

CONSIDERACIONES POLÍTICO CRIMINALES Y DOGMÁTICAS SOBRE EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS*

Juan Oberto Sotomayor Acosta**

1. LA "LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN" Y LA DISTORSIÓN DEL SISTEMA PENAL

(p. 120) Las bases y condiciones sobre las que se funda todo proyecto de comunidad políticamente organizada han alcanzado en Colombia sensibles niveles de deterioro. A tal situación se hace referencia con frecuencia como la crisis, la cual quizás pueda ser explicada por la falta de mecanismos para la superación y articulación de los conflictos en las tramas de intermediación política, la desigual aproximación de los ciudadanos al goce de bienes y servicios, la incapacidad para realizar el concepto material de ciudadano, la debilidad del Estado y de los gobiernos y, como consecuencia, el creciente debilitamiento de las libertades individuales¹.

(p. 121) Se trata, por lo tanto, de una crisis de legitimidad del Estado² que, como toda crisis *política*, encuentra en el campo del sistema penal algunos de sus efectos más evidentes y quizás por ello más escandalosos. No se requiere demasiado esfuerzo para comprender las repercusiones que en el ámbito de la justicia penal tienen en nuestro país la violencia política y la corrupción político-administrativa, sin duda dos de las más graves manifestaciones de nuestra crisis actual, pues han determinado la configuración actual de la legislación penal y el inusual protagonismo de los jueces penales, en el marco de lo que se conoce como "judicialización de la política"³.

En lo que respecta a la legislación penal, debe resaltarse la permanente "huida hacia el derecho penal" en busca de consensos tan artificiosos como efímeros, que ha expandido la "emergencia"⁴ hasta límites insospechados, de la mano de un cúmulo casi inacabable de legislaciones *ad hoc* ("antiterrorista", "antidrogas", "antisequestro", "antiviolenia intrafamiliar" y, por supuesto, "anticorrupción"), que no sólo viene devorando lo poco que queda de las garantías del *sistema penal ordinario*⁵, sino convirtiendo el derecho penal en el

* Texto reelaborado de la conferencia pronunciada el 24 de agosto de 2000 en la Universidad Externado de Colombia, en el marco de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal.

** Profesor de derecho penal de la Universidad EAFIT.

¹ Cf. A. L. Calle Calderón y J. O. Sotomayor Acosta, "Reflexiones sobre el papel del derecho y del juez en Colombia (a propósito de la obra de Perfecto Andrés Ibáñez)", estudio preliminar a P. Andrés Ibáñez, *Estado de derecho y jurisdicción penal (estudios sobre el papel de la jurisdicción en el sistema constitucional)*, Medellín, Universidad EAFIT, en prensa.

² Cf. W. Restrepo Riaza, "Crisis institucional y sistema político", en *Estudios Políticos*, N° 7-8, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, 1995/96, pp. 65 y ss; M. T. Uribe, "Los destiempos y los desencuentros: una perspectiva para mirar la violencia en Colombia", en *Revista Universidad de Antioquia*, No. 220, Medellín, 1990, pp. 4 y ss.

³ Sobre el particular, C. Guarnieri y P. Pederzoli, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999, pp. 15 y ss. También, P. Andrés Ibáñez, "Tangentopoli tiene traducción al castellano", en P. Andrés Ibáñez (Editor), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 107-109.

⁴ Sobre la noción de "emergencia" vid, R. Bergalli, "Emergencia: una cultura específica", en J.R. Serrano-Piedecabras, *Emergencia y crisis del Estado social (análisis de la excepcionalidad penal y motivos de su perpetuación)*, Barcelona, PPU, 1988, pp. I a XVI.

⁵ Situación que permite hablar de la existencia de una "emergencia estructural" en el ámbito del *Jueces para la Democracia*, No. 35, Madrid, 1999, pp. 92 y ss; A. Baratta, "Funciones

primero y con (p. 122) frecuencia en el único mecanismo utilizado para resolver toda clase de conflictos sociales.

Si bien en un comienzo esta invasión de la "emergencia" se hizo de la mano de las luchas "antidrogas" y "antiterrorista", hoy por hoy dicha función parece estarla cumpliendo la "lucha contra la corrupción",⁶ la cual ha servido de pretexto para la construcción de una especie de "derecho penal anticorrupción", caracterizado de forma genérica por la mediatización de las garantías, tanto procesales como sustanciales, en aras de su supuesta eficacia preventiva.

En efecto, desde el punto de vista de la investigación y el juzgamiento, el "derecho penal anticorrupción" ha originado la pérdida o por lo menos una restricción material de garantías, en tanto, por ejemplo, la existencia en la fiscalía de "unidades anticorrupción" representa de hecho una grave desigualdad entre el procesado y el investigador, pues la actuación de este último aparece desde un comienzo planteada de forma tácita como realizada *contra* el procesado, que para el caso encarna algo así como el enemigo⁷ que se requiere (p. 123) aniquilar, aspecto que resulta especialmente grave si se tiene en cuenta que se trata de un funcionario que cumple funciones jurisdiccionales, entre ellas la de decidir sobre la libertad del procesado.

Este deterioro del principio de independencia e imparcialidad del funcionario⁸ de alguna manera se traslada también al juez, en cuyo ámbito cada día se abre paso con mayor fuerza cierta "ética de la responsabilidad" frente a las demandas sociales de represión de la corrupción política, que llega inclusive hasta el punto de cuestionar su papel en el Estado constitucional,⁹ y de juez garante de los derechos y libertades fundamentales se le pretende convertir en garante de las demandas sociales de moralidad pública, ante el vacío existente en materia de control y responsabilidad políticos en Colombia.

Por otra parte, desde el punto de vista de la configuración material del "derecho penal anticorrupción", se asiste a una creciente e ilimitada expansión y exacerbación punitivas en

instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica", en *Pena y Estado*, No. 1, Barcelona, 1991, p. 45. En términos de "emergencia permanente" se han referido en nuestro país, W. F. Pérez Toro, A. L. Vanegas Yepes y C. M. Álvarez Martínez, *Estado de derecho y sistema penal (la emergencia permanente de la reacción penal en Colombia)*, Medellín, Diké e Instituto de Estudios Políticos de la U. de Antioquia, 1997, pp. 53 y ss.

⁶ Vid. J. González Zapata, "El proceso ocho mil y la justicia penal", en *Estudios Políticos*, No. 7/8, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, 1995/96, pp. 100 a 104. "Lucha anticorrupción" que de alguna manera se ha visto fomentada y legitimada por los permanentes escándalos de corrupción al interior de los gobiernos y los partidos políticos y el descontento social frente a tales hechos.

⁷ El tratamiento del procesado como "enemigo" es una de las características de la cultura de la emergencia en el ámbito del sistema penal, como en su momento, en relación con la legislación antiterrorista italiana, puso de presente L. Ferrajoli, "L'imputato come nemico: un topos della giurisdizione deN'emergenza", en *Dei delitti e delle pene*, No. 3, Bari, 1983, pp. 581-593. Sobre el "derecho penal del enemigo" y sus repercusiones en el sistema penal colombiano, A. D. Aponte, *Guerra y derecho penal del enemigo. Aproximación teórica a la dinámica del derecho penal de emergencia en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes, 1999; el mismo, "Institucionalización de la función penal y garantismo: dilemas hacia el futuro de la justicia penal en Colombia", en *Nuevo Foro Penal*, No. 64, Medellín, Universidad EAFIT, 2003, pp. 17-35; I. Orozco Abad y J. G. Gómez Albarello, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, Bogotá, Temis, 1999.

