

Sentencia C-128/03

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE NORMA DEROGADA-Pronunciamiento de fondo por producción de efectos jurídicos

INTERES GENERAL-Estricta sujeción del servidor público en materia contractual

ESTATUTO DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Principios generales

ESTATUTO DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA-Actuación de los servidores públicos en el proceso contractual está sometida al interés general y al cumplimiento de los fines de la contratación estatal

INTERES GENERAL-Protección ante indebida actuación del servidor público en la contratación estatal

DESVIACION DE PODER-Noción

DESVIACION DE PODER-Clasificación según la jurisprudencia y la doctrina

DESVIACION DE PODER-Genera la nulidad del contrato/DESVIACION DE PODER-Ocasiona falta disciplinaria del servidor

CONTRATACION ESTATAL-Consecuencias penales para el servidor público que desconoce sus deberes funcionales en su actuación

INTERES INDEBIDO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Penalización del servidor público

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Conducta reprochable

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Momento consumativo del delito

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Elemento subjetivo del tipo penal

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONRATOS-Bien jurídico que se pretende proteger

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Interés que se penaliza

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Configuración del delito

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Normas no configuran un delito de autor

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Ausencia de vulneración de los principios de antijuricidad y culpabilidad

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Ausencia de vulneración del principio de la buena fe

INTERES INDEBIDO O ILICITO EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS-Ausencia de vulneración del principio de legalidad

Referencia: expediente D-4190

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980

Actor: Darío Bazzani Montoya

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil tres (2003).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos y trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano Darío Bazzani Montoya demandó los artículos 409 de la Ley 599 de 2000, “por la cual se expide el Código Penal” y 145 del Decreto 100 de 1980, tal y como fue modificado por los artículos 57 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995.

Mediante auto del 9 de agosto de 2002, el Magistrado Sustanciador admitió la demanda, dispuso correr traslado de la misma al Procurador General de la Nación para que rindiera el concepto de rigor, ordenó fijar en lista la norma acusada, así como comunicar la iniciación del proceso al señor Presidente de la República, al Presidente del Congreso, a los Ministros de Justicia y del Derecho, del Interior, al Fiscal General de la Nación y a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a fin de que conceptuaran sobre la constitucionalidad de la norma acusada, de estimarlo oportuno.

Cumplidos los trámites ya relacionados, propios de esta clase de procesos, y previo el concepto del Procurador General de la Nación, procede la Corte a decidir sobre la demanda de la referencia.

II. NORMAS DEMANDADAS

A continuación, se transcribe el texto de las disposiciones acusadas, conforme a su publicación el respectivo Diario Oficial:

Diario Oficial No. 44.097 del 24 de julio de 2000:

“LEY 599 DE 2000

(julio 24)

por la cual se expide el Código Penal.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

(...)

TITULO XV

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

(...)

CAPITULO CUARTO

De la celebración indebida de contratos

Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de 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.”

Diario Oficial No. 35.461 del 20 de febrero de 1980:

“DECRETO NUMERO 100 DE 1980

(23 de enero)

“por el cual se expide el nuevo Código Penal”

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA

En uso de sus atribuciones constitucionales y legales

DECRETA:

(...)

PARTE ESPECIAL

(...)

TITULO III

DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

(...)

CAPITULO CUARTO

De la celebración indebida de contratos

(...)

“Artículo 145. Interés ilícito en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.”¹

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el contenido del artículo 409 de la Ley 599 de 2000 desconoce los artículos 1º, 6º, 13, 18, 29 y 83 de la Constitución Política. Solicita que se declare igualmente la inexecutable del artículo 145 del Decreto 100 de 1980, como quiera que lo preceptuado en dicha norma coincide con el contenido del artículo 409 de la ley 599 de 2000 y que pese a que perdió vigencia, continúa produciendo efectos jurídicos en virtud del principio de favorabilidad. Como fundamento de su demanda, expone los argumentos que se resumen a continuación.

