida por el delito de interés indebido en la celebración de contratos solo la puede realizar el servidor público en ejercicio de la función pública, por lo que resulta una actividad reglada y la desaprobación del riesgo es determinada por los riesgos permitidos en la regulación de la actividad contractual del Estado.

Para determinar el riesgo permitido y el riesgo desaprobado en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos es necesario desarrollar el régimen jurídico de la desviación de poder. Esta es la prohibición de seguir fines indebidos en el ejercicio de potestades discrecionales de la administración pública. La desviación de poder es la conducta prohibida por el tipo penal.

La desviación de poder y su regulación en el ordenamiento jurídico colombiano

Sujeción de la administración a la Constitución y la ley

En el Estado constitucional de derecho toda actividad de la administración pública está sujeta a la constitución y a la ley. Así lo señala la Constitución de 1991 en el artículo 6 que impone

³⁹² FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004 pp 106-117

la responsabilidad del servidor público por infringir la Constitución y las leyes por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. El ejercicio del poder público en un modelo de Estado Social de Derecho requiere de la delimitación de estrictos límites que garanticen a los ciudadanos que este poder no se ejercerá arbitrariamente, por ello la función pública solo puede ejercerse dentro de los estrictos ámbitos de competencia³⁹³.

Esta vinculación positiva de la administración al ordenamiento jurídico comprendido por los valores, principios y reglas que se hallan en la Constitución y la ley define el principio de legalidad como sujeción al derecho por parte de la administración.³⁹⁴

Las autoridades administrativas son una forma de ejercicio del poder público, por ello tienen siempre como primer deber y función el cumplimiento de la constitución y la ley³⁹⁵. Esta sujeción al derecho es de la esencia de la administración pública y somete el ejercicio de la función administrativa en todos sus aspectos de modo que la constitución y la ley imponen quién ejerce la función, cómo se ejerce la función, el contenido manifestado por la administración, los supuestos de hecho en los que se ejerce la función y los fines de la función. En concordancia, los actos jurídicos de la administración pública tienen cinco elementos necesarios para su validez, “el sujeto del acto, los motivos, el fin, el objeto, y las formalidades de que se le reviste”³⁹⁶.

El sujeto se refiere a la competencia³⁹⁷. El motivo o motivación del acto consiste en los supuestos de hecho previstos por la norma para los cuales el contenido del acto de la administración es consecuencia o efecto jurídico³⁹⁸. La finalidad requiere de una coherencia entre el fin establecido por la norma para el ejercicio de la competencia y el buscado por el servidor público en el ejercicio de dicha competencia³⁹⁹. El objeto se refiere al contenido o

³⁹³ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. P. 966

³⁹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. (2017). Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, página P 151

³⁹⁵ Artículos 188; numeral 1, artículo 305; numeral 1, artículo 315 Constitución Política de 1991.

³⁹⁶ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 297.

³⁹⁷ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 298

³⁹⁸ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 299

³⁹⁹ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 300

decisión de fondo del acto administrativo⁴⁰⁰. Y las formalidades son el procedimiento a través del cual se expresa la administración⁴⁰¹.

La conducta de desviación de poder prohibida por el tipo penal en estudio es la deformación de la finalidad o fines de la actividad de la administración. Por lo que su estructura es el siguiente elemento por desarrollar para determinar las reglas de desaprobación del riesgo en el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

La finalidad de los actos de la administración

La finalidad de los actos de la administración es uno de los parámetros de sujeción de esta a la Constitución y la ley. Esta se comprende como el fin que quiere lograr el servidor público al producir ese acto⁴⁰², responde a la pregunta para qué se genera el acto de la administración⁴⁰³. Por mandato de las normas superiores la administración pública siempre está llamada a satisfacer los intereses de la comunidad o intereses públicos.⁴⁰⁴ Este elemento jurídico de validez de los actos de la administración tiene fundamento en el artículo 2 de la Constitución Política que establece los fines esenciales del Estado⁴⁰⁵. Así mismo, el artículo 209 constitucional establece que el ejercicio de la función administrativa está al servicio de los intereses generales⁴⁰⁶ como fines legítimos de la actividad estatal.

⁴⁰⁰ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 300

⁴⁰¹ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. pp 300 - 301

⁴⁰² VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 624

⁴⁰³ YEPES BARREIRO, Alberto. Existencia, validez y eficacia del acto administrativo. En: ARENAS MENDOZA, Hugo. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I La Administración y su actividad. Editorial Ibañez. 2016. p 256.

⁴⁰⁴ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. P 255

⁴⁰⁵ ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

⁴⁰⁶ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Los fines del Estado y los fines con los que actúa el servidor público son el núcleo del principio de imparcialidad de la administración. Este es desarrollado por la ley 1437 de 2011 que en su artículo 3 que dispone: *“las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”*

El fin de los actos de la administración es siempre impuesto por la Constitución o la ley para el ejercicio de una concreta función administrativa. Por esta razón las autoridades competentes no pueden hacer uso de esa potestad para satisfacer otros intereses⁴⁰⁷. En consecuencia, toda función administrativa atribuida como competencia a una autoridad tiene un fin concreto para el cual fue concebida, por lo que debe existir una coherencia entre la finalidad de la competencia y la que busca el agente al hacer uso de esta facultad⁴⁰⁸.

Por ello se ha considerado que la voluntad de los actos de la administración se compone por la voluntad del legislador que establece la finalidad del ejercicio de la competencia en concreto y la voluntad subjetiva del servidor público al ejercer la función administrativa⁴⁰⁹. En consecuencia, la incoherencia entre estas voluntades produce la ilicitud de la actividad de la administración por desviación de poder.

La discrecionalidad de la administración

El ejercicio del poder público en un modelo de Estado de derecho requiere de la delimitación de estrictos límites para garantizar que este no se ejercerá arbitrariamente, por ello la función pública solo puede ejercerse dentro de los estrictos ámbitos de competencia⁴¹⁰. Con este fundamento se construye el concepto de administración reglada⁴¹¹.

⁴⁰⁷ BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Editorial Tirant lo Blanch. 2013. p 1293.

⁴⁰⁸ VIDAL PERDOMO, Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. p 300. LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. P 258.

⁴⁰⁹ DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. 2001. P 261.

⁴¹⁰ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. P. 966

⁴¹¹ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. P. 966

La actuación reglada de la administración se caracteriza en que la norma “*describe con detalle y sin dejar nada al arbitrio o a la interpretación del operador jurídico, cada uno de los eventos, de las conductas, de las formas y de los tiempos que puede realizar válidamente el agente estatal*”⁴¹². En estas actuaciones la licitud o ilicitud de los actos de la administración se valoran mediante su comparación con las reglas del texto normativo que gobierna el ejercicio del poder público. Este juicio de legalidad consiste en un ejercicio de subsunción entre el supuesto de la norma y el acto de la administración⁴¹³.

Tradicionalmente, en contraposición a los actos reglados de la administración se ha reconocido la facultad discrecional de la administración que “*surge del reconocimiento que la realidad supera el dato normativo*”⁴¹⁴, esto es, que la ley no puede prever todas las posibles situaciones que deba resolver la administración pública. Por ello se permite a la administración realizar actuaciones no previstas expresamente en la norma legal o constitucional, pero que buscan cumplir los fines constitucionales y legales de la administración para que esta no se paralice ante problemas que exigen de ella una respuesta⁴¹⁵.

El poder discrecional de la administración se presenta cuando la ley no establece los motivos que fundamentan el ejercicio de la función administrativa, de manera que “*en presencia de circunstancias de hecho determinadas, la autoridad administrativa es libre de contar esta u otra decisión*”⁴¹⁶. Así, en el ejercicio de poderes discrecionales son posibles diversas aplicaciones de la norma superior por parte de la administración a igual título y con el mismo valor jurídico sin que se pueda predicar una única solución legal⁴¹⁷. La discrecionalidad no suele ser expresa, puede deducirse del silencio de la ley y su renuncia a una mayor delimitación, o del uso de expresiones por parte del legislador como “podrá”.⁴¹⁸

⁴¹² RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. P. 966

⁴¹³ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. P. 966

⁴¹⁴ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. P 966

⁴¹⁵ Ley 1437 de 2011, ARTÍCULO 44. DECISIONES DISCRECIONALES. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

⁴¹⁶ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. p 616

⁴¹⁷ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional. 1980. p 198

⁴¹⁸ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional. 1980. p 186

No obstante, los actos discrecionales o actos reglados no pueden comprenderse como una clasificación conceptual absoluta⁴¹⁹ de los actos de la administración, pues en el ejercicio de la función administrativa se presentan grados de discrecionalidad.⁴²⁰ Asimismo, no hay potestades absolutamente discrecionales porque siempre la norma atributiva de competencia determinara tacita o taxativamente un fin jurídico que debe perseguirse mediante su ejercicio⁴²¹. Este fin somete y dirige la actuación de la administración de acuerdo con la constitución y la ley. Por ello los actos discrecionales de la administración no deben ser comprendidos como una facultad o libertad del servidor público para decidir en el sentido que quiera, sino que la decisión discrecional es aquella en la que el servidor público debe escoger la mejor opción para los intereses generales de las diferentes opciones que le concede la norma superior.

Así, la discrecionalidad administrativa es la facultad legal para adoptar decisiones que considere mejores y más apropiadas para atender los intereses públicos⁴²². Estas decisiones discrecionales deben ser razonadas y motivadas en consideraciones de mérito y oportunidad sobre circunstancias especiales y singulares⁴²³. La norma constitucional o legal determina algunas de las condiciones para el ejercicio de la potestad y le permite a la administración que configure las demás condiciones siempre en procura del interés general.⁴²⁴ Las potestades discrecionales no implican un total traslado de las facultades constitucionales y legales a la administración, esta siempre tiene límites legales y jurídicos tales como la competencia y la finalidad de los actos de la administración⁴²⁵. Dicha finalidad es el principal criterio de reconocimiento de la licitud de estas actuaciones discrecionales.

Las decisiones discrecionales se producen mediante la ponderación de las diferentes decisiones posibles al caso concreto por parte del servidor público, siempre en procura de los

⁴¹⁹ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional. 1980. p 188

⁴²⁰ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. pp 615 - 616

⁴²¹ BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Editorial Tirant lo Blanch. 2013. 1294; VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. P 514

⁴²² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 213

⁴²³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 213

⁴²⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 213

⁴²⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 213

finos concretos para los cuales le fue atribuida la competencia. Esto puesto que la legalidad de la actuación de la administración pública en las decisiones discrecionales no se soporta en la conformidad de reglas o normas cerradas que delimiten el supuesto de hecho (motivos) y la consecuencia jurídica (objeto). Estas decisiones discrecionales se fundamentan en la aplicación de normas con estructura de principio. La aplicación de principios jurídicos consiste en la consecución en la mayor medida posible de los fines de la norma dentro de las posibilidades concretas existentes⁴²⁶. Por lo que la ponderación es el método para establecer aquella mayor medida posible o mayor grado de aproximación para satisfacer los principios o fines normativos⁴²⁷.

El concepto de discrecionalidad no se satisface en su definición negativa del ámbito de decisión no reglado. El concepto de discrecionalidad de la administración debe reconocerse por la técnica de producción del derecho⁴²⁸. Este concepto es tratado en toda su profundidad por Marín Hernández quien de manera complementaria al concepto negativo parte del concepto positivo de discrecionalidad:

*“la correlativa potestad que se le confiere para valorar el interés público o colectivo en el caso concreto, efectuando ponderaciones o composiciones entre este y los derechos o intereses particulares que concurren con aquél en el supuesto específico sometido a su consideración.”*⁴²⁹

Con dicho punto de partida, luego de desarrollar los contenidos del Estado constitucional de derecho el autor acuña el siguiente concepto de discrecionalidad administrativa:

“el margen de relativa libertad decisional que el ordenamiento jurídico confiere a la administración para apreciar o integrar el interés público en el caso concreto, margen que se deriva de la expresa atribución normativa que de él se hace, o de la escasa densidad o la imprecisión de las disposiciones que regulan la actividad administrativa y que se traduce en la posibilidad de completar el supuesto de hecho imperfecto, incompleto o inacabado de la

⁴²⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 220

⁴²⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. P 220

⁴²⁸ MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional. 1980. p 188

⁴²⁹ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. p 143.

norma que atribuye la facultad, estableciendo los criterios objetivos -aun de componente extrajurídico- en que se basa la decisión mediante la cual se procura la máxima satisfacción posible del mencionado interés público a efectivizar en cada supuesto específico.”⁴³⁰

En conclusión, la discrecionalidad de la administración es una modalidad del ejercicio de la función pública que se define a partir del modelo de Estado. En el Estado social de derecho la sujeción de la administración a las normas superiores no se limita a la adecuación formal entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica. En nuestro modelo de Estado se presentan principios o fines a alcanzar en la mayor medida posible, por lo que se le conceden potestades amplias a la administración para tomar la decisión que mejor satisfaga la consecución de estos principios o fines propios de la competencia en el caso concreto. Este es el principio de legalidad en el Estado social de derecho en el que se conceden facultades discrecionales para lograr la mayor conformidad posible de las decisiones administrativas con las normas de contenido abierto en forma de principios jurídicos.

La discrecionalidad administrativa permite a la administración la posibilidad de responder ante situaciones que no pueden preverse en la estructura tradicional de supuestos de hecho y consecuencia jurídica. Situaciones de las cuales la eficacia de los derechos de los ciudadanos y la debida prestación de los servicios públicos requieren de una actuación inmediata de la administración.

La sujeción del servidor público a la finalidad prevista por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la competencia es el principal criterio para distinguir los actos discrecionales de los actos arbitrarios. En los actos discrecionales el servidor público busca la mayor satisfacción de los fines constitucionales, por el contrario, las decisiones arbitrarias o ilegales son producto del capricho o interés particular del servidor público.

La sujeción al derecho por parte de las decisiones discrecionales impone al servidor público en ejercicio de función administrativa buscar siempre la mejor decisión para lograr los fines constitucionales y legales concretos para los que les fue concedida la competencia. Cualquier otra finalidad que persiga el servidor público al ejercer la función administrativa es ilegal e

⁴³⁰ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. p 177

invalida la actuación. Por lo tanto, la actuación administrativa se torna ilícita por violación al ordenamiento jurídico en sus finalidades, esta forma de ilicitud es la desviación de poder.

La ilicitud de la actuación administrativa por desviación de poder

En el Estado social de derecho la actuación de la administración está sujeta a normas jurídicas superiores que imponen límites que determinan la licitud del acto, estos límites son la competencia, el objeto, las formalidades, la motivación y la finalidad. La deformación de la finalidad constituye la ilicitud por desviación de poder en la actuación del Estado.

La finalidad es la sujeción de la administración pública a los intereses generales, por lo que toda actuación administrativa debe ser realizada para alcanzar el fin impuesto para el ejercicio de esa competencia en concreto. La finalidad adquiere especial relevancia en los actos discrecionales de la administración, en estos a la administración se le concede la facultad de configurar algunos elementos como la forma, el objeto o la motivación al momento de emitir sus decisiones. Pero siempre las decisiones discrecionales se sujetan a la finalidad impuesta por la norma superior que debe seguir el funcionario.

La desviación de poder es la ilicitud de la actuación administrativa en los eventos en que la administración o el servidor público realizan la actuación para lograr fines distintos a los impuestos por la norma que concede la competencia ejercida⁴³¹. El fin legítimo es un presupuesto de legalidad y validez de los actos jurídicos de la administración, luego no puede tenerse por válida una actuación que no tenga por fin el interés general⁴³². El fin en las

⁴³¹ VIDAL PERDOMO, Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. p 624: “hay desvío de poder cuando se emplea una facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería otorgarla”; BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Editorial Tirant lo Blanch. 2013. 1294; VEDEL, Georges. Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Aguilar. 1980. P 1293: “ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los fijados en la norma que atribuye a la administración a potestad exorbitante”. LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 260: “El fin perseguido por el autor del acto no es el que la ley quiere”; PENAGOS VARGAS, Gustavo. Nulidades y acciones del acto administrativo. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p 117: “la administración ha usado de sus poderes en un fin diferente de aquel en virtud de la cual le fueron conferidos”; MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. P 310: “la administración debe querer y buscar apartarse del fin legalmente fijado como norte de la facultad que ejercita, para incurrir en desviación de poder”

⁴³² SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 499

potestades discrecionales es un elemento sujeción de la actuación administrativa al derecho⁴³³.

Este concepto de desviación de poder es asumido y uniforme en la jurisprudencia de la Corte Constitucional⁴³⁴ y el Consejo de Estado⁴³⁵.

⁴³³ MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. p 291

⁴³⁴ Corte Constitucional, sentencia C-456, de 2 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell: “Diferentes autores nacionales y extranjeros y la jurisprudencia del Consejo de Estado de Francia y de Colombia se han ocupado de la elaboración, en el campo del derecho administrativo, de la institución de la desviación de poder, la cual comporta el ejercicio de una competencia atribuida a un órgano estatal en desarrollo de la función administrativa, que se utiliza con un propósito diferente a la satisfacción de los fines públicos en vista de los cuales aquella fue otorgada. En consecuencia, el vicio de la desviación de poder en la expedición de un acto administrativo se presenta, cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia.”

Concepto reiterado por las decisiones C-128 de 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, sentencia T-265 de 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio, C-324 del 13 de mayo de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez, C-561 del 2 de septiembre de 2015, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁴³⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de noviembre de 2009, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09), actor: Silvio Elías Murillo Moreno.:

“La Sala señala, que la desviación de poder es el vicio que afecta la finalidad del acto administrativo, bajo el entendido que el fin que el acto persigue configura un requisito que hace a su legalidad y que debe hallarse en el marco de la función administrativa y del ordenamiento jurídico; entonces, este vicio se configura, cuando se está ante la presencia de una intención particular, personal o arbitraria de un sujeto que actúa a nombre de la Administración, en la búsqueda de un fin opuesto a las normas a las que debe someterse.”

Reiterada en sentencias del Consejo de Estado en, Sección Quinta, de 8 de marzo de 2018, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 25000-23-24-000-2005-01532-01, actor: Compañía Suramericana de Servicios de Salud; Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2018, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00328-00, actor: Jaime Orlando Salazar Chávez; Sección Primera, sentencia del 3 de octubre de 2019, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00359-00, 11001-03-24-000-2007-00369-00, 11001-03-24-000-2007-00373-00 (acumulados), actor: Diego Muñoz Tamayo; Sección Quinta, sentencia del 12 de diciembre de 2019, Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación: 11001-03-28-000-2019-00028-00, Actor: Partido de Reivindicación Étnica; Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2019, radicación: 20001-23-33 000-2013-00189-02(0881-17), Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, actor: Rafael Emilio Aponte Valverde; Sección Segunda, sentencia del 17 de octubre de 2019, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 50001-23-33-000-2013-00127-01(2067-14). Actor: Luz Mireya González Perdomo; Sección Segunda, sentencia del 6 de junio de 2019, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, radicación: 50001-23-33-000-2014-00058-01(1144-16), actor: Fabio Alexander Rodríguez Sánchez; Sección Segunda, sentencia del 23 de septiembre de 2019, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 52001-23-33-000-2013-00054-01(0992-15), actor: Édgar Gerardo Rosero Pérez

Por tratarse de una deformación de la finalidad de los actos jurídicos de la administración, la desviación de poder deviene en la ilegalidad material⁴³⁶ ya sea del acto administrativo⁴³⁷, del contrato estatal⁴³⁸ o de la operación administrativa⁴³⁹. Esta es una valoración de legalidad e ilicitud de la actuación, la desviación de poder no valora la inmoralidad de la actuación.⁴⁴⁰

Los actos viciados por desviación de poder suelen ser formalmente legales⁴⁴¹, esto significa que puede ser conforme a derecho la competencia, el objeto o contenido de este, el procedimiento, incluso los motivos o supuestos de hecho, pero la incoherencia entre la finalidad impuesta por la norma y la finalidad seguida por el funcionario deviene en ilicitud material del acto jurídico de la administración. Así, siempre que en el ejercicio de la función administrativa se persiga el cumplimiento de fines distintos a los señalados por la norma superior, se infringe el ordenamiento jurídico⁴⁴².

⁴³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis: “Cabe precisar al respecto que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo de la actividad de la administración. Así ellas no se limitan al control de la regularidad formal de los actos y contratos, sino también a comprobar la regularidad material de los mismos, es decir la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, bien desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si esta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia”

Corte Constitucional, sentencia T-265 de 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio: “En síntesis el control material del acto administrativo por parte de la jurisdicción contencioso administrativa debe comprender no sólo la conformidad de éste con la ley (violación de la ley), y la inexactitud de los motivos (falsa motivación), sino también la legitimidad de su finalidad (desviación de poder), todo ello desde la perspectiva de la Carta Política.”

⁴³⁷ Ley 1437 de 2011, artículo 137: “Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o *con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió*.”

⁴³⁸ Ley 80 de 1993, artículo 44: “DE LAS CAUSALES DE NULIDAD ABSOLUTA. Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

3o. Se celebren con abuso o desviación de poder”

⁴³⁹ En la dogmática del derecho administrativo la operación administrativa es controlada mediante la reparación directa en la que es relevante que esta sea antijurídica y le sea imputable a un daño actual y cierto con consecuencia jurídica indemnizatoria. Pero en todo caso, de estas actuaciones también puede predicarse la licitud o ilicitud cuando el funcionario actúa en procura de intereses personales o ajenos al propio de la competencia que ejerce, por ejemplo, para valorar la infracción a la norma disciplinaria o a la norma penal.

⁴⁴⁰ BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Editorial Tirant lo Blanch. 2013. p 1295

⁴⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.: “La figura de la desviación de poder-détournement de pouvoir- usada en Francia en 1869, señalaba algunos casos de ‘desviación del poder de policía conferido a la Administración’, en la que incurriría el agente administrativo que ‘cumpliendo un acto de su competencia y siguiendo las formas prescritas por la legislación’, utilizaba ‘su poder discrecional para un caso y por motivos distintos de aquellos en relación a los cuales tal poder le había sido conferido’”

⁴⁴² Corte Constitucional, sentencia C-561 del 2 de septiembre de 2015, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa: “Según lo ha reiterado esta Corporación, la alegada desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos “Consiste en el hecho de que una autoridad administrativa, con la competencia suficiente para dictar un acto ajustado, en lo externo, a las ritualidades de forma, lo ejecuta, no en vista del fin para el cual se le ha investido de esa competencia, sino para otro distinto”

Por consiguiente, el primer requisito para que se predique la ilicitud de la actuación administrativa por desviación de poder es que el servidor público ejerza una competencia debidamente conferida⁴⁴³. Por esta razón, los supuestos en que el servidor público actúe sin competencia o desbordando la misma son actos ilícitos por falta de competencia mas no por desviación de poder, puesto que no es posible verificar cuál es el fin concreto de la competencia ya que esta no se presenta. Por tanto, la actuación será ilícita por falta de competencia sin que sea relevante para el ilícito administrativo las intenciones del servidor público por desviadas que sean puesto que no puede desviar el poder quien no lo tiene⁴⁴⁴.

Luego de verificar la competencia del servidor público⁴⁴⁵, en el juicio de desviación de poder se debe determinar dos aspectos de la actuación administrativa, el primero es el fin concreto para el que fue conferida la competencia ejercida y el segundo la intencionalidad o finalidad del servidor público al ejercer la competencia⁴⁴⁶.

La finalidad de la competencia ejercida se establece a partir de un ejercicio interpretativo de la norma. En ocasiones la norma establece de manera expresa sus fines, pero sucede también que se requiere un ejercicio hermenéutico que determine según la Constitución o la ley, cuál

⁴⁴³ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. pp 262-263

⁴⁴⁴ RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016. p 967

⁴⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2018, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00328-00, actor: Jaime Orlando Salazar Chávez: “Por ende, su declaración precisa acreditar tanto (i) la competencia del ente que expide el acto, como (ii) el cumplimiento de las formalidades legalmente impuestas, y en especial (iii) el fin torcido o espurio que persiguió la autoridad al promulgar la decisión cuestionada, distinto al señalado por la ley para el caso concreto.”

⁴⁴⁶ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 624; LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. pp 291-292; DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. 2001. pp 261-262; MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. p 310.

Corte Constitucional, sentencia T-265 de 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio: “Corresponde, entonces, al juez administrativo comprobar la regularidad material del acto, es decir “la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, o desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si ésta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia.”

es el resultado pretendido del acto⁴⁴⁷ o las metas que se deben lograr⁴⁴⁸ con el ejercicio de esa competencia⁴⁴⁹.

Esta finalidad nunca puede ser preestablecida por la misma administración en ejercicio puesto que, la finalidad es la columna de la legalidad en el ejercicio de las potestades discrecionales de la administración⁴⁵⁰. La finalidad es determinada previamente por la norma superior que somete el ejercicio de la función administrativa. Por ello la desviación de poder puede ser el resultado de un error de derecho por parte del servidor público que interpreta equivocadamente la finalidad de la ley y en consecuencia procura conseguir un fin distinto al propio de la competencia⁴⁵¹.

Una vez verificado el fin impuesto por el derecho para el ejercicio de la respectiva competencia, se deben constatar los fines que el servidor público pretendía alcanzar⁴⁵². De modo que, si estos corresponden con los determinados para el ejercicio de la competencia, la actuación administrativa será conforme a derecho en su finalidad. Por el contrario, de no haber identidad entre los fines buscados por el servidor público y los fines propios de la competencia, la actuación administrativa será ilícita por desviación de poder⁴⁵³.

En algunas ocasiones el fin ilícito perseguido por la actuación administrativa puede percibirse en el mismo acto, pero en otras este ha sido disimulado por el servidor público que persigue intereses distintos al legítimo por lo que nos encontramos ante un ilícito eminentemente

⁴⁴⁷ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 258

⁴⁴⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 402

⁴⁴⁹ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. P 624

⁴⁵⁰ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 261

⁴⁵¹ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 261

⁴⁵² VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. p 624; LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 263; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 402

⁴⁵³ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de noviembre de 2009, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09), actor: Silvio Elías Murillo Moreno.: “impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración, lo que a su turno implica la demostración del iter desviatorio para quien la alega como causal de anulación, en el sentido de que debe aparecer acreditado fehacientemente que la autoridad nominadora actuó con fines personales, a favor de terceros o influenciado por una causa adversa al cumplimiento efectivo de los deberes públicos, que el ordenamiento legal le obliga observar.”

subjetivo producido al interior de las personas naturales⁴⁵⁴. El ilícito se ubica en un dato psicológico⁴⁵⁵, este se halla en la esfera interna del servidor público y que concreta la ilicitud al exteriorizarse en el ejercicio de la función administrativa para procurar fines prohibidos.

De acuerdo con los motivos ilegales que pueda tener el servidor público se clasifican las modalidades de la desviación de poder⁴⁵⁶ en dos clases principales⁴⁵⁷. La primera corresponde al servidor público que persigue fines particulares para si o para un tercero, por ejemplo, fines económicos, políticos, ideológicos, religiosos, de amistad o enemistad entre otros. La segunda clasificación corresponde a supuestos en que el servidor público procura la consecución de fines públicos o estatales diferentes a los previstos para la respectiva competencia⁴⁵⁸, en ambos supuestos la actuación es ilícita por desviación de poder.⁴⁵⁹

La actividad contractual del Estado se desarrolla a partir de diferentes manifestaciones de la administración pública, tal como lo es el contrato estatal, los actos administrativos previos o posteriores a la celebración del contrato y las operaciones administrativas propias de la ejecución de los actos o del contrato estatal. El ejercicio de dichas formas de actuación administrativa está sujeto al cumplimiento de los fines concretos para los que se concede la competencia, por lo que todas son susceptibles de ilegalidad por desviación de poder de configurarse los elementos de esta forma de ilicitud.

⁴⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 500

⁴⁵⁵ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 293

⁴⁵⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 501

⁴⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-128 de 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis: “La jurisprudencia y la doctrina clasifican generalmente en dos grupos las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, a saber, aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público –venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a las que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.”

⁴⁵⁸ Un ejemplo recurrente en la doctrina se refiere a las autoridades de tránsito que promueven o imponen multas por infracciones de tránsito con el fin de procurar recursos para la entidad estatal y no con el fin de la competencia que es garantizar la movilidad en el tráfico de rodado.

⁴⁵⁹ VIDAL PERDOMO. Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Décimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016. p 625; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017. p 501; MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007. p 311; PENAGOS VARGAS, Gustavo. Nulidades y acciones del acto administrativo. Ediciones Doctrina y Ley. 1996. p 119-122; LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 271; BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Editorial Tirant lo Blanch. 2013. pp 1294-1295

Finalmente, frente a las dificultades teóricas y prácticas que tiene establecer el ilícito de la actuación administrativa desde la esfera interna del servidor público⁴⁶⁰, cabe preguntarse por qué tiene relevancia para el derecho los fines ocultos de quien ejerce la función administrativa cuando esta es conforme a derecho en sus aspectos objetivos de competencia, procedimiento, motivación y objeto.

La intencionalidad con la que el servidor público ejerce la función administrativa resulta relevante a todo Estado social de derecho por cuanto este modelo de Estado tiene en su esencia la eficacia de los derechos de las personas con sujeción a los principios y reglas del ordenamiento jurídico. Las intenciones desviadas del servidor público afectan ambos pilares, tanto el Estado de derecho por cuanto la actividad de la administración no se sujeta a los fines estatales, así como la eficacia de los derechos por cuanto se pone en peligro o afecta la eficacia y la eficiencia de la acción estatal dirigida al logro de estos fines.

Esta deformación del correcto ejercicio de la función administrativa también es denominada corrupción, esta es *“una desviación de poder contraria al interés general (A), en la que tienen participación los órganos del Estado (B)”*⁴⁶¹. La corrupción tiene su mayor foco en la actividad contractual del Estado, con el indeseable efecto de elevar los costos de las prestaciones estatales y la no ejecución de los contratos⁴⁶². La imparcialidad o la intención del servidor público de solo procurar el interés general en la actuación estatal protege la función administrativa de estos efectos nocivos de la corrupción.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2019, radicación: 20001-23-33 000-2013-00189-02(0881-17), Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, actor: Rafael Emilio Aponte Valverde: “la demostración de una desviación de poder impone un análisis que trasciende la órbita de lo objetivo y formal del acto censurado, para trasladarse a la esfera estrictamente subjetiva de las personas que llevan la representación de la Administración”. Reiterada en Sección Segunda, sentencia del 23 de septiembre de 2019, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 52001-23-33-000-2013-00054-01(0992-15), actor: Édgar Gerardo Rosero Pérez.

⁴⁶¹ HENAO, Juan Carlos y ZARATE, Anibal Rafael, Estudio preliminar. Corrupción, Estado e instrumentos jurídicos: la necesidad de un enfoque integral en la lucha contra la corrupción. En: HENAO, Juan Carlos y ZARATE, Anibal Rafael (eds.). Corrupción en Colombia, Tomo IV corrupción, Estado e instrumentos jurídico. Universidad Externado de Colombia. 2018. p 20

⁴⁶² SAFAR DIAZ, Monica Sofia. Contratación pública y corrupción. En: HENAO, Juan Carlos y ZARATE, Anibal Rafael (eds.). Corrupción en Colombia, Tomo IV corrupción, Estado e instrumentos jurídico. Universidad Externado de Colombia. 2018. p 170

⁴⁶³ SAFAR DIAZ, Monica Sofia. Contratación pública y corrupción. En: HENAO, Juan Carlos y ZARATE, Anibal Rafael (eds.). Corrupción en Colombia, Tomo IV corrupción, Estado e instrumentos jurídico. Universidad Externado de Colombia. 2018. p 170

Asimismo, en el Estado social de derecho se debe asegurar el control sobre la administración que tiene enormes poderes para cumplir sus fines⁴⁶⁴, por lo que no puede haber poderes públicos que no estén sometidos en su integridad a la Constitución Política⁴⁶⁵. La prohibición de desviación de poder es un mecanismo para asegurar el control de la administración pública.

La desviación de poder tiene trascendencia para el derecho porque el correcto ejercicio de la función administrativa en el uso de facultades discrecionales requiere de la garantía de un servidor público imparcial para lograr el interés general. De otra manera, el interés general carece de mecanismos para imponerse ante el interés particular cuando el servidor público ejerce sus funciones en provecho propio o de terceros; al derecho le preocupa enormemente alcanzar el interés general en todas sus actuaciones⁴⁶⁶.

El riesgo jurídicamente desaprobado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos

Distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo

El riesgo jurídicamente desaprobado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos se determina a partir de la regulación del ejercicio de facultades administrativas discrecionales. Esta regulación establece el riesgo permitido y el riesgo desaprobado por ilicitud de los actos de la administración en supuestos de desviación de poder.

⁴⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-456, de 2 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell: “Es de observar, que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción de lo contencioso administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo a la actividad de la administración, sea esta discrecional o reglada, si se repara que ésta se desarrolla mediante el ejercicio de privilegios o prerrogativas propios del sistema administrativo que implican que ella pueda acudir a la autotutela, es decir, tanto a la imposición unilateral de obligaciones a los administrados (privilegio de la decisión previa), como al cumplimiento forzado de éstas (privilegio de la acción de oficio), sin intervención judicial. De este modo la rigurosidad del referido control es precisamente la contraprestación que la administración debe pagar por el ejercicio de dichas prerrogativas y su sometimiento a la legalidad.”

⁴⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-265 de 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio : “La consecuencia práctica de la abolición de los poderes omnímodos en un Estado de derecho es que siempre que se actúe en ejercicio de una potestad de este carácter debe como mínimo expresarse los hechos y causas que llevan a la autoridad a tomar la decisión, así como su adecuación a los fines de la norma que la consagra. Esto garantiza el respeto por el debido proceso de los destinatarios de la decisión que se adopta. Por tanto, la existencia de facultades discrecionales no necesariamente riñe con la Constitución.”

⁴⁶⁶ LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004. p 259

El riesgo permitido lo establece la regulación del derecho administrativo, pero, es necesario tener delimitado el injusto administrativo del injusto penal puesto que no puede igualarse la desviación de poder en la actividad contractual del Estado con el injusto penal de interés indebido en la celebración de contratos.

La diferencia entre el injusto penal y el injusto administrativo radica en los criterios de imputación de lo ilícito. Estos criterios son las garantías de cada sistema sancionatorio que establecen una diferencia cualitativa⁴⁶⁷ entre dichos injustos. De modo que el derecho penal tiene la finalidad de proteger bienes jurídicos concretos de lesión o puesta en peligro mediante la imputación individual. Por su parte el objetivo del derecho administrativo es ordenar de modo general sectores de la actividad estatal y no le interesa la lesividad a bienes jurídicos, de estas finalidades se desarrollan los diferentes sistemas de garantías.⁴⁶⁸

En consecuencia, la regulación sobre el ejercicio de las funciones discrecionales en la actividad contractual del Estado y la desviación de poder como deformación del elemento finalidad de los actos jurídicos de la administración debe filtrarse por las garantías y principios penales para determinar el riesgo jurídicamente desaprobado en el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

El riesgo permitido en el ejercicio de facultades discrecionales en la actividad contractual del Estado

El riesgo permitido en el ejercicio de potestades discrecionales de la administración en la actividad contractual del Estado consiste en que el servidor público en ejercicio de sus funciones debe procurar el interés general y en concreto los fines constitucionales o legales para los cuales le fue conferida la competencia. Mientras el servidor público procure los intereses generales y los fines para los que les fue conferida la competencia, este se mantendrá en una actuación lícita desde la perspectiva de la finalidad del acto jurídico de la administración, por el contrario, si el servidor público ejerce la función administrativa para

⁴⁶⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal, Editorial B de F. 2006. p 136

⁴⁶⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal, Editorial B de F. 2006. pp 136-139

conseguir fines diferentes a los debidos, incurrirá en desviación de poder como deformación e ilicitud de la actuación administrativa.

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos describe una conducta de desviación de poder. Por ello, la prohibición del tipo penal se determina a partir de la delimitación de la regulación administrativa de desviación de poder por los principios de responsabilidad penal.

El concepto de desviación de poder impone que la conducta prohibida por el tipo penal solo se realiza al momento de ejercerse la función administrativa, esta puede suceder en la expedición de un acto administrativo, la celebración de un contrato o la ejecución de una operación administrativa. Por lo que actos del servidor público que no impliquen el ejercicio de funciones administrativas no serán constitutivas de riesgo jurídicamente desaprobado del delito de interés indebido en la celebración de contratos, lo que no es óbice para que constituyan otro delito como el cohecho propio o impropio.

En consecuencia, el conflicto de intereses⁴⁶⁹ y su indebida no declaración por parte del servidor público no constituyen una creación de riesgo jurídicamente desaprobado respecto del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos puesto que aún no se ha ejercido función administrativa alguna.

Igualmente, el concepto normativo de desviación de poder ubica la ilicitud exclusivamente sobre los fines con los que se ejerce la función administrativa, por lo que defectos en la motivación, forma, objeto o incluso competencia de la actividad contractual del Estado no constituyen un riesgo jurídicamente desaprobado por desviación de poder. Dichos defectos que no se corresponden con la finalidad de los actos estatales pueden ser constitutivos de otros delitos como el delito de prevaricato o el delito de contrato sin el cumplimiento de requisitos legales.

⁴⁶⁹ Ley 1959 de 2019, artículo 44. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.

La garantía penal de la responsabilidad por el acto impone que la conducta de desviación de poder solo puede suceder en el ejercicio de potestades discrecionales de la administración. Por lo que no se crean riesgos jurídicamente desaprobados en el ejercicio de potestades reglamentarias para el delito de interés indebido en la contracción así el servidor público lo realice con las peores intenciones. La razón para ello es que los actos jurídicos de la administración cuando son reglados no dejan lugar a que se manifieste en ellos los fines indebidos del servidor público. En el ejercicio de facultades regladas la producción del acto es un imperativo del derecho sin que tengan relevancia las intenciones del servidor público. Por consiguiente, no constituye creación de riesgo jurídicamente desaprobado una intención que no tiene efecto en el ejercicio de la función administrativa, de lo contrario se sancionarían simples pensamientos.

Debe tenerse en cuenta que la discrecionalidad es una cuestión de grados, esto significa que algunos aspectos del acto pueden estar reglados y otros no. Así se presentan actos jurídicos de la administración que son absolutamente reglados, en estos actos no puede suceder la desviación de poder sancionada en el derecho penal puesto que la actuación administrativa se tiene que producir sin dar opciones de decisión al servidor público.

La valoración del riesgo jurídicamente desaprobado en actos de la administración que son más o menos reglados requiere determinar en qué aspectos son reglados y en qué aspectos son discrecionales. Así, el juzgador debe constatar que el servidor público al momento de ejercer la función administrativa tenía la opción legal de tomar una decisión diferente en cuanto al procedimiento, la oportunidad, la motivación o el contenido de la decisión, de ser negativa la respuesta, estamos ante un acto reglado del cual no es posible predicar penalmente la desviación de poder. Asimismo, la ilicitud de estos actos reglados son riegos desaprobados de prevaricato, contratos sin cumplimiento de requisitos legales entre otros delitos que guardan la integridad formal de los actos jurídicos del Estado, más no cabe teóricamente la desviación de intereses.

Los elementos del juicio de desviación de poder son que el servidor público i) ejerza una competencia, ii) se determine la finalidad concreta prevista para la competencia ejercida iii) el servidor público pretenda conseguir fines distintos a los previstos para la competencia que

se ejerce. Estos requisitos establecen cada uno criterios normativos de imputación del riesgo jurídicamente desaprobado respecto del delito interés indebido en la celebración de contratos.

En consecuencia, no será autor del delito de interés indebido en la celebración de contratos el servidor público que ejerza una función administrativa con falta de competencia para la misma puesto que no puede incurrir en desviación de poder quien carece del mismo. Las actuaciones viciadas por falta de competencia pueden estar inmersas en otras conductas delictivas como el abuso de función pública⁴⁷⁰ o el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, más no incurrirá en la conducta descrita por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

Determinar la finalidad impuesta por la Constitución o la ley al ejercicio de la competencia es un elemento que difiere en el injusto penal del injusto administrativo. En el derecho administrativo el proceso de interpretación a la norma que confiere la competencia para determinar el fin de esta recae exclusivamente sobre la norma jurídica y se realiza de manera posterior a la realización del acto jurídico de la administración, de manera ex post, puesto que el juicio recae sobre un acto de la administración y su legalidad. En lo que respecta al juicio penal del riesgo jurídicamente desaprobado por desviación de poder respecto del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, la finalidad de la competencia debe determinarse desde la perspectiva del servidor público al momento de realizar la conducta, esto es, de manera ex ante, puesto que el principio de legalidad en materia penal impone que el sujeto motive su conducta a partir de la previsión de la ilicitud⁴⁷¹. Por ello, la determinación del riesgo jurídicamente desaprobado en este delito requiere precisar la finalidad de la competencia al momento de realizarse la conducta, por lo que desarrollos posteriores sobre el contenido normativo de las normas de la competencia no deben comprenderse en este juicio.

La regulación del derecho administrativo ha requerido para considerar la ilicitud por desviación de poder iii) la constatación que el servidor público busca fines distintos a los previstos para el ejercicio de la respectiva competencia. Esta ilicitud administrativa se

⁴⁷⁰ Artículo 428, Código Penal. Véase Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de febrero de 2020. Magistrado ponente: Eyder Patiño Cabrera. Radicado 51.094.

⁴⁷¹ REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005. pp 144-145; CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004. pp 70-71

presenta tanto para casos en que el servidor público pretenda alcanzar fines particulares, así como supuestos en los que el servidor público busca intereses públicos o estatales diferentes a los previstos específicamente para la competencia.

El tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos establece que el interés tiene por objeto el provecho propio o de un tercero. Esta expresión “tercero” permite dos interpretaciones respecto a la limitación del riesgo jurídicamente desaprobado. La primera interpretación incluye como tercero al Estado y torna en típico todo interés distinto al previsto para la competencia, supuesto que no compartimos porque tipifica aquellas conductas en las que el servidor público actúa procurando intereses estatales con la convicción de ser el interés debido. Esto porque el servidor público que cree procurar intereses generales no afecta su imparcialidad.

Consideramos que el tipo penal al emplear la expresión provecho propio o de un tercero limita el riesgo jurídicamente desaprobado solo a aquellos supuestos en los que el servidor público persigue intereses particulares dejando por fuera del ámbito del derecho penal los casos en los que el servidor público persigue intereses públicos diferentes a los debidos.

Conclusiones del capítulo III

La finalidad es un elemento de validez y licitud en el ejercicio de funciones administrativas discrecionales. La finalidad se deforma y es ilícita en eventos de actos de desviación de poder, esta es la conducta prohibida en la actividad contractual por parte del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos.

El riesgo tolerado en el ejercicio de funciones discrecionales es establecido por la regulación del derecho administrativo. Este establece que el servidor público en ejercicio realice todos sus actos dirigidos a la consecución de los intereses generales y en concreto los fines impuestos para la competencia ejercida. Por su parte, la desviación de poder es la deformación del aspecto finalidad de los actos de la administración. En consecuencia, la regulación sobre desviación de poder establece los parámetros del riesgo no permitido en el tipo penal de interés indebido en la contratación.

Es necesario acotar que no debe confundirse el injusto administrativo con el injusto penal. Cada uno de estos injustos tiene sus criterios de imputación del ilícito de acuerdo con sus propias finalidades. Las garantías penales delimitan el riesgo jurídicamente desaprobado de desviación de poder como conducta penalmente prohibida. Asimismo, la ilicitud en la actuación administrativa no deviene automáticamente en la ilicitud de la conducta penal. La creación de riesgos jurídicamente desaprobados requiere necesariamente de la incorporación de los principios jurídicos penales en el juicio sobre la licitud de la conducta.

El riesgo jurídicamente desaprobado descrito por el tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos consiste en el ejercicio de funciones administrativas discrecionales por parte del servidor público, es desaprobado en cuanto el servidor público persigue finalidades particulares y no las impuestas por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la competencia.

El riesgo jurídicamente desaprobado de desviación se concreta en criterios de imputación del delito. Se requiere que el servidor público ejerza una competencia, en consecuencia, no infringe la prohibición penal el simple conflicto de intereses. En supuestos de falta de competencia no se incurre en el riesgo prohibido del tipo penal en estudio. Igualmente, estas competencias ejercidas deben ser discrecionales porque respecto de actos reglados las intenciones indebidas del servidor público no tienen la posibilidad de manifestarse en la actuación administrativa y por ello no son objeto de valoración del derecho penal.

En los supuestos en los que el servidor público pretenda lograr fines estatales distintos a los previstos por la competencia no hay lugar a la imputación del tipo penal porque de manera ex ante el servidor público se mantiene fiel a su deber de imparcialidad de perseguir los fines estatales debidos. Igual sucede con la perspectiva de valoración de la finalidad debida, esta debe realizarse desde la perspectiva del servidor público al momento de realizar la conducta.

CAPÍTULO IV

LA ANTIJURIDICIDAD EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

Introducción, la categoría de la antijuridicidad

El código penal colombiano estructura el injusto penal en dos niveles valorativos, la tipicidad y la antijuridicidad. Su constatación solo sucede una vez se ha verificado la conducta típica⁴⁷². La antijuridicidad consiste en un juicio de contradicción de la conducta con todo⁴⁷³ el ordenamiento jurídico⁴⁷⁴ desde la perspectiva del bien jurídico tutelado⁴⁷⁵. El injusto se diferencia de la antijuridicidad en cuanto esta es un predicado de la conducta típica que puede ser o no ser, mientras que el injusto es un sustantivo para referirse a la conducta típica y antijurídica⁴⁷⁶.

La categoría de la antijuridicidad se compone por dos aspectos inescindibles, un aspecto formal y un aspecto material⁴⁷⁷. La antijuridicidad en su aspecto formal consiste en la contradicción entre la conducta y el ordenamiento jurídico⁴⁷⁸, mientras que la antijuridicidad en su aspecto material valora la ofensa al bien jurídico⁴⁷⁹. Dentro de la valoración de la ofensa al bien jurídico se desarrollan los conceptos de lesión o de peligro como formas en las que las conductas típicas afectan el objeto de protección penal y se hacen merecedoras de pena⁴⁸⁰ por tratarse de actos especialmente graves⁴⁸¹.

⁴⁷² MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 298

⁴⁷³ AGUDELO BETANCUR, Nodier. Curso de derecho Penal, esquemas del delito, cuarta edición, Ediciones Nuevo Foro, Medellín, 2010. p 62

⁴⁷⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 298

⁴⁷⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 300

⁴⁷⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 300

⁴⁷⁷ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 558

⁴⁷⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. P 301; ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 558

⁴⁷⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. p 301; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011. pp 23-25; ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 558.

⁴⁸⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. p 301

⁴⁸¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011. pp 33-34

La antijuridicidad dota de unidad y coherencia al ordenamiento jurídico⁴⁸², esta integra las normas del ordenamiento jurídico al derecho penal. La antijuridicidad establece los criterios de lesividad a los bienes jurídicos y los armoniza con las normas permisivas extrapenales⁴⁸³. También permite diferenciar el derecho penal de otras ramas del ordenamiento jurídico que no se ocupan de las lesiones a bienes jurídicos ni las penas.

Planos valorativos diferentes

Es necesario preguntarse por el fundamento de tal distinción de tipicidad y antijuridicidad en el injusto penal. Esto porque a primera vista podría una categoría abarcar a la otra de modo que se formulase el injusto penal como una sola unidad, sin que se presenten situaciones de tipicidad como adecuación de la conducta a la norma penal, pero no antijurídicas, es decir lícitas. Conductas típicas, pero no antijurídicas puede parecer una contradicción. Tal contradicción no existe, el injusto penal es la infracción a la norma penal, la conducta típica por sí misma no constituye el injusto y a falta de antijuridicidad, la conducta es lícita para el ámbito penal, a pesar de haberse adecuado al tipo penal.

El fundamento de la distinción entre tipicidad y antijuridicidad son los diferentes planos valorativos⁴⁸⁴ que imponen la vigencia de los principios de estricta legalidad⁴⁸⁵ y de lesividad. El principio de legalidad requiere de un ejercicio interpretativo de tendencia restrictiva, mientras que el principio de lesividad requiere de consideraciones axiológicas de acuerdo con valores jurídicos y sociales que determinen la concreta dañosidad social⁴⁸⁶. Con la tipicidad y la antijuridicidad como niveles de valoración que componen el injusto penal se logra superar la inflexibilidad valorativa del tipo penal que busca elementos definidores del comportamiento⁴⁸⁷. También se logra relativizar la conducta desde la perspectiva axiológica lo cual permite la vigencia de los principios constitucionales de proporcionalidad y

⁴⁸² ZAFFARONI, Raúl. Manual de Derecho Penal, parte general, Segunda Edición, Editorial Ediar. 2006. pp 459-462; FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, parte general, teoría del delito y de la pena, Vol 1, Editorial Ibañez. 2011. p 58

⁴⁸³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011. pp 26-25

⁴⁸⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011. Pp 86-92

⁴⁸⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 286

⁴⁸⁶ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 286

⁴⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011. p 87

necesidad⁴⁸⁸, en consecuencia, permite la conformidad constitucional de las decisiones penales⁴⁸⁹.

La categoría de la antijuridicidad en el código penal colombiano

El artículo 9 del código penal establece los requisitos para la punibilidad de la conducta, entre ellos la antijuridicidad precedida de la tipicidad y seguida de la culpabilidad. Esta norma interpretada en conjunto con el artículo 7 del código penal que describe el régimen de la responsabilidad penal en la valoración del injusto, la culpabilidad y las consecuencias jurídicas del delito, permite afirmar que el injusto penal es compuesto por la tipicidad y la antijuridicidad⁴⁹⁰.

La categoría dogmática de la antijuridicidad es un juicio a la conducta descrito por el artículo 11 del código penal así: *“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.”*. Del contenido de la norma rectora se extraen tres elementos del juicio de antijuridicidad. El primero, el juicio de antijuridicidad solo tiene por objeto una conducta típica, el segundo, la disposición legal incorpora el juicio de lesividad sobre el bien jurídico, y el tercero, la norma requiere que no se presente una justa causa⁴⁹¹.

El juicio de antijuridicidad solo se realiza sobre conductas típicas

La antijuridicidad solo es predicable de la conducta típica⁴⁹², por lo que su valoración no se realiza en conductas que no realicen la conducta descrita por el tipo penal.

⁴⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de la antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011. p 87

⁴⁸⁹ ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. pp 558-561

⁴⁹⁰ SAMPREDO ARRUBLA, Camilo. La antijuridicidad. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. p 459: *“Una vez verificada la tipicidad de una conducta, el intérprete debe, para lograr la punibilidad, determinar su antijuridicidad, para luego establecer la culpabilidad.”*

⁴⁹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya, radicado 40.089: *“De esta fórmula se sigue que la antijuridicidad exige la superación de la simple oposición entre la conducta realizada y el derecho penal. Es necesario, además, que de manera efectiva ponga en peligro o lesione sin justa causa el bien jurídico objeto de protección.”*

⁴⁹² REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. p 158; SAMPREDO ARRUBLA, Camilo. La antijuridicidad. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. p 459.

Esta distinción del código penal entre tipicidad y antijuridicidad permite asumir que la tipicidad es un juicio de vulneración de la norma penal con una interpretación restrictiva, mientras que la antijuridicidad valora la infracción de la norma desde una perspectiva extensiva o valorativa. Así, la distinción de ambas valoraciones se fundamenta en permitir al intérprete ambas perspectivas interpretativas que garanticen plenamente la racionalidad en las decisiones sobre el injusto penal. Esto no quiere decir que el tipo penal sea una estructura objetivo formal carente de valoraciones, y la antijuridicidad por su parte sea una estructura valorativa que no atiende a reglas. La distinción propuesta es una cuestión de tendencia en la comprensión de las normas penales, que procura la eficacia de la norma penal y sus garantías tanto en sus contenidos formales como materiales.

La categoría de la antijuridicidad en el código penal incorpora dos elementos en su juicio, la lesividad y la justa causa.

El juicio de lesividad

El artículo 11 del código penal establece el juicio de lesividad de la conducta típica al requerir que esta lesione o ponga en peligro efectivo el bien jurídico protegido por la ley penal⁴⁹³. Este requisito armoniza el injusto penal con las normas constitucionales puesto que exige una contradicción material con el ordenamiento jurídico superior, esto es un menoscabo efectivo a las condiciones de goce de los derechos de las personas para considerar prohibida la conducta realizada⁴⁹⁴.

⁴⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 13 de mayo de 2009, magistrado ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 31.362: *“Del concepto así expresado se destaca entonces la trascendencia que tiene la noción de lesividad en el derecho penal, por la cual, como sistema de control lo hace diferente de los de carácter puramente ético o moral, en el sentido de señalar que, (...) el principio de lesividad ha de operar no en la fase estática de la previsión legislativa, sino en la dinámica de la valoración judicial de la conducta, habida cuenta que el cambiante mundo de las interferencias comunicativas de las que se ha hablado hace que vivencialmente, en un momento socio histórico determinado, ciertos actos tengan una específica significación social que los hacen dañinos por la potencialidad que tienen de afectar un ámbito de interrelación, como la convivencia pacífica en éste caso, o que el mismo comportamiento no tenga la virtualidad de impresionar las condiciones que la permiten en un ámbito temporo espacial diferente”*

⁴⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-205 del 11 de marzo de 2003, Magistrada Ponente: Clara Inez Vargas Hernández: *“Así pues, únicamente pueden ser tipificadas conductas que afecten un bien jurídico con relevancia constitucional.”*; sentencia c 181 del 13 de abril de 2016, Magistrada Ponente: Gloria Estella Ortiz Delgado: *“Conforme a lo anterior, la responsabilidad de los particulares por la infracción a las leyes, especialmente las penales, requiere la verificación de un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos y no la simple valoración de una intención que se juzga lesiva, solo esta última condición justifica la restricción de los derechos y libertades, que gozan igualmente de protección constitucional.”*. Sentencia C-259 del 18 de mayo de 2016, Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez: *“Este escenario supone entonces que el elemento común que describe a cualquier sistema de imputación penal es el contenido de injusticia que se*

El juicio de lesividad requiere de la lesión o peligro efectivo para el bien jurídico, por lo que en este apartado del injusto penal es trascendental la clasificación de tipos penales de lesión o de peligro⁴⁹⁵. Esta clasificación está prevista en el juicio de lesividad que impone el artículo 11 del código penal, tiene el propósito de establecer los criterios del juicio de antijuridicidad material.

Delitos de lesión

La lesión al bien jurídico consiste en la destrucción, disminución, mengua, o daño del bien jurídico protegido por la norma penal⁴⁹⁶. Los delitos de lesión se diferencian de los tipos penales de resultado por cuanto estos últimos tienen como objeto de referencia el objeto de la acción u objeto material del tipo penal, elemento con el cual se valora la tipicidad de la conducta. La lesión tiene por objeto de referencia el bien jurídico⁴⁹⁷ del cual se valora la lesividad o antijuridicidad material de la conducta típica en nuestro sistema jurídico penal.

le atribuye a la conducta punible, o en otras palabras, su antijuridicidad. Ella ha sido entendida no sólo como la existencia de una prohibición o mandato contenido en la ley penal que califica a un determinado comportamiento como delito (antijuridicidad formal), sino también como la necesidad de que la agresión realizada suponga una afectación de un bien jurídico que impacte en los derechos de los otros o en la posibilidad de realizar algunos de los valores o principios que emanan de la Carta (antijuridicidad material)”

⁴⁹⁵ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material, Ediciones Nueva Jurídica. 2016. pp 57-65

⁴⁹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. p 302; GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material, Ediciones Nueva Jurídica. 2016. P 60. Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia del 12 de octubre de 2006, magistrada ponente: Marina Pulido de Barón, radicado 25465: “Los delitos de lesión son aquellos que comportan la destrucción o mengua del bien jurídico protegido, como ocurre con los establecidos en los artículos 103 (homicidio – vida) o 239 (hurto – patrimonio económico) de la Ley 599 de 2000, respectivamente.”

⁴⁹⁷ SCHULENBURG, Johanna. Relaciones dogmáticas entre bien jurídico, estructura del delito e imputación objetiva. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. P. 353: “Para responder a la pregunta sobre si los delitos de resultado pueden solaparse sólo con los delitos de lesión y de peligro concreto, y no por el contrario con los delitos de peligro abstracto, resulta decisivo concretar cuál es el objeto de referencia determinante para la correspondiente delimitación (resultado/actividad por un lado y lesión, peligro concreto peligro abstracto por otro). Hay que preguntarse sobre qué objeto se produce un resultado, o bien qué objeto debe ser lesionado o expuesto a un peligro concreto o general. Así, a este respecto, entra en consideración tanto el objeto de la acción afectado inmediatamente por el hecho punible, como también aquel objeto que encarna el bien jurídico protegido, que no tiene por qué coincidir necesariamente con el objeto de la acción. Así, en el ejemplo del incendio ya citado al comienzo, el objeto de la acción inmediatamente afectado es el «espacio» destruido, sobre el que se produce el resultado de la destrucción. Por el contrario, el ser humano vivo y su cuerpo encarnan los bienes jurídicos vida e integridad física, que, ciertamente, según la descripción típica de los §§306a, párrafo 1.º, y 306d, párrafo 1.º StGB no es preciso que sean dañados, pero que deben estar protegidos frente a la peligrosidad general de un incendio en un edificio.”

En los tipos penales de lesión se valora el estado del bien jurídico luego de la consumación del tipo penal, por lo que son tipos penales de lesión si la consumación tiene como consecuencia lógica o normativa la modificación o destrucción del bien jurídico.

Delitos de peligro

Los delitos de peligro son los que amenazan el bien jurídico, su antijuridicidad no requiere de la lesión⁴⁹⁸, el artículo 11 del código penal exige que este peligro sea efectivo. La efectividad del peligro exige que este sea real y constatable por el juzgador⁴⁹⁹, así como prohíbe que este se presuma⁵⁰⁰. El peligro es sinónimo de riesgo, contingencia, mal futuro, y suele vincularse a una lesión ausente⁵⁰¹. Es definido como “*un estado desacostumbrado y anormal en el que aparece como probable la producción de un daño*”⁵⁰². Por ello, se enjuicia la tendencia o aptitud de la conducta típica para generar consecuencias dañinas con atención al regular desarrollo de los acontecimientos⁵⁰³.

La punibilidad del peligro puede ser problemática respecto del principio de lesividad porque este impone la verificación de la afectación al bien jurídico, lo cual puede resultar dudoso frente a peligros que no tienen consecuencias permanentes o perceptibles empíricamente. El ordenamiento jurídico admite que el peligro es merecedor de sanción penal pero su fundamentación y legitimidad es variable de acuerdo con la clase de peligro y el bien jurídico.

⁴⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 10 de diciembre de 2015, magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 44.975: “Además, es un delito clasificado entre los de peligro, en el entendido que el mismo no exige la concreción de un daño, sino la potencialidad de que se realice.”

⁴⁹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42.617: “Entonces, si bien el legislador es el competente para seleccionar las conductas que estima indeseables con tan solo generar riesgos a los intereses jurídicos tutelados, es decir, establece anticipadamente una presunción de peligro; es al juez al que le atañe verificar que un específico comportamiento representó la efectiva creación de ese peligro. Así, se advierte que no se pueden confundir la órbita de la abstracta libertad de configuración del legislador con la de la concreta valoración judicial de la relevancia social de una conducta.”

⁵⁰⁰ SAMPREDO ARRUBLA, Camilo. La antijuridicidad. En: BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019. p 468

⁵⁰¹ VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007. pp 209-212

⁵⁰² GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material, Ediciones Nueva Jurídica. 2016. p 57 tomado de JESCHECK HANS-HEINRICH. Tratado de derecho penal, Parte General, Volumen I. Barcelona, Editorial Bosch, 1981. p 358

⁵⁰³ VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007. p 222

Por esta razón los delitos de peligro se clasifican en delitos de peligro concreto y de peligro abstracto⁵⁰⁴.

Delitos de peligro concreto

El peligro concreto se base en un juicio de probabilidad⁵⁰⁵ entre la conducta típica y la potencialidad de lesión para el bien jurídico. Su juicio consiste en la verificación de que la conducta típica tiene como una de sus probables consecuencias la lesión al bien jurídico. Esto implica la revisión de posibles cursos causales que puedan sucederse por la conducta que se enjuicia. Los delitos de peligro concreto suelen proteger bienes jurídicos individuales puesto que su juicio requiere de un objeto sobre el cual recaiga el resultado peligroso⁵⁰⁶:

*“De lo que se trata es de conductas cuya peligrosidad reside en que conducen a situaciones que ya no son controlables por el autor y que sin más, sólo con que el correspondiente objeto material entre en el ámbito de actuación del autor, pueden tener como consecuencia un peligro concreto y, dado el caso, también un menoscabo.”*⁵⁰⁷

Delitos de peligro abstracto

El concepto de delito abstracto en la valoración de la antijuridicidad de la conducta no tiene una delimitación inequívoca. Esta forma de perturbación a bienes jurídicos tiene varias definiciones. Una primera manera de definirlos es como aquellos delitos de peligro que no son delitos de peligro concreto⁵⁰⁸, esta definición residual no se vincula a bienes jurídicos específicos⁵⁰⁹ y tampoco presenta elementos que permitan realizar el juicio de antijuridicidad material. Estos delitos también son definidos como delitos de peligro presunto, en los que la

⁵⁰⁴ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material, Ediciones Nueva Jurídica. 2016. p 57-58. También: Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42.617: “Ahora bien, recuérdese que según la mayor o menor proximidad a la producción de un daño, los delitos de peligro se han subclasificado, respectivamente, en (i) de peligro concreto, demostrable o directo, y (ii) de peligro abstracto, presunto o indirecto.”

⁵⁰⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. p 302

⁵⁰⁶ VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007. p 244

⁵⁰⁷ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. p 290.

⁵⁰⁸ VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007. p 251

⁵⁰⁹ Idem

conducta se considera peligrosa por orden del legislador⁵¹⁰. La tesis del peligro presunto resulta inaceptable en caso de considerarse como una presunción de derecho porque el artículo 11 del código penal requiere que el peligro sea efectivo⁵¹¹. Por otro lado, de tratarse de una presunción de hecho, no está claro qué se presume con la realización de la conducta típica, es decir, no se determina si se presume la situación peligrosa, la peligrosidad de la conducta o el resultado de peligro para el bien jurídico. Y en todo caso la presunción del peligro colisiona con el principio de presunción de inocencia que impone la carga de probar el injusto penal al Estado y no al ciudadano que se defiende⁵¹².

Con buen criterio los delitos de peligro abstracto son definidos como una categoría aglutinadora en la que se agrupan los delitos que no son de lesión, ni de peligro concreto⁵¹³. Esto quiere decir que delitos de peligro abstracto no presentan por sí mismos criterios del juicio de antijuridicidad material. Por esta razón, debe precisarse en los llamados delitos de peligro el objeto de protección y así determinar los criterios de valoración del peligro.

En una primera precisión, algunos delitos de peligro abstracto se caracterizan por ser el único medio idóneo de protección a bienes jurídicos colectivos⁵¹⁴. En estos bienes jurídicos la lesión difícilmente puede sucederse por una conducta individual⁵¹⁵, pero, conductas “*unidas a otras realizadas en la misma dirección pueden conducir a un menoscabo*”⁵¹⁶. Esta clase de conducta prohibidas son denominados delitos de peligro acumulativo⁵¹⁷.

⁵¹⁰ Ibidem p 254

⁵¹¹ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42.617: “*La interpretación histórica, sistemática, exegética, pero sobre todo la de carácter constitucional que realizó la Corte en las providencias que se acaban de citar, permite afirmar que la legitimidad de la facultad del legislador para configurar delitos de peligro abstracto, especialmente hoy por el nivel exagerado de riesgo en las sociedades modernas, no conlleva que la presunción de antijuridicidad en que se fundan sea iuris et de iure; por el contrario, necesariamente el concepto actual de la antijuridicidad como efectiva lesión o puesta en peligro de bienes protegidos, implica que la presunción de estas afectaciones pueda ser revisada e inclusive desvirtuada por la judicatura en los casos que se sometan a su conocimiento (iuris tantum).*”

⁵¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 8 de agosto de 2018, magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 49673: “*En síntesis, la antijuridicidad material en los delitos de peligro no se sustenta en una presunción de derecho, sino que en cada caso habrá de establecerse el riesgo que determinado comportamiento representa para el bien jurídico, dadas sus circunstancias particulares.*”

⁵¹³ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. p 288

⁵¹⁴ VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007. p 337

⁵¹⁵ VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007. p 136

⁵¹⁶ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. p 288

⁵¹⁷ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o

Otra clase de delitos de peligro abstracto toman la forma de delitos de emprendimiento para legitimar la punibilidad desde la perspectiva del bien jurídico, diferente a los delitos cumulativos. Los delitos de emprendimiento⁵¹⁸ o preparatorios⁵¹⁹ son una forma de protección anticipada de bienes jurídicos, en la que se sancionan conductas que de manera inequívoca están dirigidas a la ejecución y consumación de otros delitos⁵²⁰. Estos delitos protegen bienes jurídicos individuales y colectivos⁵²¹. En estos delitos se sanciona en grado de consumación el emprender una acción⁵²². La legitimidad de esta modalidad de peligro se fundamenta en que la conducta necesariamente conlleva la intención de realizar

juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. p 288: “Delitos cumulativos: conductas que por sí solas no pueden menoscabar o no en una medida relevante un interés protegido jurídicamente, pero que unidas a otras realizadas en la misma dirección pueden conducir a un menoscabo. El ámbito principal de aplicación de este tipo de delitos es la protección de intereses supraindividuales (colectivos), en los que incluso constituye el verdadero prototipo de tipo penal. Ejemplos de ello son, por un lado, los tipos penales de protección de los medios naturales (§§324 y ss. StGB). Si se considera como bien jurídico protegido el aseguramiento de los medios naturales necesarios para la supervivencia de la humanidad, conductas como verter basura en las aguas sólo pueden conducir a menoscabos jurídicamente relevantes cuando un número significativo de personas se comporte de esa manera.”

⁵¹⁸ REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Editorial B de F. 2016. p 495; ROXIN, Claus. Derecho Penal, parte general, Tomo 1. Editorial Civitas. 1997. p 336.

⁵¹⁹ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. P 288

⁵²⁰ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. pp 295-296:

“Por el contrario, distinto es el caso de conductas a las que, conforme a su fin, sólo se pueden vincular ulteriores conductas con fines delictivos. Como es evidente que a la preparación de una actuación delictiva no se le puede atribuir un valor social relevante, aquí sólo se plantea si la posibilidad teórica de una acción no delictiva conectada con aquélla convierte en ilegítima la penalización. Por ejemplo: ¿puede penalizarse la producción y puesta a disposición de armas aunque sean concebibles casos en los que un arma sirva para una acción socialmente valiosa, por ejemplo, para la autoprotección de personas en peligro? En último término, la pregunta, tal y como está formulada, no podrá responderse ni de forma afirmativa ni negativa. Es necesaria una configuración de los presupuestos de punibilidad que tenga en cuenta esos casos. En relación con el ejemplo mencionado, esto sólo se puede asegurar desde un punto de vista técnico-jurídico mediante la limitación del Derecho penal al manejo «no autorizado» de armas de fuego. En todo caso, cuando se tienen en cuenta eventuales usos socialmente valiosos en la configuración específica de los presupuestos de la responsabilidad penal, deberá admitirse la legitimidad de la prohibición de proporcionar objetos que por su función específica se consideran ante todo instrumentos para delinquir.

Tampoco el principio de la responsabilidad personal impide que se sancionen tales acciones preparatorias. En relación con la puesta a disposición de objetos cualificadamente peligrosos en cuestión, hay que tener presente que su manejo sólo puede considerarse permitido cuando al mismo tiempo se asuma la responsabilidad de que no lleguen a manos de quien no deben. En caso de incumplimiento del deber de aseguramiento o de organización adecuada en ese sentido, el manejo de objetos cualificadamente peligrosos no puede reconocerse como una modalidad de conducta en el marco de las relaciones de igualdad jurídica general. De ello se deriva que no sólo se puede responsabilizar al actor por los resultados delictivos producto de los eventuales hechos posteriores vinculados a su conducta, sino que, como arrogación de una posición jurídica que no le correspondía, su conducta también puede ser objeto de una norma de sanción independiente.”

⁵²¹ HIRSCH, Andrew; WHOLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. En HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007. pp 288-289

⁵²² REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Editorial B de F. 2016. p 496

integralmente otro tipo delictivo⁵²³, por lo que se protegen anticipadamente el bien jurídico del tipo penal que se pretende consumir.

Ejemplos de estos delitos de emprendimiento en el código penal colombiano son el tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos (482) respecto de los delitos de porte de estupefacientes (376), el uso de software malicioso (269 E) respecto de los delitos contra los datos y los sistemas informáticos, y el porte ilegal de armas de defensa personal (465) respecto de los bienes jurídicos personalísimos y personales.

De esta manera encontramos que los delitos de peligro abstracto son aún una categoría en construcción para la teoría del bien jurídico. Actualmente se tiene que los delitos de peligro abstracto pueden ser cumulativos o de emprendimiento, sin perjuicio de otras formas de protección que impongan de manera específica los tipos penales de la parte especial del código penal.

La antijuridicidad material en del delito de interés indebido en la celebración de contratos en la doctrina y la jurisprudencia

Determinar los criterios de valoración de antijuridicidad del delito de interés indebido en la celebración de contratos requiere establecer su clasificación desde la perspectiva del bien jurídico, esto es, establecer que es un delito de lesión o de peligro para el bien jurídico de la administración pública en su aspecto concreto de imparcialidad del servidor público.

Establecer la clasificación de lesión o peligro del tipo penal requiere de precisión conceptual sobre el bien jurídico objeto de protección. Por esta razón la doctrina y la jurisprudencia tienen escasos y dudosos pronunciamientos sobre la antijuridicidad material de este delito, puesto que tienden a confundir el bien jurídico objeto de protección con la conducta prohibida, con los principios de la administración pública e incluso con la imagen y confianza de la administración pública. Así se afirma que es un tipo penal de peligro que se *“materializa en el momento en que se desconocen los postulados que orientan la contratación”*⁵²⁴. Por un

⁵²³ REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Editorial B de F. 2016. p 497

⁵²⁴ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. p 466

sendero similar se ha considerado que la antijuridicidad material sucede cuando se presenta el peligro para el prestigio de la administración pública⁵²⁵. Igualmente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que parte de un concepto equivoco del bien jurídico protegido por la norma penal, encuentra la antijuridicidad material de este delito en la infracción a las normas que rigen la contratación estatal⁵²⁶.

En síntesis, la equivocidad del bien jurídico ha llevado a la doctrina y la jurisprudencia a considerar la antijuridicidad material de este delito en la infracción a los axiomas, principios o reglas que rigen la actividad contractual del Estado. Esta noción tiene el defecto de negar la antijuridicidad material puesto que no requiere más que la infracción de las normas para considerar realizado el injusto penal. Esto tiene como consecuencia que, una vez verificada la tipicidad, automáticamente la conducta sea materialmente antijurídica. Esta posición soslaya el bien jurídico y la lesividad que exige la Constitución y el código penal para imputar el injusto penal.

Por lo anterior, la vigencia de los principios constitucionales de lesividad, libre desarrollo de la personalidad y del principio rector de antijuridicidad imponen que la lesión o peligro

⁵²⁵ BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir. Editorial Temis. 1965. Pp 143-150

⁵²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 25989: *“Respecto a la antijuridicidad material, reclamada en el escrito-demanda, debe recordarse que se está ante un punible de mera conducta cuestión que tratándose de algunos delitos contra la administración pública, como lo tiene establecido la ley, la doctrina y la jurisprudencia, hace posible su punición. Por ende, la administración pública se pone en peligro o lesiona cuando el funcionario deja de actuar con absoluta sujeción e infringe y vulnera éstos principios que se hallan implícitos en los injustos típicos que regulan la contratación estatal, generando –con tal actuar- corrupción, deslealtad y ausencia de transparencia en los actos contractuales signados.”*

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29.791: *“Beneficio que se identifica con el objeto jurídico protegido por el legislador, cual es la administración pública. Por tanto, la consumación de la infracción en estudio, se genera cuando, en provecho propio o ajeno, se desconocen los axiomas y principios, que sostienen una recta, honesta y objetiva administración pública, la cual jamás se podrá poner en peligro, ni en riesgo alguno (he aquí la antijuridicidad material de este injusto), sostenida, por ejemplo, con postulados como el de selección objetiva que rige la contratación estatal; sin ser esencial el provecho personal o a favor de terceros, como resultado de la defraudación del capital general.”*

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de julio de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 34.202: *“La lesión o el perjuicio a los intereses de tutela se concreta cuando el servidor público en vez de acatar los principios de la contratación estatal, actúa parcializado o carente de objetividad con el fin de favorecer a un contratista”*

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282: *“En este tipo penal la lesión o el perjuicio al interés constitucional y legal se concreta cuando el servidor público encargado de tales funciones contractuales decide desacatar esos principios y actúa parcializado, sin objetividad, a fin de favorecer a un tercero, es decir, abandonando los deberes, obligaciones y compromisos adquiridos cuando se vinculó con la administración para ejercer el cargo público que lo facultaba para intervenir, de una u otra manera, en la celebración de contratos.”*

efectivo para el bien jurídico requiere de un juicio diferente a la simple infracción de las normas.

El interés indebido en la celebración de contratos es un delito de peligro

La clasificación de peligro o lesión tiene por objeto de referencia el bien jurídico protegido. Por lo que es necesario precisar el objeto de protección para determinar la naturaleza del delito desde la perspectiva de la antijuridicidad material.

El bien jurídico en el delito de interés indebido en la celebración de contratos es la imparcialidad del servidor público en los términos acotados en el primer capítulo de esta investigación. La imparcialidad del servidor público es un objeto de protección mediato, esto quiere decir, que por sí mismo no es valioso. La imparcialidad del servidor público es valiosa para el derecho penal en la medida que es una condición necesaria para asegurar que el servidor público en el ejercicio de facultades discrecionales tome la mejor decisión posible. El debido ejercicio de facultades discrecionales es la garantía de que la actividad contractual cumplirá con los fines constitucionales o legales.

Esta descripción del bien jurídico permite concluir que es un delito de peligro y no de lesión. No es un delito de lesión puesto que la imparcialidad del servidor público es un medio para proteger la valiosa eficiencia y eficacia de los fines del contrato estatal. La antijuridicidad material o fundamento de la sanción penal es preventivo. Este delito adelanta las barreras de protección del derecho penal al peligro para la eficacia y eficiencia de la actividad contractual del Estado, y no debe esperar a que esta sea afectada. Por esta razón el delito de interés indebido en la celebración de contratos es de peligro. La jurisprudencia y la doctrina⁵²⁷ parecen coincidir en que el delito de interés indebido en la contratación es de peligro. La jurisprudencia sostiene que este tipo penal no requiere un perjuicio para la administración pública⁵²⁸.

⁵²⁷ FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017. p 466; CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. 2017. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. p 268 y 276

⁵²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Magistrado Ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 34282: “El delito de interés indebido en la celebración de contratos es un tipo penal de mera

Criterios de valoración del peligro en el delito de interés indebido en la celebración de contratos

Determinado que el delito de interés indebido en la celebración de contratos es un delito de peligro, es necesario determinar qué clase de peligro sanciona y los criterios para determinar su ocurrencia. No es un delito de peligro cumulativo, esto es, que el fundamento del merecimiento de pena no estriba en que la conducta sea inocua por sí misma y se convierta en peligrosa por la reiterada realización de los servidores públicos. Consideramos que no hay controversia en afirmar que la conducta es peligrosa por sí misma para la administración pública. Por otro lado, aunque la conducta de interés indebido en la celebración de contratos puede ser antecedida de delitos de tráfico de influencias o cohecho y puede ser sucedida por delitos de peculado, tampoco fundamenta su punibilidad en los denominados tipos penales de emprendimiento. Esto porque el peligro para el bien jurídico de la administración pública puede suceder aún en eventos que no se presenten otros delitos, por ejemplo, el servidor público que para favorecer a una amante desvía una selección de contratista. En este evento la conducta será prohibida y merecedora de pena aun cuando el contratista no tenga contemplado realizar otros delitos o la selección no venga precedida de otras conductas prohibidas por normas penales.

El delito de interés indebido en la celebración de contratos es de peligro concreto porque se requiere que la conducta prohibida genere una potencialidad que afecte el correcto ejercicio de la función pública o correcto funcionamiento de la administración pública. El aspecto en concreto de la administración pública que se protege mediante este tipo penal es la imparcialidad del servidor público. La imparcialidad del servidor asegura que en las decisiones discrecionales el servidor público al momento de ejercer la función administrativa tome la mejor determinación posible para el interés general, en concreto, la eficacia y la eficiencia de los fines específicos del contrato estatal. Por sí misma la imparcialidad del

conducta, por lo tanto, no se requiere un perjuicio concreto al bien jurídico de la administración pública para su consumación”

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de enero de 2017, Magistrado ponente Patricia Salazar Cuéllar, radicación 47100: *“Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios “prohibidos” sino disconformes con el ejercicio de la función pública. (CSJ SP, 18 abr. 2002, rad. 12658 .)”*

servidor público no fundamenta la prohibición penal puesto que esta no se justifica en solo mantener actitudes o en prevenir la infracción de normas administrativas.

Metodológicamente para determinar el criterio de valoración de la conducta prohibida en este tipo penal es necesario plantear la pregunta: ¿Por qué es peligroso para el correcto funcionamiento de la administración pública que el servidor afecte su imparcialidad y desvíe su decisión en la actividad contractual del Estado?

Las decisiones discrecionales de la administración son necesarias para que el Estado pueda cumplir sus fines, sin embargo, les son inherentes el riesgo de la arbitrariedad por parte del servidor público. Este riesgo consiste en que el servidor público realice actuaciones de acuerdo con sus caprichos o motivos personales, de manera que no se tome la mejor decisión para los fines del Estado. Esto resulta lesivo porque se afecta la eficiencia y la eficacia del Estado. La eficiencia entendida como los medios empelados por la administración para alcanzar sus fines⁵²⁹ y la eficacia es el logro o consecución de los fines estatales⁵³⁰.

La imparcialidad del servidor público es la condición requerida para que la decisión administrativa sea la mejor al momento de ejercerse la función administrativa. Esto porque un servidor público imparcial garantiza que toda decisión discrecional está dirigida a la consecución de los fines estatales. Por el contrario, un servidor público que ejerza la función administrativa en procura de interés particulares pone en peligro la consecución de los fines del Estado en su eficiencia y eficacia. Por ello, es peligroso para el correcto funcionamiento de la administración pública que el servidor afecte su imparcialidad y desvíe su decisión en la actividad contractual del Estado, ello porque se eleva más allá de lo tolerado el riesgo de que la administración pública no cumpla sus fines en la actividad contractual.

En consecuencia, la valoración del peligro efectivo para el bien jurídico consiste en constatar que la decisión discrecional del servidor público en la actividad contractual del Estado no es la mejor decisión y por lo tanto pone en peligro la eficiencia y eficacia de la administración

⁵²⁹ Ley 1437 de 2011, artículo 3, numeral 12: En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

⁵³⁰ Ley 1437 de 2011, artículo 3, numeral 11: En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

pública. En caso de que no sea verificable ex ante que había otras decisiones mejores o peores, el simple riesgo de haber tomado la decisión en procura de interés particulares será suficiente para considerar en peligro el bien jurídico de la administración pública.

En ese sentido, si en el juicio de antijuridicidad material se verifica que el servidor público tomo la mejor decisión posible a pesar de que el servidor público perseguía fines particulares en el ejercicio de la función administrativa, la conducta no será materialmente antijurídica puesto que no hubo riesgo para la eficiencia y eficacia del Estado. Ello es así a pesar de la aparente parcialidad del servidor público porque este no desvía el ejercicio de la función, puesto que esa misma habría sido la decisión en caso de presentarse un servidor público imparcial.

Esta posición es aceptada por la doctrina que asume la imparcialidad del servidor público o de la administración pública como bien jurídico:

“si a pesar del interés particular el funcionario no desvía el ejercicio del poder, la conducta no será típica, a falta de vulneración siquiera potencial del bien jurídicamente tutelado. Se trata de un fenómeno de ausencia de antijuridicidad material que conduce a la atipicidad del hecho por falta de objeto material”⁵³¹

Aunque en el anterior análisis disentimos que el nivel de valoración sea la tipicidad a la que le hemos determinado sus reglas de desaprobación del riesgo, es nítido el consenso en el criterio de valoración de la antijuridicidad material que compartimos.

Más recientemente Castro Cuenca quien concurre con el bien jurídico de la imparcialidad de la administración en este delito ha expuesto que:

“Piénsese, por ejemplo, que se lleva a cabo un contrato para construir una carretera que tiene que pasar por un predio del alcalde de un municipio. Seguramente la celebración de este contrato le producirá un provecho al alcalde y, tal vez, en su fuero interno este

⁵³¹ IBAÑEZ GUZMAN, Augusto. y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. El sistema penal y la contratación estatal. En PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997. p 375.

funcionario público también desee que se construya la carretera, pero si esta circunstancia no desvió la decisión de la administración pública, debe ser completamente impune.”⁵³²

Otro buen ejemplo que trae este autor:

“Por ejemplo, si una alcaldía contrata con una empresa de un familiar del alcalde, la conducta cumplirá con todos los requisitos del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, pero no será materialmente antijurídica si se demuestra que el contratista fue seleccionado después de un proceso de contratación en el cual se cumplió con el deber de selección objetiva y se escogió la mejor oferta, pues en este evento no se habrá vulnerado la imparcialidad de la administración pública.”⁵³³

Finalmente, el autor cierra sus apreciaciones sobre la antijuridicidad del delito de interés indebido en la celebración de contratos así:

“De esta manera, se propone acá que la actuación en beneficio de la administración se analice de manera objetiva en el momento de la actuación del funcionario como un evento en el cual no se presentará antijuridicidad material. En este orden de ideas, la actuación en beneficio de la administración excluirá la antijuridicidad en aquellos eventos en los cuales no se haya vulnerado la imparcialidad de la administración pública.

Sin embargo, si serán antijurídicas las conductas en las cuales se haya vulnerado la imparcialidad de la administración pública, pero luego la obra resulte beneficiosa económicamente para el ente público, pues el bien jurídico tutelado por este delito no es el patrimonio público, sino el principio de imparcialidad como aspecto constitucional del correcto funcionamiento de la administración pública.”⁵³⁴

⁵³² CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017.p 268.

⁵³³ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017.p 276

⁵³⁴ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017. p 276

La ausencia de justa causa

La valoración de la contradicción de la conducta típica con el ordenamiento jurídico ha puesto como un elemento de la antijuridicidad un juicio negativo en el que no concurren normas permisivas que, de manera excepcional, permitan la realización de las conductas típicas⁵³⁵.

En este aspecto se han distinguido normas permisivas que se valoran en sede de tipicidad y normas permisivas que se valoran en sede de antijuridicidad. Sea lo primero señalar que estas normas siempre desestructuran el injusto penal por lo que su ubicación no debe desquiciar la teoría del injusto penal, ni llevar a la conclusión que la antijuridicidad es una categoría superflua.

Para reconocer las causales de tipicidad de las de antijuridicidad, acudimos a la distinción de planos valorativos diferentes entre tipicidad y antijuridicidad. En ese sentido son causales de atipicidad aquellas que se puedan comprender de acuerdo con el tenor y la lógica de la norma, mientras serán causales de antijuridicidad aquellas que requieran para su comprensión de una valoración abierta o ponderaciones entre los intereses en conflicto.

Por ello, las eximentes de cumplimiento de un deber legal, cumplimiento de una orden legítima de una autoridad competente o ejercicio del cargo deben ser valoradas en la tipicidad de acuerdo con la regulación del riesgo permitido en el ejercicio de la función administrativa. Por otro lado, las causales de estado de necesidad justificante y legítima defensa se ubican plenamente en la antijuridicidad. Estas dos últimas causales de antijuridicidad no presentan particularidades respecto del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, por lo que se pasará de su estudio anotando que su concurrencia se rige por los criterios del derecho penal general que estudian estas normas permisivas.

⁵³⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Lo Blanch, 2006. pp 298-300; REYES ECHANDIA. Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017. p 163-164.

Conclusión capítulo IV

Si bien la Constitución, la ley, la jurisprudencia y la doctrina reconocen de manera expresa la antijuridicidad material y el concepto de bien jurídico, hay una clara tendencia a obviar el juicio de antijuridicidad material. Esto se evidencia en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia que consideran verificada la antijuridicidad en la simple infracción a las normas jurídicas de la contratación estatal, criterio con el que coincide un buen sector de la doctrina.

Aunque la anterior es una visión válida del injusto penal, esta no es la que exige el sistema de garantías penales colombiano. Este exige una verificación del peligro efectivo para el bien jurídico. El juicio de antijuridicidad material del delito de interés indebido en la celebración de contratos exige constatar que la falta de imparcialidad del servidor público desvió la función administrativa a una decisión que pone en peligro la consecución de los fines del Estado de acuerdo con los criterios señalados en este capítulo.

REFERENCIAS

Bibliografía

AGUDELO BETANCUR, Nodier. Curso de derecho Penal, esquemas del delito, cuarta edición, Ediciones Nuevo Foro, Medellín, 2010.

ARENAS MENDOZA, Hugo. Instituciones de derecho administrativo. Tomo I La Administración y su actividad. Editorial Ibañez. 2016.

BARBOSA CASTILLO, Gerardo; GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Bien jurídico y derechos fundamentales: sobre un concepto de bien jurídico para Colombia. Universidad Externado de Colombia. 1996.

BERNAL CUELLAR, Jaime y otros. Lecciones de derecho penal, parte general. Universidad Externado de Colombia. 2019.

BERNAL CUELLAR, Jaime. Lecciones de derecho penal: parte especial, Volumen I, Universidad Externado de Colombia. 2019.

BERNAL PINZÓN, Jesús. Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir. Editorial Temis. 1965.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición, 2005.

BERNATE OCHOA, Francisco. Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. Editorial Universidad del Rosario. 2010.

BLANQUER CRIADO, David. Los contratos del sector público. Editorial Tirant lo Blanch. 2013.

BUSTOS RAMIREZ, Juan. Derecho Penal Especial, Editorial Leyer. 2008.

CANCIO MELIA, Manuel. Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva. Ediciones Jurídicas Cuyo. 2004.

CANCINO, Antonio. Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia. 1986.

CASTRO CUENCA, Carlos. Corrupción y delitos contra la administración pública, Editorial Universidad del Rosario. 2008.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. La corrupción pública y privada: causas efectos y mecanismos para combatirla, Editorial Universidad del Rosario. 2017.

CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. Manual de derecho penal, parte especial, tomo II, Editorial Temis. 2019.

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. Lecciones de Derecho Penal, Parte especial, Universidad Externado de Colombia. 2011.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La categoría de a antijuridicidad en derecho penal, Editorial B de F. 2011.

DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Editorial Ciudad Argentina. 2001.

ESCOBAR LOPEZ, Edgar. Delitos contra la administración pública, Liberia Jurídica Sanchez R. 2017.

FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la administración pública. Editorial Temis. 1995.

FERNANDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal, parte general, teoría del delito y de la pena, Vol 1, Editorial Ibañez. 2011.

FERNANDEZ, Gonzalo. Bien jurídico y sistema del delito, Editorial B de F. 2004.

FORERO RAMIREZ, Juan Carlos; OSPINA PERDOMO, Juanita María. Aspectos penales de la contratación estatal, Editorial Ibañez. 2017.

FRISCH, Wolfgang. Comportamiento típico e imputación del resultado. Marcial Pons. 2004

GARCÍA MEXIA. Pablo. Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea, Editorial Aranzadi. 2001.

GOMEZ MENDEZ, Alfonso. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Delitos contra la administración pública, Universidad Externado de Colombia. 2004.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Aspectos liberales y sociales del derecho penal, Ediciones Nueva Jurídica. 2013.

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El principio de la antijuridicidad material, Ediciones Nueva Jurídica. 2016.

GOMEZ SERRANO, Laureano. Hermenéutica Jurídica, Ediciones Doctrina y Ley. 2008.

HEFENDEHL, Roland. La teoría del bien jurídico ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?, Editorial Marcial Pons. 2007.

HENAO, Juan Carlos y ZARATE, Anibal Rafael (eds.). Corrupción en Colombia, Tomo IV corrupción, Estado e instrumentos jurídico. Universidad Externado de Colombia. 2018.

JAKOBS, Günther. La imputación Objetiva en derecho penal. Universidad Externado de Colombia. 1994.

LAMPREA RODRIGUEZ, Pedro. Anulación de los actos de la administración pública. Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley. 2004.

LOMBANA, Jaime. Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia. Editorial Universidad del Rosario. 2014.

MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. Discrecionalidad administrativa. Universidad Externado de Colombia. 2007

MARTINEZ LÓPEZ, Antonio. Régimen penal de la función pública, Ediciones Librería del profesional, 2da Edición, 2002.

MERKL, Adolf. Teoría General del Derecho Administrativo, Editora Nacional. 1980.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. Delitos contra la administración pública. Editorial Leyer. 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal Parte General, 6ta Edición, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho penal, Parte Especial, Editorial Tirant lo Blanch. 2015.

PENAGOS VARGAS, Gustavo. Nulidades y acciones del acto administrativo. Ediciones Doctrina y Ley. 1996

PINO RICCI, Jorge. Régimen de la contratación estatal. Universidad Externado de Colombia. 2da Edición, 1997.

POSADA MAYA, Ricardo. Delitos contra la vida y la integridad personal. Tomo 1. Editorial Ibáñez. 2015.

POSADA MAYA, Ricardo. Los cibercrímenes: un nuevo paradigma de criminalidad. Editorial Ibáñez. 2017.

REYES ALVARADO, Yesid. Imputación objetiva, Editorial Temis. 2005.

REYES ALVARADO, Yesid. El delito de tentativa. Editorial B de F. 2016.

REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. 2017.

RICO PUERTA, Luis Alonso. Teoría General y practica de la contratación estatal. Novena Edición. Editorial Leyer. 2016.

ROXIN, Claus. Autoría y dominio del hecho en derecho penal, Editorial Marcial Pons. 2016.

ROXIN, Claus. Derecho Penal General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, Editorial Civitas. 1997.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de celebración indebida de contratos análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal. 2000.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Compendio de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia. 2017.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. La expansión del derecho penal, Editorial B de F. 2006.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales, Jose Maria Bosch Editor.

SUAREZ SANCHEZ, Alberto. Autoría. Universidad Externado de Colombia. 2007.

VARGAS PINTO, Tatiana. Delitos de peligro abstracto y resultado. Editorial Aranzadi. 2007.

VELAZQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, parte general, Segunda Edición, Editorial Temis. 2004.

VIDAL PERDOMO, Jaime y Molina Betancur, Carlos. Derecho Administrativo, Decimo Cuarta Edición, Editorial Temis. 2016.

ZAFFARONI, Raúl. Manual de Derecho Penal, parte general, Segunda Edición, Editorial Ediar. 2006.

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil, Editorial Trotta. 2016.

Jurisprudencia

Sentencias de la Corte Constitucional

Corte Constitucional, sentencia C-280 del 25 de junio de 1996, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional, sentencia C-319 del 18 de julio de 1996, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, sentencia C-456, de 2 de septiembre de 1998, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, sentencia C-331 del 29 de marzo de 2001, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional, sentencia C-551 del 30 de mayo de 2001, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional sentencia C-917 del 29 de agosto de 2001, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional, sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, sentencia C-226 del 2 de abril de 2002; C-689 del 27 de agosto de 2002, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, sentencia C-984 del 13 de noviembre de 2002, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, sentencia C-009 del 23 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, Magistrado Ponente: Alvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional, sentencia T-763 del 21 de julio de 2005, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, sentencia C-324 del 13 de mayo de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional, sentencia C-030 del 1 de febrero de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, sentencia T-265 de 8 de mayo de 2013, Magistrado Ponente: Jorge Ivan Palacio Palacio.

Corte Constitucional, sentencia C-561 del 2 de septiembre de 2015, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, sentencia C-181 del 13 de abril de 2016, Magistrada Ponente: Gloria Estella Ortiz Delgado

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala Penal

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de septiembre del 2000, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 14170

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 25 de octubre del 2000, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado 15273.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 21 de marzo de 2002, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla, radicado: 15584

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de abril de 2002, Magistrado Ponente: Jorge Anibal Niño, radicado 12658

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de abril de 2005, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado 13922

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 7 de septiembre de 2005, Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas, radicado: 21322

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de mayo de 2007, Magistrado Ponente: Yesid Ramirez Bastidas, radicado 23915

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de agosto de 2007, Magistrado Ponente Sigifredo Espinoza Pérez, radicado 27.337

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 8 de noviembre de 2007, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado: 26450

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de febrero de 2008, Magistrado Ponente: Jorge Luis Quintero Milanés, radicado: 20815

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, auto del 29 de julio de 2008, Magistrado Ponente: María del Rosaio González, radicado: 30077.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 4 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado: 25989

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 6 de mayo de 2009, Magistrado Ponente Javier Zapata Ortiz, proceso 25495

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 16 de septiembre de 2009, Magistrado Ponente: Alfredo Gómez Quintero, radicado 30.411

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 7 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Javier Zapata Ortiz, radicado 29791

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de octubre de 2009, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado 29614

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 3 de febrero de 2010, Magistrado Ponente: Yesid Ramírez Bastidas, radicado: 32320

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado: 30291

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 28 de julio de 2010, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca, radicado 34.202

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 4 de septiembre de 2012, Magistrado Ponente José Luis Barceló Camacho, radicación 38126.

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 5 de junio de 2013, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique malo Fernández, radicado 39015

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de marzo de 2014, Magistrado Ponente: Eugenio Fernandez Carlier, radicado: 35492

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 13 de agosto de 2014, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique malo Fernandez, radicado 38438

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de octubre de 2014, Fernando Alberto Castro Caballero, radicado: 34282

Corte Suprema de Justicia Sala Penal, sentencia del 12 de noviembre de 2014, Magistrado Ponente Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 42.617

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 10 de diciembre de 2015, magistrado ponente: Gustavo Enrique Malo Fernández, radicado 44.975

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de abril de 2016, Magistrado Ponente: Gustavo Enrique malo Fernandez, radicado: 42001

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia del 22 de junio de 2016, Magistrado Ponente Eugenio Fernández Carlier, radicación 42930

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 5 de octubre de 2016, magistrado ponente: José Francisco Acuña Vizcaya, radicado 40.089

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 23 de noviembre de 2016, Magistrada Ponente Patricia Salazar Cuéllar, radicación 46037

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 18 de enero de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado: 47100

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 11 de octubre de 2017, Magistrada Ponente: Patricia Salazar Cuellar, radicado: 44609

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de junio de 2018, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado: 47603

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 8 de agosto de 2018, magistrado ponente: Fernando Alberto Castro Caballero, radicado 49673

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 17 de julio de 2019, magistrado ponente: Jaime Humberto Moreno Acero, radicado 53.479

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 6 de agosto de 2019, Magistrado Ponente: Eyder Patiño Cabrera, radicado 52.720

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 27 de agosto de 2019, Magistrado Ponente Jaime Humberto Moreno Acero, radicado 55.033

Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia del 12 de febrero de 2020. Magistrado ponente: Eyder Patiño Cabrera. Radicado 51.094.

Sentencias del Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 26 de noviembre de 2009, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 27001-23-31-000-2003-00471-02(1385-09), actor: Silvio Elías Murillo Moreno.

Consejo de Estado, Sección Quinta, de 8 de marzo de 2018, Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación: 25000-23-24-000-2005-01532-01, actor: Compañía Suramericana de Servicios de Salud.

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 3 de diciembre de 2018, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2013-00328-00, actor: Jaime Orlando Salazar Chávez

Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 3 de octubre de 2019, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, radicación: 11001-03-24-000-2007-00359-00, 11001-03-24-000-2007-00369-00 Y 11001-03-24-000-2007-00373-00 (ACUMULADOS), actor: Diego Muñoz Tamayo.

Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de diciembre de 2019, Consejero Ponente: Carlos Enrique Moreno Rubio. radicación: 11001-03-28-000-2019-00028-00. Actor: Partido de Reivindicación Étnica.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de febrero de 2019, radicación: 20001-23-33 000-2013-00189-02(0881-17), Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, actor: Rafael Emilio Aponte Valverde

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 17 de octubre de 2019, Consejero Ponente: Rafael Francisco Suárez Vargas, radicación: 50001-23-33-000-2013-00127-01(2067-14). Actor: Luz Mireya González Perdomo.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 6 de junio de 2019, Consejero Ponente: William Hernández Gómez, radicación: 50001-23-33-000-2014-00058-01(1144-16), actor: Fabio Alexander Rodríguez Sánchez.

Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 23 de septiembre de 2019, Consejero Ponente: Gabriel Valbuena Hernández, radicación: 52001-23-33-000-2013-00054-01(0992-15), actor: Édgar Gerardo Rosero Pérez.