⁸ Sobre el particular, P. Andrés Ibáñez y C. Movilla, *El poder judicial*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 29-31.

⁹ Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 574 y ss.; P. Andrés Ibáñez, "Jueces, Constitución y Estado de Derecho hoy", en *Nuevo Foro Penal*, No. 55, Bogotá, 1992, pp. 71- 85; en nuestro medio, A. L. Calle Calderón y J. O. Sotomayor Acosta, "Reflexiones...", cit.

el ámbito de los delitos contra la administración pública. Tal situación se ha visto promovida en los últimos años por dos hechos especialmente relevantes:

En primer término, por la expedición de una legislación caracterizada por la consagración de penas especialmente fuertes para esta clase de delitos (la pena del delito de peculado puede llegar a sobrepasar los 22 años de prisión) y por generar una especie de "administrativización del derecho penal", como resultado del otorgamiento de relevancia jurídico penal a conductas consistentes en la mera infracción de deberes propios del cargo, por lo demás **(p. 124)** debidamente previstas y sancionadas por el derecho administrativo, como ocurre claramente en los casos de celebración indebida de contratos.¹⁰

En segundo término, esta expansión punitiva se ve igualmente facilitada por la extensiva interpretación que de dicha legislación vienen haciendo nuestros más altos tribunales de justicia. Extensión que se inicia con la formalización del concepto de bien jurídico protegido en los delitos contra la "Administración Pública", en especial en virtud de una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual en estos casos se protege: la "transparencia" y "pulcritud" de la administración pública;¹¹ el "deber de fidelidad" del funcionario a la administración pública;¹² el "deber de lealtad" a la administración;¹³ el "buen nombre", el "prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina".¹⁴

En otras palabras, por la vía de la interpretación del bien jurídico protegido está teniendo lugar una ampliación de las conductas penalmente relevantes, hasta el punto que hoy por hoy resulta casi imposible distinguir las infracciones que pertenecen a la esfera del derecho penal de aquellas que permanecen o deben permanecer en el campo del derecho administrativo sancionador.

Los efectos de este derecho penal "especial" no son por supuesto inocuos, pues aunque las campañas de "lucha contra la corrupción" no logran finalmente legitimarse por el efectivo cumplimiento de los fines **(p. 125)** propuestos, de todas formas crean una imagen de eficiencia y compromiso en el control de la corrupción administrativa que termina legitimando todo tipo de actuaciones en las diferentes ramas del poder público, así lleve aparejada la pérdida o cuando menos la mediatización de la función de garantía que corresponde al derecho en el Estado constitucional.¹⁵

El resultado no podría ser más desalentador, pues el hecho de tratar la corrupción como la causa de la crisis política, cuando parece ser más bien uno de sus efectos, genera una presión permanente sobre la justicia penal tendiente a lograr por su intermedio consensos sobre medidas y políticas de facto, consensos que luego resultan imposibles de satisfacer por parte de un sistema penal con muy bajos índices de efectividad. Las consecuencias saltan a la vista: expansión y endurecimiento punitivos insoportables y aumento de los niveles de ineficiencia del sistema penal, entre otras razones por la sobrecarga que en sí misma supone una ilimitada política de inflación legislativa y exacerbación punitiva como la existente en nuestro país,¹⁶ de la cual los delitos de celebración indebida de contratos constituyen un buen ejemplo.

¹⁰ En esta misma dirección debe destacarse también la extensión a los particulares, en virtud del art. 56 de ley 80/93, de ciertos deberes especiales frente a la administración pública, situación que por supuesto implica una ampliación del número de conductas punibles.

¹¹ Corte Suprema de justicia, Auto de enero 20 de 1993, M.P. J. E. Valencia.

¹² Corte Suprema de justicia, Sentencia de enero 24 de 1996, M.P. D. Páez Velandía.

¹³ Corte Suprema de justicia, Sentencia de agosto 20 de 1998, M.P. F. Arboleda Ripoll.

¹⁴ Corte Suprema de justicia, Sentencia de diciembre 3 de 1999, M.P. J. A. Gómez Gallego.

¹⁵ Cf. A. M. Peña Freiré, *La garantía en el Estado constitucional de Derecho*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 19 y ss.

¹⁶ Según lo explica M. García Villegas [*La eficacia simbólica del derecho. Examen de situaciones colombianas*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 1993, p. 107], "la superproducción normativa y el

2. ESTADO CONSTITUCIONAL Y PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS

Resulta paradójico que las propuestas maximalistas propias del "derecho penal anticorrupción" se pretendan fundamentar en supuestas razones constitucionales, pues ello es tanto como entender que la (p. 126) Constitución obliga al uso del derecho penal para proteger los derechos de las personas y los intereses de la colectividad. De esta manera se proyecta la falsa idea de que existen comportamientos delictivos en sí mismos, ante los cuales la pena aparece vinculada como consecuencia casi natural, al mismo tiempo que se oculta el hecho de que la pena, esta sí por su propia naturaleza, consiste en mayor o menor grado en una afcción de los derechos de la persona y por lo tanto no se puede utilizar de forma indiscriminada sin incurrir en una grave contradicción. En realidad, de conformidad con el art. 2 de nuestra Constitución, entre los fines esenciales del Estado está "servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución". De esta orientación constitucional puede derivarse, en efecto, una política general orientada tanto a la promoción y desarrollo de las condiciones básicas de existencia de la vida en sociedad como a la prevención de las situaciones que puedan afectarlas, en cuanto a medios para lograr las metas sociales de bienestar y prosperidad general. De ahí que desde tal punto de vista sólo puede entenderse constitucionalmente permitida la intervención orientada a la protección de tales condiciones,¹⁷ lo cual implica, por un lado, que el Estado no debe intervenir penalmente para defender determinadas ideas morales, religiosas, estéticas o políticas; ni tampoco, por otra parte, en defensa de una pura regulación del orden u organización de determinadas actividades estatales o sociales, pues en últimas al derecho penal sólo le está permitido intentar evitar aquellos comportamientos que producen un *daño social*.¹⁸

(p. 127) Conforme a este modelo tienen cabida como bienes jurídicos, por supuesto, no solo aquellos estrictamente personales (vida, libertad, honor, patrimonio económico, etc.), sino también los denominados bienes jurídicos colectivos o sociales (v. gr. medio ambiente, salud pública, orden socioeconómico, etc.) y los institucionales (fe pública, administración pública, administración de justicia, sistema constitucional, etc.). Los primeros, puesto que el fin último del Estado es la realización de los derechos de las personas, configuran las *bases de existencia del sistema*,¹⁹ porque sin ellos no es imaginable un sistema social; los segundos, por el contrario, atienden al *funcionamiento del sistema*,²⁰ es decir, a aquellas condiciones que hacen posible que el sistema cumpla con sus objetivos de servicio a la comunidad.

No puede legítimamente afirmarse, por tanto, que estos bienes jurídicos sociales e institucionales tienen una sustantividad propia e independiente de los personales, pues se encuentran referidos al funcionamiento del sistema y por ende al servicio de aquellos que conforman las bases de existencia del mismo, en relación con los cuales se encuentran en

surgimiento de otros tipos de regulación inciden en la eficacia instrumental de tipo tradicional y con ella en la eficacia simbólica. En la medida en que la eficacia simbólica depende de la creación de representaciones populares relativas al poder transformador del derecho, toda disminución de ese poder instrumental afecta la fuerza de la representación y conduce a una mayor precariedad del derecho y a una fugacidad del ciclo vital de sus normas".

¹⁷ Lo que en derecho penal se conoce como principio de exclusiva protección de bienes jurídicos; vid. J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal, parte general*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 44-56; H. Hormazábal Malarée, *Bien jurídico y Estado social y democrático de Derecho (el objeto protegido por la norma penal)*, Barcelona, PPU, 1991; W. Hassemer, "Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico", en *Doctrina Penal*, No. 46/47, Año 12, Buenos Aires, 1989, pp. 282-283. En Colombia, G. Barbosa Castillo y C. A. Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales (sobre un concepto de bien jurídico para Colombia)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

¹⁸ W. Hassemer, *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, pp. 37-38.

¹⁹ J. Bustos Ramírez, *Manual de derecho penal, parte especial*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 4-6.

²⁰ J. Bustos Ramírez, *Manual..., parte especial*, cit., pp. 4-6.

una relación ideológica o final.²¹ Luego, desde la perspectiva constitucional los bienes jurídicos deben ser necesariamente entendidos como intereses humanos que requieren protección penal, y ello, bien lo explica Hassemer, "indica, ante todo, que la protección de las instituciones sólo puede llegar hasta el punto en que es condición de la posibilidad de protección de la persona... un concepto personal del bien jurídico no rechaza la posibilidad de bienes jurídicos generales o estatales, pero funcionaliza estos bienes desde la persona: solamente puede aceptarlos con la condición de que brinden la posibilidad de servir a los intereses del hombre".²²

(p. 128) Ahora bien, si la pena, como ya se dijo, es en sí misma un mal por lo general tan o aún más grave que el delito mismo (en tanto restricción o limitación, cuando menos, de derechos fundamentales), del fin constitucional de protección de bienes jurídicos no pueden derivarse mandatos de intervención penal,²³ pues ello implicaría incurrir en una grave contradicción, por cuanto se trata de la misma Constitución que erige el respeto a la dignidad humana en fundamento y límite de toda intervención estatal. Antes por el contrario, dado que por ejemplo la prisión constituye un trato cruel, inhumano y degradante como *pocos*, lo derivable del texto constitucional es más bien el mandato inverso de no intervención o cuando menos de mínima intervención.

En otras palabras, la necesidad de protección de bienes jurídicos no justifica por sí sola la intervención penal, pues como el derecho penal dispone de las sanciones más graves y afflictivas, su imposición sólo puede entenderse constitucionalmente posible cuando se trata de reaccionar no frente a cualquier situación de riesgo para los bienes jurídicos sino sólo frente a las modalidades de ataque más graves para los mismos y siempre y cuando no sea posible la utilización de otro mecanismo menos afflictivo que el derecho penal.

Esta opción por la utilización de instrumentos extrapenales en la protección de los bienes jurídicos *constituye*, pues, una consecuencia del "juicio de ponderación",²⁴ cuya aplicación en esta materia resulta **(p. 129)** necesaria en virtud de la ya señalada antinomia inherente a toda intervención punitiva estatal. Por tanto, la renuncia al instrumento penal bien sea con carácter general o en un caso determinado no puede ser entendida como un déficit de protección, pues el derecho penal no es el más importante y mucho menos el único instrumento con que cuenta el Estado para alcanzar sus fines.²⁵ Por el contrario, los

²¹ J. Bustos Ramírez, *Manual..., parte especial*, cit., p. 6; en general, pp. 4-6.

²² W. Hassemer, "Lineamientos...", cit., pp. 282-283. En esta dirección, en Colombia, G. Barbosa Castillo y C. A. Gómez Pavajeau, *Bien jurídico y derechos fundamentales*, cit., pp. 87-88.

²³ No creemos que tenga razón C. Bernal Pulido ["El principio de proporcionalidad de la legislación penal", en AAVV, *XXIV Jornadas Internacionales de derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002], cuando sostiene que la faceta de protección de los derechos fundamentales habilita al legislador "y le impone el deber de utilizar la legislación penal para que estos derechos y otros bienes sean garantizados efectivamente" (p. 168). Tal manera de entender la intervención punitiva estatal es la que le permite luego hablar de una más que discutible prohibición de protección penal deficiente (pp. 193 y ss.). Sobre la imposibilidad de derivar mandatos de criminalización de la Constitución, véase los importantes aportes de G. Marinucci y E. Dolcini, *Corso di diritto pénale*, I, Nozione, struttura e sistematica del reato, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 111 a 157.

²⁴ Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 161; especialmente esclarecedor sobre el particular, L. Prieto Sanchís, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en M. Carbonell (Edición de), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 123-158. Sobre la aplicación del juicio de ponderación y en particular del principio de proporcionalidad en el derecho penal, L. Arroyo Zapatero, "Derecho penal económico y Constitución", en *Revista Penal*, No. 1, 1998, p. 5; C. Bernal Pulido, "El principio de proporcionalidad...", cit., pp. 157 y ss. Una posición crítica sobre su utilidad en materia penal es sin embargo la de J. L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 127-131.

²⁵ Como bien destacan G. Marinucci y E. Dolcini, *Corso di diritto pénale*, cit., p. 143, "En primer lugar, otros instrumentos sociales y jurídicos, menos gravosos que la pena, pueden resultar

distintos sectores del ordenamiento jurídico confluyen todos en el mismo propósito de consecución de altas metas sociales de bienestar general. Luego, desde este punto de vista general no es posible establecer diferencias en el plano teleológico entre el derecho penal y otros sectores del ordenamiento jurídico como el civil o administrativo,²⁶ por ejemplo. Lo anterior no significa que el legislador pueda arbitrariamente utilizar uno u otro mecanismo, indistintamente, en su tarea de protección de los intereses sociales, pues, repetimos, dada la gravedad de las sanciones penales su imposición sólo está justificada cuando se trata de intervenir frente a hechos especialmente lesivos de los bienes jurídicos y por ende socialmente dañosos, y sólo en tanto no exista un medio menos gravoso que la pena.

(p. 130) De ahí que -como lo reafirma el art. 11 del C.P.- para que un acto pueda constituirse en ilícito penal, necesariamente debe consistir en algo más que la mera infracción de un deber y afectar de forma efectiva un bien jurídico concreto, es decir, producir un daño social. Ello, por supuesto, no excluye la posibilidad de que tales lesiones o riesgos para los bienes jurídicos permanezcan en el ámbito administrativo, lo cual, además, será siempre lo correcto mientras la sanción administrativa sea idónea para lograr el objetivo perseguido. En este caso, sin embargo, la sanción a imponer deberá ser necesariamente una menos grave que la penal, de manera que se refleje la diferencia por lo menos cuantitativa²⁷ existente entre una responsabilidad penal y una responsabilidad administrativa.

Entendida de esta manera la necesidad de la intervención penal, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos derivado del art. 2 de nuestra Constitución estará cumpliendo a cabalidad su función constitucional de límite o garantía frente a la intervención penal, consistente en que la lesión de un bien jurídico es condición necesaria, aunque nunca suficiente, para justificar su prohibición y punición como delito.²⁸

igualmente idóneos para conseguir los fines de prevención; en segundo lugar, cuando también fuera dudosa la eficacia preventiva de aquellos otros instrumentos, la renuncia a la pena podría estar impuesta por la constatación empírica que la pena comporta costos superiores a los beneficios: la incondicionada tutela penal de un bien no sólo puede determinar el sacrificio de uno o más bienes no menos importantes, sino que puede tener hasta efectos criminógenos, alimentando comportamientos ilegales, lesivos de otros bienes, inclusive hasta de mayor importancia".

²⁶ Cf. A. Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, 2ª edición, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 154 a 160.

²⁷ J. Cerezo Mir, *Curso de derecho penal español, parte general*, I, 5ª edición, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 43-55.

²⁸ Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 471.

3. EL DELITO DE INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS (ART. 409 CP)²⁹

Como se dijo atrás, la política criminal actual en nuestro país no camina precisamente, pese a las previsiones constitucionales, por los (p. 131) senderos de la mínima intervención y la racionalidad garantista. Por el contrario, bajo el amparo de la "lucha contra la corrupción" nuestra Corte Constitucional viene avalando sin reservas toda la legislación penal en esta materia, de lo cual los delitos relativos a la contratación administrativa (arts. 408 a 410 C.P.) y en especial el de interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 C.P) constituyen quizás el ejemplo más escandaloso.

En efecto, no se requiere demasiado esfuerzo interpretativo para constatar que los delitos de celebración indebida de contratos reproducen meras infracciones de deberes legales y reglamentarios, por lo demás debidamente reguladas como ilícitos administrativos por la legislación pertinente (Ley 80 de 1993), por lo que el recurso al derecho penal en estos casos aparece totalmente injustificado desde el punto de vista del mandato constitucional de mínima intervención. Se trata no sólo de que ya existen mecanismos extrapenales idóneos para proteger la legalidad, objetividad e imparcialidad de la contratación pública (carácter de *última ratio* del derecho penal), sino de que la infracción penal se identifica con la infracción administrativa, por lo que tampoco estamos frente a formas especialmente graves de ataque al bien jurídico (carácter fragmentario del derecho penal).

(p. 132) No obstante, la declaración de exequibilidad del art. 409 del C.P. por parte de la Corte Constitucional³⁰ no respalda la interpretación que de este tipo penal hacen nuestros tribunales y en especial la Corte Suprema de Justicia.³¹ Más bien obliga a buscar nuevas propuestas hermenéuticas que de alguna forma consulten los fundamentos constitucionales del derecho penal arriba expuestos y, de manera muy especial, los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad.

a. El bien jurídico "Administración Pública" como bien jurídico genérico

Si la función principal del derecho penal es la de proteger bienes jurídicos, la primera actividad del juez tendiente a aclarar la existencia de delito en un caso concreto debe

²⁹ La redacción actual del tipo de interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 del CP. de 2000) es prácticamente igual a la del art. 145 del CP. anterior [cf. A. L. Calle Calderón y J. O. Sotomayor Acosta, "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos", en *Estudios de Derecho*, No. 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997]; sólo se presenta el cambio en la denominación del delito, de la anterior expresión "interés *ilícito*..." por la de "interés *indebido*...". Tal variación en la denominación es avalada por J. O. Santofimio Gamboa [*Delitos de celebración indebida de contratos*.

Análisis con fundamento en la teoría general del contrato estatal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 89], quien entiende que bajo el anterior término "podría entenderse que, para efectos penales, tan sólo existiría desvío de poder si el actuar desviado del servidor público llevara a desconocer algún elemento o requisito de la legalidad del contrato, lo cual resulta por completo absurdo frente al alcance que en materia administrativa se le da al desvío de poder; en efecto, el acto o contrato puede resultar perfecto o intachable ante un juicio de legalidad y a la vez la intención, el querer, la finalidad que se propone el servidor público no ser la de satisfacer el interés general sino el de su ego". No creemos, sin embargo, que este cambio tenga tanta trascendencia, pues al fin de cuentas se trata de una variación en el nombre del delito y no en los elementos que lo constituyen. Aún más, habría que aclarar que en este delito, a diferencia de lo que lo ocurre con los otros delitos relacionados con la celebración indebida de contratos (arts. 408 y 410 C.P.), lo ilegal o indebido no se predica del contrato como tal sino del interés con que interviene el servidor público en su celebración.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-128 de febrero 18 de 2003, M.P. A. Tafur Galvis.

³¹ A manera de ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sentencias de octubre 25 de 2000; septiembre 27 de 2000; abril 18 de 2002.

consistir en la determinación del bien jurídico protegido en el respectivo tipo penal, para, con base en ello, establecer luego los alcances del mismo, de manera que tengan efectiva vigencia las exigencias derivadas del principio de lesividad u ofensividad previsto como norma rectora en el art. 11 del C.P.

Con esto no se quiere decir que el bien jurídico sea creado por el juez, pues ya desde Von Liszt es sabido que el bien jurídico tiene una existencia externa a la norma, no es creado por el legislador sino reconocido y protegido por él.³² Lo que se afirma es que precisamente por el hecho de no ser creado por el legislador, corresponde al intérprete, con el apoyo de la ciencia jurídica, establecer en cada caso concreto cuál es el bien jurídico protegido o inclusive, si es del caso, denunciar la ausencia de bienes jurídicos en algunos tipos penales, evento en el cual deberá abstenerse de aplicarlos.

Conforme a lo dicho, en Colombia suele aceptarse sin mayor discusión la existencia de un bien jurídico común a la mayoría de delitos (**p. 133**) recogidos en el título XV de la parte especial del Nuevo Código Penal, cual es el correcto ejercicio de la función pública, entendida ésta en un sentido amplio, esto es, contentiva de las diferentes ramas del poder público: ejecutiva (o administrativa en sentido estricto), legislativa y judicial.³³

Conviene aclarar, no obstante, que tales rasgos comunes a los delitos arriba mencionados no pueden reducirse a la violación del deber propio del cargo, pues, como destaca un importante sector de la doctrina,³⁴ tal idea es derivable sólo de una concepción autoritaria del Estado, que concibe el deber y el servicio público como un asunto interno del aparato estatal, que para nada concierne a los ciudadanos, lo cual resulta en todo caso incompatible con el modelo de Estado adoptado en la Constitución de 1991.

La característica común a tales figuras, constitutiva de un bien jurídico genérico en cuanto inherente a todas estas infracciones, se halla representada más bien por el servicio que los poderes públicos han de prestar a la comunidad, esto es, el correcto ejercicio de la *función pública*, entendiendo por tal el "conjunto de intereses de cuya tutela o prestación se hace cargo el Estado, ya sea directamente o indirectamente a través de actos de delegación".³⁵ En tal sentido, lo protegido no son (**p. 134**) los órganos administrativos ni el debido deslinde de poderes; de lo que se trata es de proteger el correcto ejercicio de la función administrativa, indispensable para que el sistema pueda funcionar y cumplir con los fines que le ordena la Constitución en su art. 2. Esto significa, por una parte, que el bien jurídico "administración pública" no tiene un carácter estrictamente formal, sin vinculación alguna con los ciudadanos; y, por otra, que lo protegido en última instancia es el correcto

³² Vid. J. Bustos Ramírez, *Manual...*, parte general, cit., pp. 53-56.

³³ Cf. A. Gómez Méndez, "Delitos contra la administración pública", en AAVV, *Derecho penal especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, pp. 20-21; más recientemente, del mismo autor, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

³⁴ En especial la doctrina española; vid. E. Octavio de Toledo, *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Civitas, 1979, pp. 194 y ss.; J. L. González Cussac, *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, Tirant lo blach, 1994, p. 18; M. Cugat Mauri, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, Barcelona, Cedecs, 1997, págs. 57 y ss.; I. Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, Valencia, Tirant lo blach, 1999, p. 83; A. Asúa Barrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", en A. Asúa Batarrita (Edición al cuidado de): *Delitos contra la administración pública*, Bilbao, Instituto Vasco de Administración Pública, 1997, pp. 13-55.

³⁵ I. Valeije, "Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y 'personas que desempeñan una función pública'", en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 62, Madrid, 1997, pp. 463 y ss.

servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos.³⁶

La administración pública abarca, pues, dos aspectos claramente diferenciables, aunque relacionados entre sí: en primer término, significa un servicio público y en tal sentido un servicio de la administración a la sociedad. En segundo lugar, la administración pública constituye a su vez una organización finalísticamente dirigida a ese servicio. Quiere ello decir que "La Administración pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es, en esencia, distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad..., sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada",³⁷ tal como aparece ratificado en el art. 209 de la Constitución colombiana, cuando establece que la función administrativa "está al servicio de los intereses generales...".

El hecho de que la noción de administración pública encierre la consideración tanto de la función pública como de la propia organización administrativa no significa que ambos aspectos deban ser necesariamente considerados por el derecho penal, pues en realidad dados los fines del derecho penal arriba reseñados, a éste sólo puede interesarle la administración en cuanto servicio público, pues por lo visto antes sólo en la medida en que tal servicio aparezca lesionado o por lo **(p. 135)** menos en concreto peligro puede decirse que estamos en presencia de un daño social justificativo de la intervención penal. Mal podría el derecho penal plantearse como objetivo la protección de la administración pública como mera organización, pues tal consideración convertiría a ésta en un fin, dejando de ser lo que es, un medio o instrumento necesario para alcanzar los fines sociales.

La protección de la organización administrativa (aunque en todo caso entendida como ente orientado al servicio público) corresponde en realidad al derecho administrativo y no al derecho penal, ámbito desde el cual ya no interesa sólo el daño social producido en el sentido del correcto funcionamiento del servicio público, sino también otros aspectos relevantes sólo desde el punto de vista de la organización administrativa, tales como el buen nombre de la administración, el cumplimiento de los deberes propios del cargo exigidos para un desempeño eficiente de la función, etc.

Con lo anterior no se niega la existencia de relación entre los aspectos de la administración arriba mencionados, pues ya se puso de manifiesto que en última instancia derecho penal y derecho administrativo buscan el mismo fin social. En realidad, si el deber del cargo existe es porque la administración precisa de una organización que pueda servir correctamente a los ciudadanos; luego, si el funcionario infringe el deber que su cargo le impone, en la medida en que tal deber proviene precisamente de la especial relación que lo liga con la administración, con ello altera tal relación y, como consecuencia, puede afectar de manera negativa a la organización en que se inserta. Mas ello, como pone de presente Octavio de Toledo, no implica "que la relación Administración-ciudadanos resulte afectada: si a todo incumplimiento del deber del cargo no le sigue en todas las ocasiones una efectiva alteración de la organización administrativa, mucho menos le seguirá, en todas las ocasiones, una alteración de las relaciones que la Administración entabla con los administrados",³⁸ que en última instancia es lo único que debe interesarle al derecho penal.

³⁶ En este sentido, I. Olaizola Nogales, *El delito de cohecho*, cit., p. 85; igual, A. Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración...", cit., pp. 19-22.

³⁷ E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 10ª edición, Madrid, Civitas, 2000, p. 33.

³⁸ E. Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., p. 243.

b. El bien jurídico específico del delito de interés indebido en la celebración de contratos

(p. 136) Como se dijo antes, en los denominados "delitos contra la administración pública" existe un bien jurídico genérico que abarca el conjunto de actividades que constituyen un ejercicio correcto de la función pública, y otro bien jurídico particular o específico, conformado por cada una de tales actividades, o por lo menos de las más importantes desde el punto de vista de la relación administración-ciudadanos, que necesariamente también debe verse afectada por la realización típica.

Si, como ya se dijo, lo protegido en estos delitos no es la organización administrativa como tal sino el correcto ejercicio de la función pública, debe descartarse que el interés jurídicamente protegido mediante el tipo de "interés indebido en la celebración de contratos" previsto en el art. 409 del C.P., esté constituido por la "ética del funcionario" en los procesos de celebración y/o adjudicación de contratos, como lo plantea algún sector de la doctrina nacional.³⁹ Mucho menos puede afirmarse que lo protegido es "el quebrantamiento de un deber de honestidad y de moralidad pública" o "la imagen de la administración pública", como también suele entenderse a veces.⁴⁰

En realidad, a quien corresponde velar por la "buena imagen" de la administración no es al derecho penal sino a la organización administrativa interna. La preocupación del derecho penal en tales aspectos terminaría convirtiendo en delito cualquier acto que deteriore la imagen de la administración o cualquier incumplimiento de los deberes de imparcialidad o fidelidad propios del cargo, como si el fin de la intervención punitiva estatal fuera el de proteger la organización administrativa como tal y no la función pública que la sustenta.

(p. 137) La misión del derecho penal en este campo se reduce a la protección del correcto ejercicio público en el concreto campo de la celebración de los contratos, que los servidores públicos han de ejercitar conforme al interés general y no el particular.⁴¹ Luego, el delito que nos ocupa (art. 409 del C.P.) se presenta no sólo como un medio de defensa del ciudadano frente a un perjuicio que le causa el acto de la administración, sino también como un medio de protección de un abstracto interés que toda la sociedad tiene por la objetividad e imparcialidad en la celebración de los contratos por parte de la administración pública, lo cual permite afirmar que el delito se presenta tanto cuando de la celebración del contrato se pueda derivar un perjuicio para alguien, como cuando de la misma situación se pueda generar una injusta ventaja o beneficio.⁴² El interés del servidor público en la obtención de tal perjuicio particular o beneficio injusto, es precisamente uno de los factores que califica el acto como "indebido", en tanto lesivo de las exigencias de objetividad e imparcialidad que debe caracterizar la participación del servidor público en una contratación u operación de carácter oficial.

Por supuesto que si en la celebración o adjudicación de un contrato o en la operación administrativa prevalecen el interés general y la objetividad e imparcialidad de los funcionarios intervinientes, ello redundará en una mejor imagen de la administración frente a los administrados, pero ello no significa bajo ningún punto de vista que lo protegido sea entonces la "buena imagen" de la administración. Como señala Asúa Batarrita, "Las referencias al 'prestigio' o a la 'dignidad' pueden resultar equívocas si no se les asocia a lo

³⁹ Cf. P. Pacheco Osorio, *Derecho penal especial*, tomo I, Bogotá, Temis, 1978, pp. 188-189; A. Gómez Méndez, "Delitos contra la administración...", cit., p. 86; y C. M. Molina Arrubla, *Delitos contra la administración pública*, Medellín, Diké, 1995, p. 280.

⁴⁰ Tal es la posición mantenida por reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia, como puede apreciarse en la sentencia del 3 de diciembre de 1999.

⁴¹ Así, también, J. O. Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., pp. 90-94.

⁴² Cf. E. Octavio de Toledo, *La prevaricación...*, cit., p. 326; igualmente, J. L. González Cussac, *El delito de prevaricación...*, cit., p. 20.

que debe ser la fuente del prestigio institucional, esto es, su adecuado funcionamiento conforme a los parámetros constitucionales. De otra forma se convierten en fórmulas vacías que pueden servir de coartada para defender la intangibilidad de ciertos espacios de poder. El prestigio y la confianza (p. 138) de la generalidad en sus instituciones deben entenderse como *efecto* derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. Un prestigio a costa del ocultamiento de irregularidades, o una confianza del público ignorante de los niveles de corrupción interna, pueden ser funcionales para el desarrollo de un sistema opaco, lo cual precisamente es lo contrario a las exigencias de transparencia y de sumisión a la legalidad impuestas por la Constitución. La importancia de ese efecto de confianza en las instituciones debe ser tomada en cuenta para valorar la gravedad de los efectos de la conducta delictiva, pero en sí mismo no es el objeto de tutela en sentido jurídico penal".⁴³

Es perfectamente imaginable el caso en el cual un contrato celebrado en forma legal redunde en beneficio del interés general, y sin embargo ello no implique una imagen favorable de la administración. Así sucedería, por ejemplo, con un hipotético contrato adjudicado a la propuesta más conveniente desde el punto de vista del servicio público (escogencia objetiva), pero en el que se dio la irregularidad consistente en que uno de los funcionarios intervinientes en la adjudicación del mismo no se declaró impedido, existiendo razones para ello; igual cosa sucedería si la irregularidad consistió en que un funcionario insultó y trató de forma descortés a alguno de los proponentes, etc.

En tales situaciones la imagen de la administración pública se ve afectada por cuanto los funcionarios no han cumplido con los deberes propios del cargo, que para el caso serían los de declararse impedidos y tratar respetuosamente a todos los ciudadanos en general. Sin embargo, pese a la mala imagen que en casos como los mencionados se proyecta, no puede decirse que tales personas hayan realizado conductas penalmente relevantes, pues en ninguno de los supuestos mencionados se lesiona o pone en efectivo peligro la función pública misma (art. 11 C.P.), concretada en este caso en el interés general porque los contratos se adjudiquen a las propuestas que en mayor medida garanticen la correcta prestación del servicio público que se pretenda a través del respectivo contrato.

(p. 139) Ahora bien, tales conductas, aunque no punibles, sí podrán ser objeto de reprobación desde el punto de vista administrativo, pues si tenemos en cuenta ya no la prestación del servicio público sino la organización administrativa misma, sin duda comportamientos como los anteriormente descritos pueden afectar el orden interno necesario para garantizar que efectivamente se cumpla con los fines que justifican la existencia misma de la administración. El funcionario que no se declara impedido cuando el proponente es un amigo íntimo, al igual que aquél que maltrata de palabra a uno de los proponentes, podrá ser sancionado disciplinariamente por el incumplimiento de sus deberes para con la administración pero no castigado penalmente pues al fin de cuentas no ha incumplido su deber para con los administrados, cual es el de celebrar el contrato que en mayor grado garantice un correcto ejercicio del servicio público y la protección del interés general.

c. Los problemas del sujeto activo y la conducta típica del delito de interés indebido en la celebración de contratos.

De conformidad con el bien jurídico específicamente protegido mediante el tipo penal previsto en el art. 409, vale la pena referirnos a dos aspectos especialmente problemáticos en este delito: el sujeto activo y la conducta típica de "interesarse" en el contrato u operación administrativa.

⁴³ A. Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración...", cit., p. 22.

- **El problema del sujeto activo**

En primer término, se trata de un "delito especial",⁴⁴ esto es, de un delito que sólo puede ser realizado a título de autor por quien ostente una determinada calidad exigida por la ley, que para el caso es la de "servidor público" de conformidad con lo regulado por el art. 20 del C.P.

(p. 140) El interrogante que surge de inmediato conforme a la legislación penal colombiana es el de si en este caso el círculo de posibles autores se circunscribe de forma exclusiva a lo dispuesto en el art. 20 del C.P. o si por el contrario en este delito debe entenderse ampliado dicho círculo de autores, en virtud del art. 56 de la ley 80 de 1993. El problema se presenta puesto que según este artículo de la ley de contratación administrativa, "Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".

A primera vista, pareciera que además de los servidores públicos en sentido jurídico penal estricto (art. 20 C.P.), también pudieran realizar este delito algunos sujetos sin dicha calidad, como es el caso del contratista, interventor, consultor o asesor de un contrato estatal. Sin embargo, no creemos que lo previsto en el art. 56 de la ley 80 de 1993 entrañe una ampliación respecto de los autores de este delito en particular, pues dado que mediante el mismo se trata de proteger la legalidad, objetividad e imparcialidad en la celebración de los contratos y operaciones administrativas, como forma de proteger el correcto ejercicio de la función pública en el ámbito de la contratación, la conducta sólo podrá ser realizada por los servidores públicos en sentido estricto, pues sólo ellos pueden catalogarse como garantes del mencionado bien jurídico.⁴⁵ Y es que mal podría ser de otra forma cuando en esta clase de delitos la indemnidad del bien jurídico compete de forma exclusiva a quien ostenta deberes legales de protección, que en este caso es exclusivamente el servidor público, pues sólo él está en posibilidad real de garantizar que las propiedades de objetividad, legalidad e imparcialidad se materialicen en las actuaciones y decisiones de la administración. En otras palabras, sólo quienes pertenecen al (p. 141) organigrama de la administración pública ostentan lo que en derecho penal se denomina "ámbito de dominio del bien jurídico",⁴⁶ pues de su comportamiento "desde dentro" de la administración depende de forma exclusiva la preservación o el perjuicio de ese bien jurídico.⁴⁷

En estos casos estamos en presencia de los que Gracia Martín⁴⁸ denomina delitos de *dominio social*, los cuales se caracterizan porque en ellos la acción típica presenta una cualidad específica consistente en que es realizada en el ejercicio de una función que es

⁴⁴ Cf. H. H. Jescheck y T. Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª edición, Granada, Comares, 2002, p. 286; y S. Mir Puig, "Delitos especiales", en D. M. Luzón Peña, *Enciclopedia penal básica*, Granada, Comares, 2002, pp. 516-518.

⁴⁵ En sentido contrario, J. O. Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., pp. 81 a 84.

⁴⁶ Sobre el particular, vid. B. Schünemann, "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión", en E. Gimbernat, B. Schünemann y J. Wolter (Edit.), *Omisión e imputación objetiva en derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1994, pp. 21-24; en igual dirección, L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro en derecho penal*, I, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, pp. 350 y ss. En Colombia, ya antes hemos sostenido la teoría del dominio material como la adecuada para comprender los delitos impropios de omisión, en J. O. Sotomayor Acosta y G. M. Gallego García, "Las circunstancias agravantes del homicidio imprudente en el código penal colombiano", en *Nuevo Foro Penal*, No. 61, Bogotá, 1999, pp. 35-55.

⁴⁷ Así, A. Asúa Batarrita, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la administración...", cit., p. 23.

⁴⁸ L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro...*, cit., p. 371; en general, pp. 368-371.

monopolio de una cierta clase de sujetos, en la cual se concretan las condiciones de posibilidad de la lesión al bien jurídico y por ende de la realización típica. Aún más, el delito de interés indebido en la celebración de contratos no es sólo uno de estos delitos de garante regulados expresamente por el legislador,⁴⁹ sino de aquellos cuya acción típica es además expresión del ejercicio de una función tan específica, que no es sólo que los particulares no puedan ser sujetos activos del delito, sino que tampoco podrá serlo todo servidor público; sólo lo será aquél en cuya órbita de competencias se encuentra el asunto sobre el que recae la acción típica.⁵⁰

(p. 142) En otras palabras, para ser sujeto activo del delito que nos ocupa no sólo se requiere la calidad de servidor público (art. 20 C.P. y si se prefiere, adicionado para el caso por el art. 56 de la ley 80 de 1993), sino tener competencia para participar en la celebración de un contrato u operación administrativa, pues sólo el funcionario que tiene el deber de intervenir en la actividad contractual u operacional adquiere el deber específico de garantizar la legalidad, objetividad e imparcialidad de dicho proceso y, por tanto, es el único que puede lesionar el bien jurídico protegido.

Conforme al art. 56 de la ley 80 de 1993, el tratamiento del contratista o interventor, por ejemplo, como particulares que ejercen funciones públicas sólo puede tener posibles efectos penales en la ejecución y liquidación del contrato, mas no en su celebración; y ello, siempre y cuando pudiera decirse en el caso concreto que estos particulares eran garantes del bien jurídico específico protegido.

Téngase presente que los deberes de estos particulares para con la administración pública sólo pueden surgir a partir del perfeccionamiento del respectivo contrato estatal. Antes de ese momento no existe contrato ni por ende contratista ni interventor, razón por la cual no es posible que un particular (tampoco el consultor o asesor) puedan responder penalmente como autores del delito de "Interés indebido en la celebración de contratos", pues, reiteramos, ninguno de ellos tiene el deber jurídico de intervenir en el proceso de contratación como garante de la legalidad, imparcialidad u objetividad del mismo.

En resumidas cuentas, sólo pueden ser autores de este delito los servidores públicos que en razón de sus funciones intervienen en la celebración de un contrato u operación administrativa. La intervención de cualquier sujeto que no tenga tales características quedará sometida, en consecuencia, a las reglas generales y problemas propios de la participación del *extraneus* en los delitos especiales.⁵¹

⁴⁹ Cf. B. Schünemann, "Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión", cit., pp. 21-24.

⁵⁰ Cf. L. Gracia Martín, *El actuar en lugar de otro...*, cit., pp. 369-370.

⁵¹ Por las características del bien jurídico específico protegido en este delito, puede resultar inclusive discutible la posibilidad de que el particular que interviene en la celebración de un contrato en calidad de contratista pueda responder como partícipe (art. 30 C.P.), dada la confusión reinante en esta materia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Para muestra, F. Velásquez, *Manual de derecho penal, parte general*, Bogotá, Temis, 2002, pp. 457-460 y A. Hernández Esquivel, "Autoría y participación", en AAVV, *Lecciones de derecho penal, parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 285-287; véase, además, la contradictoria jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sentencias del 25 de abril de 2002 y del 8 de julio de 2003. Sobre la participación en los delitos especiales, véase puntos de vista diferentes, entre otros, en C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1998, págs. 383 y ss; J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, *Delito de infracción del deber y participación delictiva*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 231 y ss; E. Gimbernat, *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pp. 251 y ss.

- **La acción típica de "interesarse" en un contrato u operación administrativa**

(p. 143) En segundo lugar, el aspecto objetivo de la acción típica consiste en "interesarse" en la celebración de cualquier clase de contrato u operación administrativa⁵² en que deba intervenir el servidor público por razón de su cargo o sus funciones. Tal como aparece redactado el tipo penal, se trata de una acción bastante indeterminada, pues "interesarse" en un contrato puede ser cualquier cosa, desde firmarlo hasta realizar una llamada o hablar con alguien, por ejemplo. Sin embargo, la doctrina nacional coincide en señalar la necesidad de que tal interés se concrete en un determinado acto mediante el cual se pretenda un beneficio para sí o para un tercero. En tal línea se manifiesta por ejemplo Gómez Méndez, cuando entiende que "La conducta consiste en interesarse, es decir, en actuar con miras a la obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero";⁵³ igualmente, para L. C. Pérez, "interesarse" alude a la idea de "procurar, **(p.144)** aunque no se logre, la realización del contrato o de la operación, buscando, no el beneficio administrativo, sino el de los sujetos mencionados en el precepto".⁵⁴ Así mismo la Corte Constitucional ha expresado que este 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".⁵⁵

En resumidas cuentas, la acción material consiste en inmiscuirse a través de un acto concreto en la celebración de un contrato u operación en el que el servidor público deba intervenir en razón del cargo o de sus funciones, buscando con ello obtener un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero y lesivo del interés general.

Ahora bien, aunque la ley no lo señale de manera expresa también existe unanimidad doctrinal en señalar que tal interés debe ser "ilícito", o "indebido" según el término utilizado en el Nuevo Código Penal, como se deduce igualmente del nombre que el legislador le da a este delito, lo cual obliga a determinar, entonces, cuándo un interés puede ser calificado como tal.

La exigencia de este requisito se hace patente cuando se comprueba que necesariamente a todo funcionario que por razón de su cargo o de sus funciones debe intervenir en la celebración de un contrato se le exige legalmente que se interese en el mismo,⁵⁶ esto es, que realice todos los actos necesarios con miras a garantizar que se cumpla a cabalidad los términos y exigencias legales. Tan es así que el funcionario que no se interese por el trámite y resultado del contrato que tiene a su cargo estará incumpliendo, él sí, los deberes propios del cargo, evento en el cual podría inclusive verse comprometido en algún tipo de responsabilidad.

(p. 145) Ahora bien, el problema está en determinar cuándo puede calificarse de *indebido* el interés del servidor público, pues la realización del tipo no exige simplemente interesarse (esto es, "hacer algo"), sino hacerlo de forma *indebida* desde el punto de vista de la celebración de un contrato o de una operación administrativa.

⁵² Sobre las nociones de contrato y de operación administrativa en este delito, 3. O. Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., pp. 100 a 108. Es preciso destacar, no obstante, la vaguedad e imprecisión del término "operación administrativa" [A. J. Cancino, "Delitos contra la administración pública", en AAVV: *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 131], que lo torna difícilmente compatible con el principio de legalidad.

⁵³ A. Gómez Méndez, "Delitos contra la administración...", p. 86; este criterio es compartido también por C. M. Molina Arrubla, *Delitos contra la administración...*, cit., pp. 278-279.

⁵⁴ L. C. Pérez, *Derecho penal, partes general y especial*, tomo III, Bogotá, Temis, 1984, pp. 276-277.

⁵⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-128 de febrero 18 de 2003. M.P. A. Tafur Galvis.

⁵⁶ Así también, A. J. Cancino, "Delitos contra la administración pública", cit., p. 131.

Sobre este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen inclinarse por entender que el carácter de indebido del acto del funcionario depende de la motivación con la que haya actuado, por lo que se trataría de un elemento subjetivo. Así, por ejemplo, lo sostiene Santofimio Gamboa, para quien lo importante es el "desvío de poder" que se produce cuando el servidor público actúa en interés propio o de un tercero y por lo tanto con desconocimiento del interés general; en sus propias palabras, lo que se sanciona es "toda actividad o actuación desviada de los servidores públicos que no busquen la satisfacción de los intereses generales, los fines públicos y las necesidades públicas, sino sus particulares intereses y necesidades o las de terceros".⁵⁷

Ésta, de alguna manera, parece ser también la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, cuando entiende que la "ilicitud del comportamiento que se analiza se circunscribe entonces al 'interés' que en provecho propio o de un tercero tenga el funcionario en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo";⁵⁸ sobre todo por cuanto, en opinión del alto tribunal, dicho interés "simplemente consiste en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones".⁵⁹

(p. 146) No creemos, sin embargo, que este elemento del tipo pueda entenderse de forma estrictamente subjetiva, pues si lo que importa para determinar el carácter indebido del acto no es su configuración objetiva sino el puro proceso motivacional del sujeto, el desvalor del delito termina recayendo de forma exclusiva en los motivos del autor. Desde tal punto de vista, habría delito inclusive cuando los actos del sujeto, objetivamente considerados, correspondan a los procedimientos usuales en la celebración de un contrato u operación administrativa, siempre y cuando lo hiciese motivado por la realización de un interés particular.

Esta interpretación no sólo genera la siempre peligrosa confusión entre derecho y moral,⁶⁰ sino, también, desconoce valiosos principios constitucionales como el de responsabilidad por el hecho y libertad interior⁶¹ y hasta el mismo principio de estricta legalidad,⁶² dando lugar a la configuración de un derecho penal de ánimo incompatible con nuestro modelo constitucional. Los delitos, escribe Ferrajoli, "no pueden consistir en actitudes o estados de ánimos interiores, y ni siquiera genéricamente en hechos, sino que deben concretarse en acciones humanas -materiales, físicas o externas, es decir, empíricamente observables- describibles exactamente, en cuanto tales, por la ley penal".⁶³

Por consiguiente, no puede ser suficiente el hecho de que el servidor público tenga un interés particular (y como tal indebido por tratarse de un funcionario), mientras ello no se concrete en un *acto indebido* como **(p. 147)** tal, esto es, que de alguna forma implique el quebrantamiento del procedimiento de decisión administrativa.⁶⁴ Sólo entendido de esta manera este tipo penal puede entenderse conforme a la Constitución, como tuvo oportunidad de expresarlo la Corte Constitucional al estudiar su constitucionalidad: "No es

⁵⁷ J. O. Santofimio Gamboa, *Delitos de celebración indebida de contratos*, cit., p. 88.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 18 de abril de 2002, M.P. J. A. Gómez Gallego.

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de septiembre de 2000, M.P. N. Pinilla Pinilla, reiterada en la Sentencia del 18 de abril de 2002.

⁶⁰ Cf. L. Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 83-92.

⁶¹ "Si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad es quizá el principio más auténticamente revolucionario del liberalismo moderno" [L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 481].

⁶² Cf. L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 483.

⁶³ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 480. En igual dirección, C. S. Niño, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 385-406.

⁶⁴ Vid. M. Cugat Mauri, *La desviación del interés general*, cit., p. 148.

entonces cualquier interés el que se penaliza sino el interés indebido que se manifiesta en las actuaciones del servidor público con las que se vulnera la transparencia e imparcialidad de la actividad contractual".⁶⁵

En definitiva, la realización del tipo exige no sólo que el servidor público actúe conforme a un interés particular, sino que en virtud de tal interés se aparte de los trámites, procedimientos y demás actos requeridos durante la celebración del contrato u operación. No se requiere, por supuesto, que exista una norma legal que prohíba con toda precisión al funcionario la actividad realizada,⁶⁶ pero sí que el sujeto quebrante los deberes que le competen como garante de la legalidad, imparcialidad y objetividad que deben prevalecer durante la celebración del contrato u operación administrativa, mediante la realización de un acto objetivamente indebido.

Es necesario resaltar que, en virtud de lo anterior, el delito sólo se configura con la realización del acto indebido, aunque el ánimo de obtener provecho para sí o para un tercero exista con anterioridad. Por consiguiente, no realiza conducta punible el servidor público que simplemente promete a un licitante, por ejemplo, que hará todo lo posible porque le adjudiquen el contrato, mientras tal promesa no se concrete en un comportamiento que quebrante el procedimiento adecuado para la toma de decisión. Antes de la realización de dicho acto podrá haber inclusive manifestación de los deseos pero no delito, ni siquiera tentado; entender que en tal momento ya hay delito es tanto como entender consumado el falso testimonio cuando el testigo el día **(p. 148)** antes de rendir su declaración ante la autoridad, manifiesta a otra persona su interés en mentir durante la misma.

Ahora bien, como la legalidad y objetividad exigible en la contratación administrativa lo que busca es el cumplimiento de la función pública en el ámbito del respectivo contrato, sólo puede entenderse materialmente antijurídica la conducta que además afecte de alguna manera dicha función, pues no puede perderse de vista que el derecho penal protege la administración pública como medio de realización del servicio público y no como mera organización burocrática. Por tanto, la imparcialidad y objetividad de la contratación se protege como un medio para garantizar la satisfacción del servicio que la administración debe prestar a los ciudadanos y no para salvaguardar el orden al interior del ente administrativo.

Para la configuración típica no basta entonces con la existencia de un interés privado, pues la relevancia de dicho interés en realidad depende de sus repercusiones en la actuación administrativa, de modo que tal interés privado sólo adquiere importancia penal si la decisión final lesiva de la función pública puede atribuirse a su influencia. Por consiguiente, deberán considerarse atípicas las decisiones en materia de contratación administrativa tomadas bajo influencia y por tanto con interés privado, a las que igualmente se hubiera llegado de no existir la influencia o interés,⁶⁷ pues en tales casos, aunque formalmente se cumplan todos los elementos típicos, falta la lesividad exigible a toda conducta punible (art. 11 C.P).

⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-128, cit.

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 25 de octubre de 2000. M.P. N. Pinilla Pinilla.

⁶⁷ Así, M. Cugat Mauri, *La desviación del interés general*, cit., p. 110. 1148.