En primer lugar, recuerda que la libertad de configuración de los tipos penales de que goza el legislador está limitada por los derechos fundamentales y los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tal y como, dice, lo tiene establecido la Corte.

En ese orden de ideas, manifiesta que las normas demandadas contrarían el artículo 29 de la Constitución, al establecer un derecho penal de autor y no de acto, como lo ordena dicho precepto.

Explica que los tipos penales acusados sancionan al servidor público por lo que piensa y no por haber materializado exteriormente ese pensamiento en perjuicio de la función pública. Así, advierte, se desconoce la dignidad del ser humano –artículo 1º C.P.-, pues fundamenta la punibilidad de la conducta en una concepción “peligrosista” de la responsabilidad penal, sancionando la personalidad del delincuente, sus pensamientos y tendencias.

Bajo tales premisas, señala que el verbo rector de las normas demandadas, al castigar al servidor por “interesarse” en provecho propio o de un tercero, penaliza su ánimo interior, sea cual fuere, aún si su actuación administrativa se ciñe estrictamente a mandatos constitucionales y legales, e incluso, si ese ánimo se dirige en beneficio de la administración, cuestión que le resulta inadmisibles y absurda, pues se pretende castigar el aspecto subjetivo de la persona y no lo injusto del acto.²

Cosa distinta sería, dice, si se sancionara el “actuar” motivado por el deseo de obtener provecho propio o ajeno, o con desconocimiento de mandatos constitucionales y legales que rigen la actividad contractual, pues de ese modo si se estaría protegiendo debidamente el bien jurídico de la administración pública.

Señala que si bien la condición de servidor público implica una mayor responsabilidad que la

que se exige a los particulares -artículo 6º C.P.-, sin embargo, ello no puede ir hasta la censura penal de los pensamientos, ideas e intereses del servidor cuando no se materializan en la afectación de la contratación estatal, ya que, en materia penal, la puesta en peligro efectiva o el daño respecto del bien jurídico es necesaria para la configuración de la responsabilidad.

De otro lado, manifiesta que el elemento normativo del tipo “en provecho propio o de un tercero”, en nada incide en este caso, pues el delito se fundamenta en la existencia de un interés y se configura por su sola existencia, tal como, dice, lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Ello trae como consecuencia que no sea relevante el tipo de interés que concorra en el sujeto activo y que resulte penalizado, incluso, si el interés se dirige en beneficio de la administración, lo cual considera absurdo si se tiene en cuenta que la función administrativa está guiada por el interés público -artículos 1º, 2º, 123 y 209 C.P.-.

Recuerda los antecedentes de la norma, para señalar que desde 1936, el tipo penal solamente ha sufrido cambios en su título, en los límites de la sanción imponible y en la inclusión del interés en provecho del tercero como punible, pero siempre ha tenido un carácter peligrosista. Advierte al respecto que la modificación del título hecha por la Ley 599 de 2000, de interés ilícito a indebido, en nada modifica esa situación.

Ello, porque la descripción típica que se hace castiga cualquier tipo de interés, pues éste no se califica, por lo que lleva implícita la presunción de que el servidor público cuando tiene alguna clase de interés se encuentra parcializado, así celebre el contrato en beneficio de la sociedad. Presunción de derecho que contraría el artículo 83 de la Constitución, sin que se otorgue al sindicato la posibilidad de desvirtuarla, pues como lo señala la doctrina y la jurisprudencia, se trata de un delito de mera conducta o formal y de ejecución instantánea, que se perfecciona con la existencia del mero interés aunque no se manifieste en el mundo externo en la función que desarrolla el servidor.

Por esa vía, también se desconoce el principio de culpabilidad, en la medida en que la sola existencia de un interés particular implica la condena, pues para el efecto no resulta relevante un comportamiento funcional perfecto en que el servidor público haya observado los principios y reglas constitucionales y legales. Cita al respecto apartes de la Sentencia C-626 de 1996.

Lo anterior trae como consecuencia, la imposibilidad de que el servidor público demuestre que no actuó motivado por el interés de obtener provecho, sino por el interés de la sociedad, porque para la configuración del delito no es relevante su comportamiento acorde con el ordenamiento. Igualmente, imposibilita la demostración de que dicho interés no fue determinante de la actuación, ya que el tipo penal castiga lo que se piensa, lo que a la persona le interesa, lo interno.

Para sustentar su acusación se refiere además a algunos apartes de la exposición de motivos del proyecto de ley que se convertiría en la Ley 599 de 2000, en la que se afirmó que: “lo que constituye objeto de reproche es el interés que ilícitamente surge en el servidor público, buscando siempre un determinado resultado. El contrato es lícito, pero el interés del servidor público contraría los principios de imparcialidad, transparencia, etc.”. Para el actor

esta afirmación le resulta absurda, pues un contrato estatal no puede considerarse lícito cuando ha sido celebrado con violación de los principios contractuales referidos en la Ley 80 de 1993 –artículos 23 a 26 y 29-.

De otra parte, acusa el tipo penal cuestionado de violar el principio de antijuridicidad material, (arts 6 y 29 C.P.). Señala que, toda vez que la norma penaliza el mero interés, y no una actuación determinada por éste, la conducta interior no lesiona o pone eficazmente en peligro a la administración pública, bien jurídico que pretende proteger. En ese orden de ideas, se pregunta cuál es el bien jurídico que resulta vulnerado o amenazado cuando, pese a la existencia del interés particular reprochado, la administración resulta beneficiada.

Al respecto, indica que podría aducirse que la norma pretende ejercer un control preventivo para evitar que se lesione la transparencia, moralidad e imparcialidad de la administración pública y específicamente de los procesos contractuales, pero ello llevaría a sancionar cualquier interés o pensamiento del ser humano en razón de su potencialidad para vulnerar el ordenamiento jurídico. Además, tal razonamiento pondría en evidencia la contradicción que supone, desde el punto de vista administrativo, la celebración de un contrato respetando todas las formalidades legales, pero respecto del cual se reprocha penalmente la conducta del servidor público que intervino en su realización, por el mero hecho de la presencia de un interés cualquiera.

Reitera entonces que no se justifica el ejercicio del ius puniendi estatal en este caso pues se castigan los pensamientos no exteriorizados por el servidor. Advierte además que no se puede acudir al derecho penal para prevenir la vulneración de un bien jurídico, pues a él solo es dable acudir como última ratio y cuando se ha lesionado o puesto eficazmente en peligro un bien jurídico.

Considera que la norma demandada vulnera el principio de legalidad porque no califica la clase de interés que castiga, solo lo limita a que sea en provecho propio o de un tercero. Advierte que, con apoyo en la denominación del tipo penal, podría aducirse que éste castiga únicamente el interés indebido. Sin embargo, la norma no define cuál es esa clase de interés, dejando tal definición al capricho del operador jurídico. La norma, para la determinación de lo indebido del interés, tampoco remite a otro precepto y en particular no toma en cuenta, según el actor, los elementos que configuran el desconocimiento del principio de selección objetiva –artículo 29 de la Ley 80 de 1993-.

Para finalizar, advierte que la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos demandados no tiene consecuencias en el orden jurídico referido a la protección de la moralidad estatal, pues la propia Constitución exige al servidor público desplegar su actuación conforme al interés público; el Estatuto de la Contratación le impone como principio actuar con transparencia, atendiendo al principio de selección objetiva y con responsabilidad en las gestiones contractuales; y los demás tipos penales sobre la celebración indebida de contratos, las diferentes formas de peculado, prevaricato, cohecho, el abuso de autoridad y la concusión, a más de los controles disciplinario, fiscal y contencioso administrativo, son instrumentos eficaces para la protección de la administración pública.

IV. INTERVENCIONES

1. Fiscalía General de la Nación

El señor Fiscal General de la Nación interviene en el presente proceso con el fin de defender la exequibilidad de las normas demandadas, considerando que su contenido se aviene a los principios constitucionales que gobiernan el ius puniendi estatal, tales como los de la dignidad humana, antijuridicidad y legalidad, por lo que los cargos formulados no deben prosperar.

Justifica la existencia de los tipos penales que se acusan por la necesidad de dar una mayor transparencia a la función administrativa, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 209 constitucional³, evitando que los servidores públicos en la celebración de los contratos, se inclinen a favor o en contra de alguno de los intervinientes en dicho proceso contractual.

Aclara que la configuración del delito establecido en las normas demandadas, no obedece a un derecho penal de autor, pues la ilicitud del comportamiento consiste en mostrar una inclinación de ánimo que tenga el servidor público, en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo. Es decir, en ningún momento se penalizan pensamientos, sino la comisión de una conducta desviada del sujeto activo que se aleja de la lealtad y rectitud que debe imperar en la función pública, e inclina su intervención en provecho propio o de un tercero, lo que indudablemente debe ser objeto de reproche penal.

Explica que si bien la tipificación de los delitos a que alude el título III del Libro II del Código Penal busca en general la protección de los principios que orientan la función pública como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, el tipo penal acusado busca proteger concretamente aquellos principios que subyacen a la contratación estatal, y en particular la transparencia y selección objetiva -Ley 80 de 1993-4. De modo que, toda conducta que se aparte de su observancia, necesariamente resulta lesiva de dicho aspecto específico del bien jurídico, de modo que no es de recibo la afirmación del actor, según la cual la conducta que se penaliza carece de relevancia social o de antijuridicidad material por no vulnerar el bien jurídico "administración pública".

De otro lado, no considera acertado lo expresado por el demandante respecto de la existencia de otros tipos penales en el ordenamiento que protegen la moralidad en la contratación estatal, pues cada tipo penal protege una dimensión distinta de la administración pública relativa a la clase de conducta y a la forma de afectación de dicho bien jurídico.

Así las cosas, considera razonable el establecimiento del delito de interés indebido en la celebración de contratos, ya que busca guarnecer el sistema que regula y rige los contratos estatales, impidiendo que el interés personal desvirtue la objetividad y lealtad que tal actuación requiere.

Con base en lo anterior, afirma que el análisis del tipo penal objeto de examen requiere la incorporación de los postulados constitucionales y legales que regulan la contratación estatal, pues ellos dan pleno sentido al ilícito demandado. 5

En ese orden de ideas, manifiesta que la descripción típica hecha por el legislador observa el principio de legalidad, y no deja al arbitrio del intérprete la calificación del interés indebido, pues como advirtió, el correcto entendimiento de la norma exige la incorporación de los valores constitucionales y legales antes mencionados, así como los propios principios rectores del Código Penal.

Advierte que la interpretación propuesta por el actor, dejaría en la impunidad la conducta descrita en el tipo penal examinado, desconociendo con ello la libertad de configuración del legislador, que, en este caso, está dirigida a atacar, con fundamento en estudios de política criminal, el fenómeno de la corrupción, como respuesta a la obligación de garantizar un ejercicio claro y transparente de la función pública.

Finalmente, solicita que se tenga en cuenta la jurisprudencia de la Corte establecida en la Sentencia C-557 de 2001, de la cual cita varios apartes, respecto de la fuerza vinculante de la jurisprudencia y la doctrina. Allí, dice, se consideró que cuando una norma puede ser interpretada en más de un sentido y entre las interpretaciones plausibles hay una compatible con la Constitución, la interpretación jurisprudencial y doctrinaria que se ha hecho del texto normativo demandado debe ser tenida en cuenta para fijar el sentido, los alcances, los efectos o la función que el juez constitucional le atribuye. Por ello considera necesario tener en cuenta el sentido y alcance que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dado al tipo penal demandado, y de ellos colegir su observancia de las normas constitucionales.

2. Ministerio del Interior

El Ministerio referido, actuando a través de apoderado especial para el efecto, interviene en el proceso de la referencia poniendo de presente las siguientes consideraciones sobre la constitucionalidad de la norma demandada.

En primer lugar, estima que de la lectura del texto completo de la Ley 599 de 2000, se puede colegir fácilmente el ánimo del legislador de respetar los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, y en especial, el principio de dignidad humana como fundamento del Estado Social de Derecho. Al respecto, transcribe apartes de la exposición de motivos presentada ante el Congreso para la aprobación de la referida Ley.

Señala que sin desbordar este contexto y con el fin de asegurar la protección del bien jurídico de la administración pública, el legislador tipificó como delito el interés mostrado por un servidor público en provecho propio o de un tercero, en cualquier contrato u operación en que éste deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones. Dicho interés, que en su concepto es en sí mismo indebido, puede surgir y hacerse patente antes de la celebración del acto o contrato, durante su ejecución, o posteriormente cuando se trate de introducir reformas al convenio celebrado

Así las cosas, advierte que el tipo penal cuestionado es un delito formal o de simple conducta que no reprime un eventual daño al patrimonio de la administración pública, sino la infidelidad del funcionario a los principios que rigen la administración pública y en particular a los que se establecen para la contratación estatal. Conducta del servidor que puede ocasionar desprestigio a la administración y desconfianza en los ciudadanos. En

consecuencia no tutela el patrimonio de la administración, sino su buen nombre. Al respecto, cita los autos de la Corte Suprema de Justicia del 8 de junio y 27 de agosto de 1982.

Indica que el delito se consuma, desde el punto de vista jurídico, cuando el servidor se interesa en provecho propio o de un tercero, y ese interés se hace patente en sus actuaciones desde el momento en que toma posesión del cargo, durante su ejercicio o incluso cuando se ha hecho dejación del mismo.

En ese sentido, considera que no se puede aceptar la afirmación del demandante de que las disposiciones establecen un derecho penal de autor, porque reprimen la esfera subjetiva del servidor público, pues tal argumentación lleva al absurdo de considerar penalizados sus pensamientos o ideas, aún si no afectan la contratación estatal, lo que sin duda quebrantaría lo establecido en el artículo 29 de la Constitución, que ordena establecer un derecho penal del acto. El tipo penal entonces, debe ser interpretado y aplicado con observancia de dicho postulado. Cita la Sentencia C-239 de 1997.

En conclusión, considera que la interpretación de las normas cuestionadas debe realizarse en armonía con el objetivo perseguido por el legislador, de respeto a los derechos y garantías previstos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos, de tal suerte que la misma no sólo debe atender a la esfera subjetiva o los simples pensamientos del agente, sino a la exteriorización de su conducta y su relevancia, en tanto implique vulneración o afectación del bien jurídico que las normas acusadas pretenden proteger.

V. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

El Procurador General de la Nación allegó el concepto No. 3026, recibido en la Secretaría de la Corporación el 24 de septiembre de 2002, en el que solicita a la Corte que declare la inexequibilidad de los artículos 409 y 145 de la Ley 599 de 2000 y el Decreto 100 de 1980, respectivamente, de conformidad con las consideraciones que se sintetizan a continuación.

En primer lugar, señala que el interés debido a que se refiere el artículo 409 de la Ley 599 de 2000, se relaciona con la obligación a cargo del servidor público, establecida en el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, de buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato. Sin embargo, indica que, pese a que en materia administrativa y disciplinaria se exija a los servidores públicos un interés responsable en la celebración de los contratos, resulta claro que dicho interés es una manifestación interna que, por sí sola, no constituye una acción u omisión.

Afirma que la Constitución Política estableció en su artículo 29 un derecho penal de acto y no de actor, es decir, un régimen en donde lo que es objeto de reproche penal es una conducta humana que se traduce en la exterioridad de un injusto y no son susceptibles de sanciones los actos internos, esto es, lo pensado, deseado o propuesto por el sujeto activo, que no se haya traducido en el despliegue de un comportamiento exterior.

Igualmente, recuerda el principio clásico del derecho penal “nullum crimen sine iniuria”, según el cual solamente las conductas socialmente dañosas son consideradas delitos, tesis

que se construye sobre la efectiva afectación de un bien jurídico, de modo que la lesión o puesta en peligro del mismo, debe ser un hecho y no un pensamiento.

En ese sentido, la Vista Fiscal manifiesta que el tipo penal acusado no requiere, para su consumación, que se haya causado una lesión. Así, entiende que la intención del legislador al establecerlo fue la de prever la amenaza o puesta en peligro que puede acarrear para la administración pública que sus servidores se interesen indebidamente en la celebración de los contratos, por lo que, en principio, el ilícito podría catalogarse como de mera actividad. Sin embargo, en el presente caso, la ley castiga la peligrosidad de una inclinación no exteriorizada, ya que el delito se consuma con la presencia de un interés supuestamente peligroso y, por ende, el operador jurídico no necesita valorar si el interés puso concretamente en peligro o no a la administración pública, para entenderlo configurado.

De otro lado, afirma que aunque se entienda que el tipo penal castiga solamente el interés indebido, tal y como están redactadas las normas que lo contienen, tal circunstancia no resulta relevante, pues al no exigirse para su consumación una conducta humana, el legislador le otorga al operador jurídico una total discrecionalidad para que defina si la inclinación del ánimo del procesado fue debida o indebida.

Finalmente, pone de presente que de declararse inexecutable las normas acusadas, existen otros tipos penales que permiten, a partir de una o varias conductas del servidor público, configurar la responsabilidad. Así, una vez que se materializa ese interés objeto de reproche, puede configurarse el tipo penal de violación al régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades, o el de celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales o cualquiera otro que suponga la lesión o puesta en peligro efectiva, y no presunta, de la administración pública.

VI. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4º y 5º de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir, definitivamente, sobre la demanda de inconstitucionalidad de la referencia, pues las disposiciones acusadas forman parte de la Ley 599 de 2000, que es una Ley de la República, y del Decreto 100 de 1980, que tiene fuerza de ley.

2. La materia sujeta a examen

Para el actor las normas acusadas desconocen los artículos 1, 6, 13, 18, 29, y 83 superiores por cuanto configuran un delito de autor que penaliza los pensamientos y no los actos de quien se interesa en un contrato estatal, al tiempo que desconocen los principios de antijuridicidad, por cuanto el delito se configura sin que haya vulneración del bien jurídico administración pública; culpabilidad, por cuanto no se da como resultado de una actuación conciente del servidor implicado; buena fe, en tanto se presume la mala fe del servidor por el simple hecho de “interesarse”; y legalidad, por dejar en manos del juzgador la determinación de cuando hay un interés indebido o ilícito y cuando no lo hay.

El Señor fiscal General de la Nación defiende la constitucionalidad de las normas acusadas. Precisa que estas no configuran un tipo penal de autor sino que penalizan una actuación desviada del servidor público, que abandona su deber de imparcialidad en la actuación contractual e inclina su intervención en provecho propio o de un tercero. Advierte que con esta conducta indebida el servidor vulnera evidentemente el bien jurídico administración pública en el aspecto en que los tipos penales acusados están llamados a protegerlo, a saber, la imparcialidad, transparencia y buen nombre de la administración, que en materia contractual se encuentra regida por precisos principios constitucionales (arts 1 y 209 C.P.) y legales (Ley 80 de 1993). En este sentido señala que no es cierto que se deje al servidor judicial la posibilidad de determinar arbitrariamente cuando se esta en presencia de una actuación indebida, pues necesariamente el correcto entendimiento de las descripción dogmática contenida en las normas acusadas debe concordarse con los principios enunciados, así como con los principios rectores del código Penal, que no dejan ninguna margen de arbitrariedad al funcionario judicial.

El representante del Ministerio de Justicia y del Derecho defiende igualmente la constitucionalidad de los artículos acusados. Hace énfasis en que todas las normas del Código Penal, y por tanto las normas acusadas responden a unos principios rectores, que orientan su interpretación y dentro de los cuales se encuentra el principio de antijuridicidad. Advierte en este sentido que las normas acusadas no se refieren a los simples pensamientos del agente sino a la exteriorización de su conducta que causa perjuicio al buen nombre de la administración. Precisa así mismo que lo que las normas reprimen no es una eventual actividad dañosa para el patrimonio de la administración, sino la infidelidad del funcionario a su deber de imparcialidad en la gestión contractual.

El Señor Procurador General de la Nación solicita por su parte la declaratoria de inexecutable de los textos acusados por cuanto considera que asiste razón al actor en relación con la configuración en este caso de un delito penal de autor, así como respecto del desconocimiento por las normas acusadas de los principios de antijuridicidad, culpabilidad y legalidad, por lo que retoma al respecto los argumentos planteados en la demanda.

La Corte debe en consecuencia determinar si las disposiciones acusadas (i) consagran un tipo penal de autor, así como si con ellas se desconocen los principios de (ii) antijuridicidad, (iii) culpabilidad, (iv) buena fe y (v) legalidad.

3. Consideraciones preliminares

Previamente la Corte estima necesario hacer algunas consideraciones en torno a (i) La pertinencia del examen de constitucionalidad en relación con el artículo 145 del Decreto 100 de 1980 acusado a pesar de su derogatoria por la Ley 599 de 2000; (ii) La estricta sujeción de toda actuación en materia contractual del servidor público al interés general y al cumplimiento de los fines de la contratación estatal; (iii) Las diversas facetas de protección del interés general ante actuaciones indebidas de los servidores públicos en la contratación estatal y el ámbito particular de protección del bien jurídico administración pública que corresponde a las normas penales bajo examen, y (iv) el contenido y alcance de las disposiciones acusadas, que resultan pertinentes para el análisis de los cargos planteados en

la demanda.

3.1. La pertinencia del examen de constitucionalidad en relación con el artículo 145 del Decreto 100 de 1980 acusado a pesar de su derogatoria por la Ley 599 de 2000.

La corporación ha sostenido desde su creación, que “si los fallos que dicta esta Corporación en ejercicio de la misión que se le ha encomendado de guardar la integridad y supremacía de la Carta Fundamental, tienen como efecto propio permitir que las normas acusadas puedan seguir cumpliéndose o ejecutándose (exequibilidad), o excluir éstas de la normatividad jurídica por lesionar la Constitución Nacional (inexequibilidad) restableciendo de esta forma el orden lesionado, no tiene sentido alguno que se acuse un precepto que ha dejado de regir y que por tanto no está en condiciones de quebrantar el Estatuto Máximo.”⁶

Así ha precisado que “una disposición que ya no rige ni produce consecuencia alguna en el mundo del Derecho es apenas un dato histórico pero no un acto capaz de afectar o socavar la supremacía de la Constitución, por lo cual un eventual fallo de inexequibilidad resulta inane, a la vez que uno de exequibilidad -entendiendo este término como “ejecutabilidad”- podría llevar al equívoco de considerar restaurada la vigencia ya perdida de la norma.”⁷

No obstante, la Corporación ha determinado que en ciertas circunstancias, es posible efectuar el examen de constitucionalidad de normas derogadas, cuando se estime que las mismas, pese a la derogatoria, están produciendo o pueden llegar a producir efectos jurídicos. Así ha sostenido que “...en función de la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, ella [la Corte Constitucional] debe conocer de disposiciones que hayan sido acusadas y se encuentren derogadas, siempre y cuando tales normas continúen produciendo efectos jurídicos. En cambio, si la norma demandada excluida del ordenamiento jurídico no sigue surtiendo efectos jurídicos o nunca los produjo, el pronunciamiento de constitucionalidad resulta inocuo, por carencia de objeto...”⁸.

En particular la Corte se ha referido al caso de las normas penales que en virtud del principio de favorabilidad, puedan llegar a ser aplicadas a pesar de encontrarse derogadas.

Al respecto cabe recordar que para efectuar la aplicación favorable de una norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultractividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia⁹.

La Corporación ha señalado que en la medida en que en ése último caso la norma derogada sigue surtiendo efectos le corresponde pronunciarse sobre su constitucionalidad en caso de que dicha norma sea demandada.

Así ha dicho que:

“La Corte carece de competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma derogada, salvo que ésta pueda todavía producir efectos. En materia penal, en razón

del principio de favorabilidad, sólo en el caso de que la norma derogada sea más benigna, podría seguir surtiendo efectos (C.P. art. 29)”¹⁰.

Aplicando este criterio la Corte en la Sentencia C-774 /01 procedió a pronunciarse sobre algunas normas del decreto 2700 de 1991 que habían sido derogadas por la ley 600 de 2000. Dijo la Corporación:

(...)De acuerdo con el artículo 28 de la Constitución Política, el inciso 2 del artículo 6 del nuevo Código Penal y el artículo 44 de la Ley 153 de 1.88711, existen normas en el anterior Código de Procedimiento Penal más benignas o favorables que las disposiciones del actual Código; por lo tanto, en aplicación del principio de favorabilidad, las normas del Decreto 2700 de 1.991 pueden llegar a producir efectos jurídicos, ya que tendrían una aplicación ultractiva, lo que habilita al juez constitucional a asumir la competencia para proferir una decisión de fondo.¹²

Esta nueva norma, igualmente acusada en el presente proceso, cambió la denominación del delito, -de “interés ilícito en celebración de contratos” por “interés indebido en la celebración de contratos”-, al tiempo que estableció unas consecuencias punitivas más severas para la misma conducta. Así en tanto la pena de prisión aplicable se mantiene en 4 a 12 años, la pena de multa -anteriormente de 10 a 50 salarios mínimos mensuales vigentes- pasa a ser de 50 a 200 salarios mínimos mensuales vigentes, mientras que la interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años anteriormente establecida, se convierte ahora en “inhabilitación para el ejercicio” de derechos y funciones públicas por un término de 5 a 12 años.

Es decir que la norma derogada es mas benigna que la norma que la sustituyó, por lo que la aplicación del principio de favorabilidad podría ser invocada en este caso en relación con hechos que se hubieren presentado durante su vigencia.

Así las cosas, dado que pueden existir en curso procesos en los que el artículo 145 de l Decreto 100 de 1980 esté siendo aplicado¹⁴ y dado que la norma podrá ser aplicada en el futuro en procesos en los que se examinen hechos acaecidos durante la vigencia de la disposición acusada, la Corte concluye que esta continúa produciendo efectos jurídicos y que se dan entonces los presupuestos para proceder a efectuar el examen de constitucionalidad planteado por el actor en su demanda contra la referida disposición.

1. La estricta sujeción de toda actuación del servidor público en materia contractual al interés general y al cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La primacía del interés general afirmada en la Constitución desde el preámbulo y el artículo 1 superior se constituye en el eje de toda actuación estatal. En este sentido el artículo 209 de la Constitución Política señala que “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”. Añade también que “las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado.”

3.2.1 En materia contractual dicho interés determina las actuaciones de la Administración, de los servidores que la representan y de los contratistas. Es por ello que el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe que la contratación administrativa persigue “el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellos en la consecución de dichos fines.” Y el inciso segundo de esta misma norma, indica con claridad lo siguiente: “Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, además de la obtención de utilidades cuya protección garantiza el Estado, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.”¹⁵

La Corte ha hecho énfasis en que ese principio de interés general guía y explica la manera como el legislador está llamado a regular el régimen de contratación administrativa. En particular la Corporación ha recalcado que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la primacía de dicho interés.

Así ha dicho:

“El interés público implícito en la contratación estatal, afecta de tal manera este instituto jurídico, que determina la especial posición de las partes contratantes y la relación entre ellas. