

ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO PENAL EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS (Art. 409, Ley 599/2000), DESDE LA DOCTRINA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

ESPECIAL REFERENCIA AL ANALISIS JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL, DURANTE EL AÑO 2017.

POR:

DIEGO ANDRES ALVAREZ CASTRO

Código: 79723070

Correo: daac73@gmail.com

DIRECTOR:

Dr. ALEXANDER DIAZ PEDROZO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

Derecho Penal e Implementación del Sistema Penal Acusatorio

SUBLÍNEA DE INVESTIGACIÓN

**Derecho Penal e Implementación del Sistema Penal Acusatorio
Contratación Estatal**

**UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA
FACULTAD DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
BOGOTÁ
2017**

TABLA DE CONTENIDO

| | Pág. |
|---|-----------|
| 1. Resumen..... | 4 |
| 2. Abstract..... | 4 |
| 3. Palabras Claves | 5 |
| 4. Keywords..... | 6 |
| 5. Introducción..... | 8 |
| 6. Planteamiento de problema de investigación | 9 |
| 7. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN | 12 |
| 8. OBJETIVOS..... | 13 |
| a. OBJETIVO GENERAL | 13 |
| b. OBJETIVOS ESPECÍFICOS..... | 13 |
| 9. Metodología | 14 |
| 10. Del interés ilícito al interés indebido en la celebración de contratos..... | 15 |
| 11. Estado del arte | 16 |
| 12. El interés indebido en la celebración de contratos estatales | 18 |
| La intervención del servidor público en los trámites, Etapa Preparatoria. | 25 |
| La intervención indebida del servidor público en la celebración del contrato | 26 |
| 12.1 El interés indebido del servidor público a favor de la administración..... | 26 |
| 13. Estructura y elementos del delito de Interés indebido en la celebración de contratos | 28 |
| a. Tipicidad | 30 |
| b. Antijuridicidad | 35 |
| c. Culpabilidad..... | 36 |

| | |
|--|-----------|
| 14. Análisis jurisprudencial Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respecto del delito de interés indebido en la celebración de contratos, año 2017..... | 37 |
| 15. Conclusiones..... | 41 |
| 16. Bibliografía..... | 43 |
| 16.1 Referencias Bibliográficas | 43 |
| 16.2 BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA | 47 |
| 16.3 Índice de Tablas..... | 51 |

1. Resumen

Se propone acá, un artículo de reflexión que aborde el delito en que pueden incurrir los servidores públicos, de "Interés indebido en la celebración de contratos", al tener algún Interés diferente al general, en un proceso de contratación estatal, dilucidando si este, efectivamente llega a tener carácter de "delito" desde la óptica de la tipicidad o si meramente corresponde a una acción con sanción fiscal y/o disciplinaria, a partir de la conceptualización del citado delito desde el análisis de los doctrinantes nacionales y la interpretación que ha dado la Corte Suprema de Justicia (en su jurisprudencia), en desarrollo la conceptualización que le otorga el carácter de delito, toda vez que hay quienes sostienen desde su inexequibilidad por vulneración entre otros del derecho penal de acto, al considerar que con el punible se sanciona sólo el ánimo o la intencionalidad del autor, mientras que otros sostienen que la tipificación resulta trivial puesto que "el interés indebido" tipifica otras conductas punibles.

2. Abstract

A reflection article is proposed that deals with the crime in which public servants may incur, of "undue Interest in the conclusion of contracts", having some Interest different from the "general interest", in a state contracting process, elucidating if this , in fact, it has the character of "crime" from the point of view of the typicity or if it merely corresponds to an action with fiscal and / or disciplinary

sanction, starting from the conceptualization of the aforementioned crime from the analysis of national doctrinants and the interpretation that the Supreme Court of Justice (in its jurisprudence), in the development of the conceptualization that gives it as a crime, since there are those who argue from their unlawfulness for infringement among others of the criminal law of act, considering that with the punishable is sanctioned only the spirit or intentionality of the author, while others argue that the typing is trivial since "undue interest" typifies other punishable behaviors.

3. Palabras Claves

Indebido, Contrato Estatal, Funcionario, Servicio Público, Tipicidad.

Se presentan a continuación los conceptos (palabras claves) sobre los que gira el presente artículo, junto con su definición:

a) **Indebido**: (Real Academia Española, 2018)

1. adj. Que no es obligatorio ni exigible.
2. adj. Ilícito, injusto y falta de equidad

b) **Contrato Estatal**:

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, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación... (Morales Restrepo, 2013).

c) **Funcionario:**

Toda persona que desempeña una función o servicio, por lo general público.
(Cabanelas de Torres, 2006)

d) **Servicio público:**

Concepto capital del Derecho Político y del Administrativo es éste del servicio público, que ha de satisfacer una necesidad colectiva por medio de una organización administrativa o regida por la administración pública (Cabanelas de Torres, 2006)

e) **Tipicidad:**

... serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el código o las leyes, para poder castigarlos.

Abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito.
(Cabanelas de Torres, 2006)

4. Keywords

Undue, State Contract, Official, Public service, Typicity.

The concepts (key words) on which this article revolves, along with its definition are presented below:

a) **Undue:** (Real Academia Española, 2018)

1. adj. That is not mandatory or enforceable.

2. adj. Illicit, unfair and unfair

b) **State Contract:**

State contracts are all legal acts generating obligations that are carried out by the entities referred to in this statute, provided for in private law or in special provisions, or derived from the exercise of the autonomy of the will, as well as those that, on a Enunciative, are defined below ... (Morales Restrepo, 2013).

c) **Official:**

Any person who performs a function or service, usually public. (Cabanelas de Torres, 2006)

d) **Public service:**

Capital concept of Political and Administrative Law is this one of public service, which has to satisfy a collective need through an administrative organization or governed by public administration (Cabanelas de Torres, 2006)

e) Typicity:

... series of acts contrary to the norm and that by damaging social coexistence are sanctioned with a penalty, being defined by the code or the laws, in order to punish them.

Concrete abstraction that the legislator has drawn, discarding the unnecessary details for the definition of the fact that is cataloged in the law as a crime. (Cabanelas de Torres, 2006)

5. Introducción

En nuestra realidad actual Colombiana y a causa de los conocidos escándalos que se vienen sucediendo continuamente en torno a la contratación Estatal y la vulneración del bien jurídico del Interés o el beneficio general, resulta de suma importancia estudiar los argumentos adoptados tanto por los principales doctrinantes en materia Penal Nacional como la postura e interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal), en relación con la responsabilidad de los servidores públicos frente a los delitos que competen a la Celebración Indebida de Contratos, y más puntualmente al delito de “Interés indebido en la celebración de contratos.”, con el interés de determinar luego de su análisis, si éste delito penal efectivamente cumple con los elementos de estructura de un “Tipo Penal” , para lo cual, en éste artículo se sustenta un análisis de la doctrina existente en la materia, (doctrina ésta que analiza e incluso cuestiona en diferentes posturas, la aplicación de este tipo penal); una revisión general de la

jurisprudencia relacionada y un análisis puntual de acuerdo con la metodología de (López Medina, 2017), de la jurisprudencia emitida durante el año 2017 por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, que permiten comprender la interpretación del tipo penal, no solamente desde la ley sino desde la óptica actual de la Doctrina y de la jurisprudencia, discriminando la configuración del delito a partir de la conceptualización de las características del concepto “Indebido” que reemplazó la denominación de “celebración ilícita de Contratos”, existente hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000.

De tal forma se realiza acá, un completo análisis tanto de la doctrina nacional y la jurisprudencia relevante en relación al análisis del delito de interés indebido en la celebración de contratos y se profundiza en la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en el año 2017, en relación con la “aplicación de la tipicidad del delito” de Celebración Indebida de Contratos, observando si se asumió en su postura la correspondencia con la subjetividad que puede dar lugar a la constitución de un delito o solamente a ser un hecho merecedor únicamente de sanción disciplinaria o fiscal como lo argumentan algunos doctrinantes.

6. Planteamiento de problema de investigación

Pese a que el ejercicio de la función pública y el accionar del Estado sobre sus administrados posee una jurisdicción propia, es decir la Contencioso Administrativa, surgida tal como lo explica (Cassese, 2000), con el ánimo de regular la desigualdad presente entre administradores o “sujetos públicos” y administrados

o “sujetos privados”, surgida a través de la necesidad de reglar la potestad de actuación del “aparato estatal” en su ejercicio legítimo y democrático del poder a través obviamente de sus funcionarios, para lo cual desarrolla todo un marco legal y normativo que en nuestro caso deviene incluso desde la Constitución Política, cuando se presentan fenómenos de corrupción administrativa, que atentan contra la administración pública y que representan en nuestra sociedad un alto grado de reproche, puesto que tal como lo dice (Ossa, 1995), involucran ataques muy trascendentales a un bien jurídico de la mayor relevancia, puesto que resulta un daño a todos, por lo que al ser lesionado el bien jurídico del interés general y la misma administración pública, el Estado, como titular de dicho bien jurídico, en aras de proteger su misma actividad pública y en la búsqueda de que la misma se ejerza libre de cualquier tipo de presión, con “honradez”, rectitud, diligencia y adicionalmente no solo observancia de la actuación de sus funcionarios sino también de los particulares que “ejercen” funciones públicas, para que aquellos no faciliten su descrédito, tipifica estas conductas penalmente con el ánimo de por una parte desestimular como lo dice (Escobar López, 2017) la tentación del “dinero fácil” y la posibilidad del enriquecimiento con el patrimonio público por parte de agentes que no poseen una fuerte escala moral y de valores, y por la otra combatir un fenómeno en aumento que tal como lo manifiesta (Benavides, 2012) “ha venido ganando espacios en la literatura académica internacional y sus efectos perversos sobre las naciones son cada vez más conocidos. Colombia no escapa a esta realidad, sin embargo, los estudios locales sobre el tema son aun reducidos.”, máxime cuando dicho fenómeno no solo afecta en nuestra dinámica interna, sino

que también como lo afirma (Casas & María, 2013), afecta el país a nivel internacional para la inversión.

En Colombia se viene realizando en los últimos años un gran esfuerzo para combatir este fenómeno, baste con aludir a la expedición que podría llamarse “reciente” de la Ley 1474 de 2011, y sus reformas a los tipos penales contemplados en el título XV de nuestro Código Penal (Ley 599 de 2000), junto a un favorecimiento social que hoy por hoy mira cada vez menos con indiferencia o complicidad este fenómeno.

De la misma forma en que evoluciona el Derecho, con el fin de dar respuesta a las demandas de la sociedad y de su momento histórico, creando como se dijo antes, diferentes ramas para proteger un mismo bien jurídico tutelado, y en nuestro caso específico del área penal, creando también nuevos tipos penales, dependiendo de cómo evoluciona la conducta criminal de los servidores públicos que buscan beneficio particular desde el ejercicio de sus funciones, y asimilando que hoy por hoy, cobra especial relevancia el concepto de “precedente”, a partir de nuestra Constitución Política de 1991 y el surgimiento del Juez Constitucional por una parte, y por otra, parafraseando a (López Medina, 2017), la importancia actual del Juez (constitucional), como un creador consiente de subreglas a través de su jurisprudencia, cambiando la posición de simple aplicador pasivo de los textos.

Es así que dentro del surgimiento de estos nuevos tipos penales, surge el tipo de “**Interés indebido en la celebración de contratos**”, contemplado en el artículo 409 del Capítulo Cuarto “**De la celebración indebida de contratos**”, del

Título XV “**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA**” de la LEY 599 DE 2000 Por la cual se expide el **Código Penal Colombiano**, delito que resulta de muy difícil interpretación puesto que al sancionar un “interés”, resulta confuso en primera medida, el hecho de si en esta tipificación del punible se sanciona el sólo ánimo o la mera intencionalidad del sujeto activo y por otra parte si la tipificación de dicho interés indebido resulta frívola toda vez que con el citado “interés indebido” se materializa la comisión de otras conductas punibles.

7. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN

A partir de este planteamiento del problema sobre si en efecto, ¿puede el derecho penal sancionar un elemento de carácter subjetivo, en el delito de Interés indebido en la celebración de contratos?, a la luz de los argumentos de la doctrina nacional y la postura adoptada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia durante el año 2017?; surge la necesidad de realizar la presente investigación que esclarece la pregunta: **¿CUALES SON LOS ELEMENTOS QUE ESTRUCTURAN EL TIPO PENAL, EN EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS (Art. 409, Ley 599/2000), DESDE LA POSTURA DE LA DOCTRINA NACIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA?**

8. OBJETIVOS

a. OBJETIVO GENERAL

Realizar un análisis de carácter doctrinal y jurisprudencial que muestre tanto la postura académica adoptada por los doctrinantes en la materia, como el precedente establecido por la Corte Suprema de Justicia en relación con el delito de “Interés indebido en la celebración de contratos.”, (Artículo 409, LEY 599 DE 2000), respecto a la estructura típica, el sujeto activo y la conducta típica, en un periodo comprendido desde el nacimiento de la tipificación de la conducta (1999) a la fecha, haciendo un especial énfasis en la actual postura de interpretación del tipo penal, (año 2017), adoptada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia.

b. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Precisar el cambio normativo que define y reemplaza el anterior tipo penal de interés ilícito por el actual interés indebido, en la celebración de contratos.

Precisar la posición tanto de la jurisprudencia como de de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a la estructura típica del delito de “Interés indebido en la celebración de contratos.”, (Artículo 409, LEY 599 DE 2000),

Realizar un análisis gráfico acorde a la metodología establecida por (López Medina, 2017), de la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, durante el año 2017, respecto del delito de “Interés indebido en

la celebración de contratos.”, en cuanto a su estructura típica: tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad, que permita analizar la existencia de una línea jurisprudencial sólida a seguir como precedente que por regla de reiteración sea de obligatorio cumplimiento.

9. Metodología

El presente artículo efectúa a través de la aplicación de una metodología exploratoria – descriptiva, (García, 2009), un análisis que de forma ordenada, metodológica y sistematizada, en primer lugar, dilucida la postura doctrinante y en segundo lugar, la posición actual de la Corte Suprema de Justicia, a partir de las sentencias emitidas durante el año 2017, respecto del delito de Interés indebido en la celebración de contratos, para desde un enfoque explicativo, brindar resultados que simplifiquen o sirvan de base para abrir nuevas líneas de investigación respecto al tema.

El procedimiento empleado fue la exploración y selección de la literatura existente sobre el tema propuesto, centrándose en la doctrina de carácter penal y de preferencia emitida por doctrinantes nacionales, así como la jurisprudencia general alrededor del concepto del interés indebido, ahondando en las sentencias producidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal durante el año 2017, en las que se pronuncie respecto del “Interés indebido en la celebración de contratos”, buscando con esto determinar cuál es la demarcación de los argumentos establecidos por la Doctrina y la Corte Suprema de Justicia en el

análisis de la configuración del delito y la constitución del interés indebido que lo origina.

10. Del interés ilícito al interés indebido en la celebración de contratos.

Dentro del “manejo” de los asuntos públicos, la contratación estatal representa una herramienta que debe ser manejada con el mayor de los cuidados y la observancia de los sujetos que por potestad legal poseen la competencia para celebrarla, para lo cual, el legislador ha desarrollado una completa regulación de las conductas a considerar como “delictivas”, producto de un marcado reproche a la vulneración del bien jurídico del “Interés General”. En la ley Colombiana, el desconocimiento del régimen contractual se encuentra tipificado en una serie de delitos especiales denominados “Delitos contra la administración pública”, contemplados en el Título XV (Art’s 397 al 415, en lo que a contratación se refiere específicamente), y para el caso de interés, en su Capítulo Cuarto, Artículo 409, se encuentra el Interés Indebido en la Celebración de Contratos, que como lo manifiesta (Escobar López, 2017), abandona el concepto que hasta el momento de promulgación de la citada Ley existía, de “intereses ilícitos en la celebración de contratos”, por este nuevo de “Indebido”, que es mas omnicompreensivo de la conducta irregular en que puede incurrir el servidor público en la contratación estatal.

11. Estado del arte

Dentro de los trabajos relacionados con el Interés indebido en la celebración de contratos, pueden mencionarse el de Cano (2016) quien desarrolló un trabajo en el que analiza las generalidades para la investigación de este delito; de acuerdo con ese trabajo, se presentan las tres modalidades de la celebración indebida de contratos, sus características generales, consecuencias jurídicas, penales y administrativas. De igual forma, debido a que este tipo de delito específicamente centra su actuar en la contratación estatal, se brinda un panorama básico de los elementos constitutivos de esta actividad pública, tales como, qué es el contrato, la documentación que interviene en el contrato, su origen, el marco normativo y los demás elementos legales y administrativos que permiten determinar el origen de la falta y su accionar desde la óptica administrativa.

A su vez, Cháves (2011) estudió la imputación penal en los delitos de celebración indebida de contratos. De acuerdo con ese trabajo, la teoría de la imputación objetiva se constituye en una figura jurídica imprescindible en el análisis previo que tiene que realizar el operador jurídico frente a los delitos de la celebración indebida de contratos. Esa teoría permite determinar con precisión cuándo la lesión a un bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública, especialmente de la celebración indebida de contratos, debe ser considerada como la obra de un determinado sujeto y serle imputada.

Montañez (2015) estudió la jurisprudencia relativa a los elementos del tipo penal en el delito de celebración indebida de contratos durante el año 2014,

buscando establecer la forma como los servidores públicos pueden incurrir en él cuando tienen algún Interés en un proceso contractual, y si este efectivamente llega a tener el carácter de delito desde el punto de vista de la tipicidad o simplemente se consideraría una acción con sanción administrativa y/o disciplinaria, por lo que se requiere tener en cuenta aspectos previamente analizados por doctrinantes y jurisprudenciales (en especial el año 2014), en el desarrollo de la aplicación del delito. El autor concluye que la respuesta al problema planteado, consistente en si debe entrar el derecho penal a sancionar un indebido comportamiento en el delito de Interés Indebido en la celebración de contratos, y concluye que efectivamente si es indispensable la tipificación de este delito, no solo porque reúne los elementos del tipo penal, sino porque tiene un fin, el cual es la omisión del cumplimiento de los principios de la Contratación Estatal de la Administración Pública, y por consiguiente del interés general sobre el particular, ante la búsqueda de un provecho para sí o el de un tercero, en razón de su cargo, por lo que a pesar de ser reprochable moralmente, como un “indebido comportamiento”, ante su nivel de reprochabilidad, no está por fuera del derecho penal.

Así mismo, Montañez (2015) considera que el tema siempre será objeto de debate en el sentido de cuestionar por qué se tipifica como celebración indebida de contratos, y no como celebración ilícita de contratos, tal como lo establecía el anterior Código Penal Colombiano, y si efectivamente la conducta debe considerarse como penal o simplemente una actuación administrativa, concluyendo también que el delito de celebración indebida de contratos se encuentra ajustado a la tipificación, porque reúne los elementos para ser elevado a esta categoría.

12. El interés indebido en la celebración de contratos estatales

Artículo 409, Ley 599 de 2000, Interés indebido en la celebración de contratos. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. 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 cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

El tema de la contratación pública ha sido de interés de muchos autores, debido a que puede enfocarse desde múltiples perspectivas, como son la económica, la jurídica, la social, la administrativa, etc.

Igualmente, dentro de la visión eminentemente jurídica también pueden estudiarse las diferentes modalidades de contratación estatal existentes, así como los procesos o etapas tales como las actividades precontractuales, la ejecución contractual o la fase de liquidación de los contratos.

Teniendo en cuenta que el presente trabajo se enfoca en la celebración indebida de contratos, a continuación, se presentan algunos conceptos básicos necesarios para abordar el estudio de esa tipificación penal.

El contrato estatal es un instrumento jurídico utilizado por la Administración Pública, y por esa razón debe proteger tanto el interés público como los recursos del tesoro; en consideración de esta situación, la ley otorga al contrato estatal una preeminencia que se materializa a través de potestades excepcionales con respecto

al derecho común, las que pueden ejercerse mediante actos administrativos motivados y que incluyen la caducidad, la interpretación, la modificación, la terminación unilateral, la reversión, las multas, la declaratoria de incumplimiento y la cláusula penal pecuniaria. (Ramos Acevedo, 2013) El único propósito que debe mover a la administración en cualquier actuación es el de satisfacer el interés público (Rivero, 2012).

Es a partir de allí, que el principio de legalidad ha sido entendido como el “respeto de las reglas a las que les son superiores”, por lo que a medida que la regla sea inferior la exigencia de la legalidad aumenta; este principio de legalidad no se debe entender y aplicar de manera general y abstracta a la actuación de la Administración; se afirma que el principio de legalidad, entendido como la sumisión de la Administración al derecho tiene una zona de tolerancia, mejor llamada zona de libertad. (Rivero, 2012) La extensión de la responsabilidad administrativa se ha manifestado en diferentes aspectos; en primer lugar la responsabilidad se fue extendiendo a algunos servicios que inicialmente se habían excluido de la responsabilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía; así mismo la culpa exigida para comprometer la responsabilidad estatal se hizo cada vez más rígida, pasando de la culpa grave inicialmente exigida, a considerar que cualquier nivel de culpa hace responsable al Estado e incluso en algunos casos esa responsabilidad se consagra de manera independiente de la culpa, además de que las reglas aplicables para la determinación de la indemnización de los perjuicios ocasionados por el Estado se han vuelto cada vez más favorables a los perjudicados; incluso se ha permitido en un número de casos cada vez mayor que

se acumule la responsabilidad imputable al funcionario y a la administración, lo que hace que el perjudicado pueda perseguir tanto a la persona natural como a la jurídica. (Mármol, 2016)

Como ser social, el hombre no puede bastarse a sí mismo: el libre juego de las iniciativas privadas le permiten atender a algunas de sus necesidades, gracias a la división del trabajo y a los intercambios; pero existen otras, de las más esenciales, que no pueden recibir satisfacción por esta vía, sea porque siendo comunes a todos los miembros de la comunidad, ellas exceden por su amplitud las posibilidades de cualquier particular (como la necesidad de la seguridad nacional), sea porque su satisfacción no permita, por su naturaleza, obtener ganancias, de tal manera que nadie se ofrecerá a asegurarla.

Estas necesidades, a las cuales la iniciativa privada no puede responder, y que son vitales para la comunidad entera y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio propio de la administración: “es la esfera del interés público”. (Rivero, 2012)

El artículo 3 de la Ley 155 (1959) señaló con respecto al ámbito subjetivo de aplicación, que la misma se aplicaría tanto a los comerciantes como a cualesquiera otros participantes en el mercado; la aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo en el acto de competencia desleal. La esencia del derecho a la libre competencia “consiste en la posibilidad de acceso al mercado por parte de los oferentes sin barreras injustificadas” (Sentencias C-228, 2010), por lo que la protección debe

enfocarse en primer lugar en los oferentes, procurando que puedan acceder y participar en las licitaciones y concursos, sin barreras injustificadas.

Dadas estas condiciones, de acuerdo con Archila y Pabón:

La Entidad contratante debe: (i) garantizar la libre competencia en los procesos de contratación; (ii) dando certeza y seguridad -i.e. garantizando- a los proponentes sobre que el proceso de selección no tiene ni tendrá barreras de acceso y que podrán participar con igualdad de oportunidades; (iii) para así poder obtener, en condiciones objetivas y transparentes, la propuesta más favorable (Archila & Pabón, 2012, pág. 25).

Igualmente el artículo 72 de la Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, señala dentro de las funciones del Programa Presidencial de Modernización, Eficacia, Transparencia y Lucha contra la Corrupción, la de: *“Solicitar ante la entidad pública contratante la revocatoria directa del acto administrativo de adjudicación de cualquier contrato estatal cuando existan serios motivos de juicio para inferir que durante el procedimiento precontractual se pudo haber presentado un delito o una falta disciplinaria grave”* (Ley 1474, 2011).

Sin embargo, es probable que sea la misma entidad pública, actuando como agente de mercado, la que intervenga en el proceso y lo afecte de manera tal que no sea posible cumplir con la condición de libre competencia.

Dentro de las formas como la entidad pública puede intervenir en el proceso está la configuración de unos términos de referencia diseñados mediante acuerdo con un proponente en condiciones tales, que solamente esa firma pueda satisfacer los requisitos técnicos, económicos o legales establecidos, con lo cual las demás empresas existentes en el mercado y dedicadas a la misma actividad, se ven imposibilitadas de participar en el proceso.

Este tipo de comportamiento se puede constituir en una conducta anticompetitiva de parte de la entidad contratante si se tiene en cuenta que, como se dijo antes, no se requiere el análisis del mercado relevante; así, por ejemplo, durante el año 2013 se presentó en los Departamentos de Sucre, Atlántico, Cesar, Magdalena y Guajira una situación alrededor del proceso de licitación para la operación del juego de apuestas permanentes conocido como el chance. En ese caso se denunció que los términos de la licitación habían sido diseñados de manera tal que solamente la firma APOSUCRE podría cumplirlos, dado que dentro de los requisitos establecidos en los términos de referencia se fijó la exigencia de una experiencia en la operación de ese tipo de juegos por un período que solo podría ser acreditado por esa firma (Contraloría General de la República, 2013).

Frente a esa denuncia, la Contraloría General de la República, en virtud del artículo 267 de la Constitución Pública que señala que el control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, actuó emitiendo una advertencia sobre la improcedencia legal de contratar directamente la concesión del juego de apuestas permanentes en el Departamento de Sucre con

personas que podrían estar incursas en inhabilidad y que han recibido calificación insatisfactoria en los indicadores de gestión y eficiencia y operación de ese juego. Otro mecanismo que suele emplearse en los procesos de contratación pública y que impide el ejercicio de la libre competencia, consiste en la contratación directa mediante la celebración de convenios interadministrativos con entidades públicas, así como la contratación con entidades sin ánimo de lucro; estos métodos hacen que resulte imposible para los demás actores del mercado participar de tales procesos.

Ese tipo de práctica de hecho se ha presentado en otros procesos; de acuerdo con la Procuraduría General de la Nación:

La escogencia del contratista en las entidades territoriales visitadas la efectúan preferiblemente por contratación directa, a través de convenios interadministrativos y con entidades sin ánimo de lucro, sin el cumplimiento de los requisitos exigidos por ley. En el municipio de Tumaco, en los pliegos de condiciones o términos de referencia de los concursos públicos, se incluyen condiciones excluyentes que impiden la participación plural de oferentes, beneficiando siempre a los mismos proponentes. En el departamento de Sucre existe incumplimiento en la ejecución de algunos contratos, sin que las autoridades locales competentes hagan efectivas las cláusulas contenidas en el contrato, tampoco existen informes por parte de la interventoría sobre el incumplimiento de la ejecución del contrato. (Procuraduría General de la Nación, 2010, pág. 38)

Debe considerarse que el artículo 355 de la Constitución Política de manera expresa señala que “El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de

impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo” (Constitución Política, 1991).

En esta materia, el artículo 87 de la Ley 1474 modificó el numeral 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, estableciendo que: Previo a la apertura de un proceso de selección, o a la firma del contrato en el caso en que la modalidad de selección sea contratación directa, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones, según corresponda. Cuando el objeto de la contratación incluya la realización de una obra, en la misma oportunidad señalada en el inciso primero, la entidad contratante deberá contar con los estudios y diseños que permitan establecer la viabilidad del proyecto y su impacto social, económico y ambiental.

Esta condición será aplicable incluso para los contratos que incluyan dentro del objeto el diseño. Y en cuanto a la contratación interadministrativa, el artículo 92 de la Ley 1474 modificó el inciso primero del literal c) del numeral 4 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, señalando que la modalidad de selección de contratación directa solamente procederá en los casos en que las obligaciones derivadas del mismo tengan relación directa con el objeto de la entidad ejecutora señalado en la ley o en sus reglamentos¹.

¹ Se exceptúan los contratos de obra, suministro, prestación de servicios de evaluación de conformidad respecto de las normas o reglamentos técnicos, encargos fiduciarios y fiducia pública cuando las instituciones de educación superior públicas o las sociedades de economía mixta con participación mayoritaria del Estado, o las personas jurídicas sin ánimo de lucro conformadas por la asociación de entidades públicas, o las federaciones de entidades territoriales sean las ejecutoras.

Igualmente, existen actuaciones que recaen, no en la administración misma sino en sus representantes, los servidores públicos, quienes son precisamente a quienes va dirigido el tipo penal que nos ocupa.

Es cuando existe un “interés” del servidor público, con un objetivo marcado, y es, obtener provecho, directa o indirectamente, provecho que no necesariamente ha de ser económico, puede ser también de índole laboral, académica, o cualquier otra naturaleza puesto que el legislador no especifica el hecho de que el provecho obtenido deba ser financiero, como sí lo hacía el Código Penal de 1936, cuando se refería a “negociaciones incorrectas”

Este delito tiene, adicional a la fuente legal ya descrita en nuestro Código Penal, un sustento constitucional plasmado en los artículos 6, 13, 90 y 124 (Constitución Política, 1991), y, de acuerdo con (Escobar López, 2017), existen unos momentos específicos en que el actuar del servidor público puede configurar la comisión del punible de interés indebido en la celebración de contratos, estos son:

La intervención del servidor público en los trámites, Etapa Preparatoria.

En este momentum, la intervención comprende toda la denominada fase pre contractual, es decir, desde la elaboración de los estudios previos (bien sean de carácter técnico o legal que constituyan requisitos habilitantes para el futuro contrato), los denominados “Pre pliegos” y la respuesta a las observaciones que realicen los posibles futuros proponentes hasta que concluye la correspondiente licitación, momentos en los cuales, pese a que aún no existe contrato, si se llegaren a generar expectativas para quienes eventualmente pudieren resultar en

contratistas, el servidor que realizó el trámite incurrió en la conducta de interés indebido aunque solo intervenga en esta primera etapa del proceso.

La intervención indebida del servidor público en la celebración del contrato

Cuando finalizada la fase preparatoria, y surge la suscripción del contrato estatal, momento en que nace a la vida jurídica la obligación entre el contratista y el Estado, pero aún no existe obligatoriamente la ejecución del objeto, puesto que el mismo puede aún **no ser aprobado**, surge la comisión de uno de los tipos penales denominados por Carrara como “propio”, a raíz del abuso del poder que ostenta el funcionario o servidor, en razón a su cargo, (abuso de poder de orden funcional).

Valga aclarar que en este momento, y como la conducta solamente puede ser realizada por un sujeto calificado, el particular no queda incluido en la comisión del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, como si ocurriría en otros tipos como lo es el cohecho por dar u ofrecer.

12.1 El interés indebido del servidor público a favor de la administración

La postura Doctrinal considera que el hecho o la conducta del interés indebido lo configura un “interés patrimonial” del cual deriva un “provecho propio o de un tercero” (situación o beneficio que como ya se explicó anteriormente, no necesariamente redundará en temas económicos, y donde el beneficio, en un concepto propio podría dirigirse a obtener reconocimientos o subvenciones de

índole laboral, otorgadas también en mi concepto por ese tercero beneficiado llamado Estado), tal como lo manifiesta (Pérez, 1985), pág 231:

...El interés que mueve al empleado en favor de la administración no puede ser delictivo, por que el beneficio, si se persigue, es público y no privado. El artículo 145 (hoy 409, del actual Código Penal), se refiere al interés por el provecho del empleado o de terceros. Entre estos terceros no figura la administración. La norma no la menciona siquiera.

Sin embargo y más acorde a la postura propia de discernimiento, la jurisprudencia ha propendido por considerar consumado el ilícito, incluso si el servidor público hace manifiesta, con su actuar, la intencionalidad de generar beneficio en favor esta vez del Estado (o si se prefiere, la Administración), al que presta sus servicios, resultando indebidamente beneficiada la Administración Pública, acorde a lo manifestado por (Escobar López, 2017), citando a la Corte Suprema de Justicia, (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 1982):

...si el interés particular deviene en favor de la administración (verbigratia, el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para esta), 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. El interés, así traduzca este un aprovechamiento económico, puede permitir un beneficio para la administración o para terceros. No se correlaciona nada utilidad y daño. Son dos aspectos indiferentes y ajenos al problema de la negociación incompatible que persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o interés particular. Además, la naturaleza de este delito es el de ser formal y no de resultado.

13. Estructura y elementos del delito de Interés indebido en la celebración de contratos

Habiendo planteado la inquietud respecto de si en efecto, ¿puede el derecho penal sancionar un elemento de carácter subjetivo, en el delito de Interés indebido en la celebración de contratos?, es en este capítulo donde se dilucida en efecto la potestad estatal de sancionar una conducta de carácter subjetivo como lo es el “interés **indebido**”, en el sentido de indicar si efectivamente se debe configurar como típico el delito de Celebración Indevida de Contratos, o solo es una actuación que requiere sanción administrativa, máxime los problemas al determinar el fin que persigue la tipicidad, por lo que es importante tener en cuenta el planteamiento, entre otros, (Narváez, 2004) afirma:

Frente a esta conducta, cabe anotar que se han presentado antecedentes respecto a la modificación dada en la Ley 599 de 2000, cuyas modificaciones implicaron una denominación más amplia del delito por cuanto se sanciona no solamente el interés ilícito sino que su intromisión sea indebida, cuyo núcleo rector de la conducta es la expresión interesarse lo cual implica problemas al determinar el fin que persigue la tipicidad , es así que la Jurisprudencia al respecto del bien jurídico tutelado, por cuanto como lo hemos referido la amplitud de la nueva definición conlleva una problemática al determinar el bien jurídico.

En el mismo sentido se pronunció (Ferreira Delgado, 2006), cuando manifestó que la acción descrita en el artículo 409 resulta inocua, puesto que, si el interés se concreta al intervenir en la elaboración, aprobación, o celebración del contrato y con dicha intervención se hizo real, se tipifica el delito del artículo 408 del C. Penal, (Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades), sobrando el texto del artículo 409. La tipicidad consagrada en la última norma se refiere a la violación fáctica de incompatibilidades en la contratación

Sin embargo, dentro de una corriente doctrinante opuesta a la anterior, se encuentra la posición que no solo justifica la tipificación de la conducta del “Interés **indebido**”, valga citar al Dr. (Santofimio , 2000):

Resulta difícil para el legislador, dadas las complejidades del contrato del Estado, precisar todas las conductas constitutivas de ilícito a partir del contrato estatal, (...), dadas las variadas características del mismo, e incluso, en muchos casos, la pluralidad de procedimientos, objetos, modalidades de ejecución, etc., resulta difícil proceder a redactar un tipo penal que contenga definiciones concretas o específicas sobre conductas punibles derivadas del mismo. Se correría el riesgo de dejar por fuera irregularidades o ilegalidades trascendentales, y desprotegerían de esta manera el interés general, el patrimonio público y los bienes del Estado.

En este sentido, no obstante, las múltiples críticas que se le hacen a los delitos de celebración indebida de contratos, en nuestro concepto el legislador no tuvo otra alternativa que la de hacer descripciones genéricas al definir los delitos propios del contrato del Estado.

a. Tipicidad

A partir de posturas doctrinantes tan disímiles conviene entonces revisar la postura jurisprudencial, que a manera de precedente otorga finalmente los lineamientos a seguir, es así como la Corte Suprema de Justicia, sala de casación Penal, (expediente 2827, 1991) se pronunció al respecto en la siguiente manera:

El delito de celebración indebida de contratos **es un tipo penal en blanco** que precisa acudir a las disposiciones extrapenales que establece el régimen de la contratación de las entidades administrativas. Para que se configure no basta la simple y mera inobservancia de cualquiera de los requisitos de obligatorio cumplimiento establecidos por la Ley; se requiere, además, que se demuestre la culpabilidad dolosa y el elemento subjetivo consistente en el propósito de obtener provecho ilícito. (negrilla y subrayado propio).

A partir de este pronunciamiento, se ahonda entonces en la posición doctrinante surgida con fecha posterior a la sentencia citada, encontrando a autores como el de (Castro Cuenca, 2011) quien ahonda en un concepto que resulta unificador desde la doctrina en el sentido que manifiesta que el tipificado interés consiste en una pérdida de imparcialidad en la actividad de contratación y soporta su postura en los siguientes argumentos:

-En el delito es necesario que se demuestre que con la conducta del sujeto se afectó concretamente la imparcialidad, no del funcionario público, sino de la administración pública, mediante actuaciones administrativas concretas.

-El núcleo de lo injusto no puede consistir en la punición de una mera actitud interna, se requiere que al menos se exteriorice una puesta en peligro del bien jurídico. Agregan que además el delito de interés indebido tiene como características: a) el interés debe ser indebido; b) debe materializarse en actos externos; c) el interés puede surgir antes o durante la celebración del

contrato; d) puede estar referido a un contrato u operación administrativa y
e) el interés en el contrato u operación puede ser directo o indirecto.

Argumentos que coinciden con la posición anterior manifestada por la Corte Suprema de Justicia, quien mediante (radicado No. 15273, 2000), aclaró que el indebido provecho, no es necesariamente económico, puesto que simplemente se debe mostrar por parte del servidor, una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, y posteriormente a través de su Sala de Casación Penal aclaró enfáticamente la necesidad de la tipicidad del interés indebido en la celebración de contratos como un punible independiente en la siguiente forma:

... a diferencia de cómo lo concibe el casacionista trazando una línea divisoria infranqueable entre el interés lícito o debido de los funcionarios a la hora de contratar y los requisitos de la contratación, en ocasiones existe una relación estrecha entre los dos conceptos, de modo que el desvío de poder también conlleva el incumplimiento de los segundos...

El incumplimiento de esta regla de contratación, en este caso particular está vinculado directamente al acto de desviación de poder desplegado por el procesado... en detrimento de los principios de transparencia y selección objetiva...con el fin de favorecer a uno de los proponentes, optó por prescindir de su cumplimiento.

Pues bien, para la Sala,... esos síntomas denunciadores del desvío de poder o fundamentos probatorios de índole indiciario, revelan claramente el reprochable interés del procesado por favorecer a uno de los proponentes, más allá del incumplimiento de requisitos legales en la celebración de contratos.

Como el propósito perseguido con esta actuación fue el de ayudar a quienes prometieron el pago de las gratificaciones soslayando el bien común, pese a que para su consecución se violaron requisitos legales sustanciales de la

contratación pública, el delito tipificado es el de interés indebido en la celebración de contratos y no el de contrato sin cumplimiento de requisitos legales atribuido inicialmente al Senador MORENO ROJAS, pues el concurso aparente de delitos presentado, como ya se anunció, se resuelve en el primero de ellos...

A partir de allí, se constata en la reciente jurisprudencia, como ésta ha sido la postura de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, tal como se argumenta en la (Sentencia SP153, 2017), así:

...No obstante, se advierte claramente en el razonamiento que se desconoce por parte del recurrente el sentido de lesividad que comportan las conductas relativas a los delitos de Interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues en uno y en otro caso la afectación al interés jurídico no resulta de la concreción de un desmedro económico para el Estado, sino de la pretermisión de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal...

... Así las cosas, en relación con el cargo presentado en la demanda, como lo hace notar la Procuradora, olvida el recurrente, que la descripción típica contenida en los artículos 409 (interés indebido en la celebración de contratos) y 410 (contrato sin cumplimiento de requisitos legales) del Código Penal, no requieren para su estructuración de vulneración económica al bien jurídico tutelado, pues la Administración Pública, como bien protegido por el legislador, se afecta de diversas maneras.

Así, la ausencia de afectación al patrimonio público, no revierte en la antijuridicidad de la conducta desplegada por LUIS EDUARDO ESQUIVEL ARIAS, por cuanto, solo con el interés indebido para que SEAPTO S.A. continuara explotando el juego de chance en el Tolima, y la pretermisión de los requisitos para la celebración del contrato de adición, se lesionó la Administración Pública al desatenderse los principios generales de la

contratación estatal de transparencia y selección objetiva, tal como lo reseñó el Tribunal

Finalmente se tiene también que observar, desde la óptica Constitucional, la justificación de punitivizar la conducta del interés indebido, y es así que ya de antes, acorde a lo manifestado en la (Sentencia C-128, 2003), la Corte Constitucional argumentó la exequibilidad del tipo penal argumentando que:

... es claro que la actuación de los servidores públicos llamados a intervenir en el proceso contractual en cualquiera de sus fases (precontractual, de celebración, ejecución y terminación) se encuentra sometida al respeto del interés general, y que toda actuación de dichos servidores que se desvíe del cumplimiento de los fines estatales establecidos de manera general en la Constitución, así como de aquellos determinados por el legislador y por la propia administración en cada caso concreto...

... la desviación de poder no sólo se evidencia cuando se persigue un fin privado del titular de la competencia, sino en el evento en que es posible constatar la existencia de una divergencia entre los fines realmente perseguidos y los que, según la norma aplicable deberían orientar la decisión administrativa. ...

Ahora bien, la Corte llama la atención en este punto sobre el hecho de que bien puede suceder que un contrato se celebre sin que se infrinja el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, taxativamente fijado en la Constitución y en la Ley, cumpliendo igualmente los requisitos legales esenciales determinados específicamente para el tipo de contrato de que se trate, sin que esto impida que se vulnere el bien jurídico administración pública...

...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...

Se entiende entonces que, al afectarse con dicho **interés indebido**, el bien jurídico tutelado del “interés general”, en cabeza de la Administración pública, responsable de garantizar la aplicación de los principios de “transparencia, integridad, la idoneidad, la rectitud u honradez”. Interés general, que adicionalmente, resulta ser el mas importante de los sustentos y la justificación per sé del contrato estatal en su búsqueda de la satisfacción de las necesidades de los administrados, en relación a “lo que a todos nos pertenece”, dando cumplimiento a los principios de la (Ley 80, 1993) y normas complementarias, de modo pues que el sujeto pasivo de la vulneración del interés general somos todos, o más claro, es el Estado, “los coasociados”, el verbo rector, es Intervenir, el tipo de conducta, de mera conducta, (de lesión), conducta instantánea mono ofensiva y el objeto material, es el Contrato Estatal.

Igualmente, respecto del **sujeto activo**, ha de ser un **sujeto calificado** puesto que el bien jurídico solo puede ser vulnerado por una persona que ostente la calidad de **servidor público**, posesionado en tal calidad mediante acto administrativo (o por contrato en los casos en los que los particulares puedan responder por la conducta a la luz del artículo 56 de la (Ley 80, 1993) complementada por la (Ley 1474, 2011), para el caso de los contratistas y los interventores por ejemplo, aclarando si, que tal como lo manifiesta (Escobar López, 2017), su responsabilidad solo aparece y genera efectos penales en las etapas de ejecución y liquidación del contrato, valga decir a partir del perfeccionamiento del

contrato, puesto que antes de este momento, no existe contrato y por lo mismo, tampoco contratista ni interventor), que le otorgue tal calidad y por ende le obligue también a resguardar la contratación en el delegada en representación del Estado.

b. Antijuridicidad

Toda vez que en la tipificación del punible, el ingrediente normativo, **interés indebido**, lo que se sanciona no es “cualquier interés”, sino, valga la redundancia, el interés indebido, manifiesto en las actuaciones del servidor público con las cuales vulnera la transparencia e imparcialidad de la actividad contractual; Lo que se sanciona es “la infidelidad del servidor público a sus deberes”.

Así mismo ha sido analizado tanto por la Corte Constitucional, (Sentencia C-128, 2003) quien en su momento manifestó:

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 interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley o 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.

Como también lo expresó la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en (Sentencia SP153, 2017) argumentando:

...No obstante, se advierte claramente en el razonamiento que se desconoce por parte del recurrente el sentido de lesividad que comportan las conductas relativas a los delitos de Interés indebido en la celebración de contratos y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, pues en uno y en otro caso la afectación al interés jurídico no resulta de la concreción de un desmedro económico para el Estado, sino de la pretermisión de los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación estatal.

c. Culpabilidad

Para que se configure la comisión del delito, el elemento constitutivo de culpabilidad, entendido como la conciencia de la antijuridicidad de la conducta ejecutada por parte del sujeto activo, que permita la reprochabilidad de su conducta de interés indebido en la celebración de contrato, ya calificada como típica y antijurídica, y comportando la actitud a título de Dolo, mismo que para la comisión de este delito debe existir, (No existe el interés indebido por culpa), tal como lo manifiesta (Santofimio , 2000), se trata de un delito que desde la perspectiva de la culpabilidad es eminentemente doloso. El sujeto pasivo del ilícito es el Estado. En relación con la conducta, el tipo indica que se configura por el interés, el provecho propio o de un tercero.

Este dolo ha sido entendido por la jurisprudencia de la Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a través de inferencias derivadas del actuar del imputado, es así como en el (Radicado 41411, 2013), manifestó:

De esta manera, habrá situaciones en las cuales presentar en la motivación aserciones específicas relacionadas con el dolo no será más que un ejercicio

discursivo repetitivo e irrelevante para efectos de la constitucionalidad y legalidad de la decisión, en la medida en que de las circunstancias objetivas probadas en el expediente pueda predicarse, sin mayores dificultades, la imputación al tipo subjetivo.

Y más recientemente, en (Sentencia SP153, 2017):

La demostración del dolo, dada su condición de “hecho psíquico” (no perceptible directamente por los sentidos), como suele denominársele por algunos sectores doctrinarios, generalmente se hace a través de inferencias, por la obvia dificultad para lograr su acreditación a través de “prueba directa”.

Sobre el dolo, ha dicho esta Corporación que en tanto se refiere al conocimiento y la voluntad de todos los elementos que constituyen el tipo objetivo, se demuestra valorando aquellos datos, precisamente objetivos, que rodean la realización de la conducta.

14. Análisis jurisprudencial Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respecto del delito de interés indebido en la celebración de contratos, año 2017.

Para el presente capítulo, se profundizó en analizar la postura actual con la cual la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ha desarrollado en sus pronunciamientos la interpretación de los elementos constitutivos del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos, respecto de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad como elementos estructurantes del tipo, para lo cual se realizó un análisis gráfico que se expone a continuación, utilizando la metodología desarrollada por (López Medina, 2017), con el interés de dilucidar para cada elemento y adicionalmente sobre la responsabilidad de particulares, mediante el

establecimiento de la condición de vinculatoriedad surgido a partir de una solidez en la línea jurisprudencial, que se define a partir de la regla de reiteración, (la necesidad de tres sentencias en el mismo sentido), la cual, citando al mismo autor, puede definirse como la obligación que posee una Corte de cierre, de reiterar una determinada doctrina hasta lograr la estabilización de un mismo criterio a aplicar para un mismo patrón fáctico que brinde un “plus de obediencia” producto de su solidez.

Se procede entonces a presentar los resultados gráficos obtenidos, así:

Tabla 1 Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, durante el año 2017, respecto del Tipo Penal de Interés indebido en la celebración de Contratos

| Sentencias CSJ Año 2017 | | |
|-------------------------|--------------|------------|
| N° | SENTENCIA | FECHA |
| 1 | SP153-2017 | 18/01/2017 |
| 2 | SP712-2017 | 25/01/2017 |
| 3 | AP1026-2017 | 22/02/2017 |
| 4 | SP 3963-2017 | 22/03/2017 |
| 5 | SP7322-2017 | 24/05/2017 |

Tabla 2 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017, respecto del análisis de la tipicidad del Delito de Interés indebido en la celebración de contratos.

| INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS | | | | |
|---|------------|------------------------------|--------------|-----------------|
| SOLIDEZ DE LINEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL ANALISIS DE TIPICIDAD | | | | |
| SE PRONUNCIA | ← | SE PRONUNCIA PERO IRELEVANTE | ⇒ | NO SE PRONUNCIA |
| | SP153-2017 | | | |
| | | | SP712-2017 | |
| | | | AP1026-2017 | |
| | | | SP 3963-2017 | |
| | | SP7322-2017 | | |
| LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOLIDA | | | SI | NO |
| | | | | X |
| INDETERMINACION DOCTRINAL POR PLURALIDAD | | | SI | NO |
| | | | | X |

Tabla 3 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017, respecto del análisis de la Antijuridicidad del Tipo penal de Interés indebido en la celebración de contratos.

| INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS | | | | |
|---|-------------|------------------------------|--------------|-----------------|
| SOLIDEZ DE LINEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL ANALISIS DE ANTIJURIDICIDAD | | | | |
| SE PRONUNCIA | ← | SE PRONUNCIA PERO IRELEVANTE | ⇒ | NO SE PRONUNCIA |
| | SP153-2017 | | | |
| | | | SP712-2017 | |
| | AP1026-2017 | | | |
| | | | SP 3963-2017 | |
| | | SP7322-2017 | | |
| LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOLIDA | | | SI | NO |
| | | | X | |
| INDETERMINACION DOCTRINAL POR PLURALIDAD | | | SI | NO |
| | | | | X |

Tabla 4 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017, respecto del análisis de la Culpabilidad en el Tipo penal de Interés indebido en la celebración de contratos.

| INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS | | | | |
|--|--------------|------------------------------|-------------|-----------------|
| SOLIDEZ DE LINEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL ANALISIS DE CULPABILIDAD | | | | |
| SE PRONUNCIA | ← | SE PRONUNCIA PERO IRELEVANTE | ⇒ | NO SE PRONUNCIA |
| | SP153-2017 | | | |
| | | | SP712-2017 | |
| | | | AP1026-2017 | |
| | SP 3963-2017 | | | |
| | | SP7322-2017 | | |
| LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOLIDA | | | SI | NO |
| | | | | X |
| INDETERMINACION DOCTRINAL POR PLURALIDAD | | | SI | NO |
| | | | | X |

Tabla 5 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017, respecto del análisis de la responsabilidad del particular en la comisión del Tipo penal de Interés indebido en la celebración de contratos.

| INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS | | | | |
|---|------------|------------------------------|--------------|-----------------|
| SOLIDEZ DE LINEA JURISPRUDENCIAL RESPECTO DEL ANALISIS DE RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES | | | | |
| SE PRONUNCIA | ← | SE PRONUNCIA PERO IRELEVANTE | ⇒ | NO SE PRONUNCIA |
| | | | SP153-2017 | |
| | SP712-2017 | | | |
| | | | AP1026-2017 | |
| | | | SP 3963-2017 | |
| | | SP7322-2017 | | |
| LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOLIDA | | | SI | NO |
| | | | | X |
| INDETERMINACION DOCTRINAL POR PLURALIDAD | | | SI | NO |
| | | | | X |

Al analizar los resultados obtenidos, se concluye que no existe, por lo menos una línea jurisprudencial sólida, puesto que en el único elemento constitutivo del tipo donde se cumple la regla de la reiteración es en el de la Antijuridicidad y apenas con el mínimo requerido, es decir tres sentencias, pero se observa que en los otros dos elementos, tipicidad y culpabilidad, existen apenas pequeños pronunciamientos y se concentra en revisar la pertenencia de otros tipos penales presentes en la imputación del mismo proceso, lo cual permite concluir que pese a que la Corte considera totalmente válida la tipificación de la conducta del “INTERÉS INDEBIDO” en la celebración de contratos estatales, al parecer, en la actualidad da por sentada su validación filosófica en las consideraciones que validan sus pronunciamientos.

Igualmente sucede con lo referente a la posible participación en el punible por parte de particulares, puesto que como se demuestra, únicamente se pronunció la corte al respecto en una sola sentencia durante todo el periodo analizado.

15. Conclusiones

Luego del análisis realizado al tipo penal de Interés Indebido en la celebración de contratos, se puede entender por respuesta al problema planteado, respecto de si puede el derecho penal, sancionar un “Indebido” comportamiento, y es así que en el citado delito, a la luz de los argumentos adoptados por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en el transcurso del año 2017, no solamente resulta indispensable, sino necesaria la tipificación de este punible en primer lugar porque efectivamente reúne los elementos del tipo penal, y luego, porque tiene un

fin, La protección del Interés General, a través del cumplimiento de los principios de los fines estatales, utilizando para ello la Contratación Estatal,

Por lo que, ante el actuar provechoso por parte del servidor público, “para sí mismo o un tercero en razón de su cargo”, la conducta “Indebida” a pesar de consistir en un reproche moral, afecta dolosamente el bien jurídico tutelado del interés general y por lo tanto, no está por fuera del derecho penal.

En así como, reconociendo lo advertido tanto por la Doctrina nacional enfatizando en las posiciones más recientes, y la jurisprudencia emitida desde la misma Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a partir del nacimiento de la tipificación de la conducta (1999) a la fecha, y ahondando en la actual postura de interpretación del tipo penal, (año 2017), adoptada por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, misma que pese a no presentar una línea jurisprudencial sólida, si establece una postura de validación de la existencia del tipo y la punitivización del interés indebido en la afectación del interés general, e inclusive, la misma ley penal, ahora validada en el presente documento desde el análisis conjunto de doctrina y jurisprudencia, se concluye que el delito de celebración Indebida de Contratos se encuentra ajustado a la tipificación, porque reúne los elementos para ser incluido en esta categoría y por lo tanto, se concluye que en el sistema penal Colombiano, será responsable quien cometa esta conducta que infringe el ordenamiento penal, sin que para ello deban concurrir otras conductas típicas, bastando con que se obtenga algún tipo de

provecho, propio o para un tercero, sin ser necesario que el citado provecho pertenezca a la esfera del ámbito económico.

16. Bibliografía

16.1 Referencias Bibliográficas

Ferreira Delgado, F. J. (2006). *Derecho Penal Especial, Tomo II*. Bogotá D.C.: Temis.

Archila, E., & Pabón, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas. *Revista de Derecho y Economía*, 38, 9-32.

Benavides, E. O. (2012). *Efectos de la corrupción sobre la calidad de la salud y educación en Colombia 2004 -2010*. Recuperado el 12 de 9 de 2017, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4023928.pdf>

Cabanelas de Torres, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental, decimoctava edición*. Buenos Aires: Heliasta.

Cano, G. (2016). Celebración indebida de contratos, generalidades para la investigación del delito. *Ciencias Forenses y de la Salud*, 10(10), 119-136.

Casas, M., & María, M. (2013). *Situación actual de corrupción colombiana y su afectación a nivel internacional para la inversión*. Recuperado el 12 de 9 de 2017, de

<http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6971/2/melocasasmargari tamaria2012.pdf>

Cassese, S. (2000). *Modernizzare l' amministrazione pubblica*. (págs. 7-12).
Bologna: SPISA Università di Bologna.

Castro Cuenca, C. (2011). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II*.
Bogotá D.C.: Temis.

Cháves, M. (2011). *La imputación penal en los delitos de celebración indebida de contratos*. Chía: Universidad de la Sabana.

Constitución Política. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Contraloría General de la República. (2013). *Oficio 82110*. Bogotá: Asunto:
Advertencia por el grave riesgo para el patrimonio estatal que representa la adjudicación para la operación de juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento de Sucre.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de Junio de 1982). Auto.
Bogotá , Colombia.

Escobar López, E. (2017). *Delitos contra la Administración Pública* (Segunda Edición ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R Ltda.

expediente 2827 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 1991).

- García, Y. M. (2009). *Formación en Investigación, Introducción al proyecto y los métodos de Investigación*. Bogotá D.C.: Ediciones Ciencia y Derecho E.U.
- Hernández Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: McGraw Hill.
- Ley 1474. (2011). *Congreso de la Republica*. Bogotá: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.
- Ley 155. (1959). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.
- Ley 80. (1993). *Estatuto general de contratación estatal*.
- López Medina, D. E. (2017). *El Derecho de los Jueces, Decimosexta reimpresión* (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores s.A.
- Mármol, G. (2016). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Academia & Derecho*, 7, 145-169.
- Montañez, N. (2015). *Análisis Jurisprudencial de los elementos del tipo penal en el delito de celebración indebida de contratos durante el año 2014*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Morales Restrepo, D. (2013). *Régimen de la contratación estatal anotado, vigésima segunda edición*. Bogotá D.C.: Leyer.

Narváez, E. (2004). Trabajo de grado. *Derecho penal y el Servidor Público*. Pontificia Universidad Javeriana.

Ossa, E. d. (1995). *Delitos contra la Administración Pública, Actualizado*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Pérez, L. C. (1985). *Derecho Penal, partes general y especial*. Bogotá: Temis.

Procuraduría General de la Nación. (2010). *Informe de gestión 2010*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Radicado 41411 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 10 de Julio de 2013).

radicado No. 15273 (Corte Suprema de Justicia 25 de Octubre de 2000).

Ramos Acevedo, J. (2013). *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Real Academia Española. (20 de Enero de 2018). *Diccionario de la lengua española, edición del Tricentenario, actualización 2017*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Rivero, J. (2012). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Santofimio , J. O. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C-128 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia SP153 (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 18 de 01 de 2017).

Sentencias C-228. (2010). *Corte Constitucional*. Bogotá.

Van Dijk, T. (2016). Análisis crítico del discurso. *Revista australiana de ciencias sociales*, 30, 203-222.

16.2 BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

Ferreira Delgado, F. J. (2006). *Derecho Penal Especial, Tomo II*. Bogotá D.C.: Temis.

Archila, E., & Pabón, C. (2012). Colusión en licitaciones y concursos. El caso paradigmático para las entidades públicas. *Revista de Derecho y Economía*, 38, 9-32.

Benavides, E. O. (2012). *Efectos de la corrupción sobre la calidad de la salud y educación en Colombia 2004 -2010*. Recuperado el 12 de 9 de 2017, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4023928.pdf>

Cabanelas de Torres, G. (2006). *Diccionario jurídico elemental, decimoctava edición*. Buenos Aires: Heliasta.

Cano, G. (2016). Celebración indebida de contratos, generalidades para la investigación del delito. *Ciencias Forenses y de la Salud*, 10(10), 119-136.

Casas, M., & María, M. (2013). *Situación actual de corrupción colombiana y su afectación a nivel internacional para la inversión*. Recuperado el 12 de 9 de 2017, de <http://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/6971/2/melocasasmargari tamaria2012.pdf>

Cassese, S. (2000). *Modernizzare l' amministrazione pubblica*. (págs. 7-12). Bologna: SPISA Università di Bologna.

Castro Cuenca, C. (2011). *Manual de Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II*. Bogotá D.C.: Temis.

Cháves, M. (2011). *La imputación penal en los delitos de celebración indebida de contratos*. Chía: Universidad de la Sabana.

Constitución Política. (1991). *Asamblea Nacional Constituyente*. Bogotá: Imprenta Nacional.

Contraloría General de la República. (2013). *Oficio 82110*. Bogotá: Asunto: Advertencia por el grave riesgo para el patrimonio estatal que representa la adjudicación para la operación de juego de apuestas permanentes o chance en el Departamento de Sucre.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (8 de Junio de 1982). Auto. Bogotá , Colombia.

Escobar López, E. (2017). *Delitos contra la Administración Pública* (Segunda Edición ed.). Medellín, Colombia: Librería Jurídica Sánchez R Ltda.

expediente 2827 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 1991).

García, Y. M. (2009). *Formación en Investigación, Introducción al proyecto y los métodos de Investigación*. Bogotá D.C.: Ediciones Ciencia y Derecho E.U.

Hernández Sampieri, R. (2010). *Metodología de la Investigación*. Bogotá: McGraw Hill.

Ley 1474. (2011). *Congreso de la Republica*. Bogotá: Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 155. (1959). *Congreso de la República*. Bogotá: Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

Ley 80. (1993). *Estatuto general de contratación estatal*.

López Medina, D. E. (2017). *El Derecho de los Jueces, Decimosexta reimpresión* (Segunda Edición ed.). Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores s.A.

Mármol, G. (2016). Análisis de la supervisión del contrato estatal: función de vigilancia y mecanismo anticorrupción. *Academia & Derecho*, 7, 145-169.

Montañez, N. (2015). *Análisis Jurisprudencial de los elementos del tipo penal en el delito de celebración indebida de contratos durante el año 2014*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.

Morales Restrepo, D. (2013). *Régimen de la contratación estatal anotado, vigésima segunda edición*. Bogotá D.C.: Leyer.

Narváez, E. (2004). Trabajo de grado. *Derecho penal y el Servidor Público*. Pontificia Universidad Javeriana.

Ossa, E. d. (1995). *Delitos contra la Administración Pública, Actualizado*. Santa Fe de Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Pérez, L. C. (1985). *Derecho Penal, partes general y especial*. Bogotá: Temis.

Procuraduría General de la Nación. (2010). *Informe de Gestión 2010*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Radicado 41411 (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 10 de Julio de 2013).

radicado No. 15273 (Corte Suprema de Justicia 25 de Octubre de 2000).

Ramos Acevedo, J. (2013). *Cátedra de Derecho Administrativo general y colombiano*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Real Academia Española. (20 de Enero de 2018). *Diccionario de la lengua española, edición del Tricentenario, actualización 2017*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>

Rivero, J. (2012). *Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Santofimio , J. O. (2000). Delitos de celebración indebida de contratos. Bogotá D.C.:
Universidad Externado de Colombia.

Sentencia C-128 (Corte Constitucional 2003).

Sentencia SP153 (Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Penal 18 de 01 de
2017).

Sentencias C-228. (2010). *Corte Constitucional*. Bogotá.

Van Dijk, T. (2016). Análisis crítico del discurso. *Revista australiana de ciencias
sociales*, 30, 203-222.

16.3 Índice de Tablas.

Tabla 1 Sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Sala de
Casación Penal, durante el año 2017, respecto del Tipo Penal de Interés indebido
en la celebración de Contratos38

Tabla 2 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017,
respecto del análisis de la tipicidad del Delito de Interés indebido en la celebración
de contratos.39

Tabla 3 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017,
respecto del análisis de la Antijuridicidad del Tipo penal de Interés indebido en la
celebración de contratos.....39

Tabla 4 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017, respecto del análisis de la Culpabilidad en el Tipo penal de Interés indebido en la celebración de contratos.....40

Tabla 5 Diagnóstico de la solidez de la línea jurisprudencial, año 2017, respecto del análisis de la responsabilidad del particular en la comisión del Tipo penal de Interés indebido en la celebración de contratos.40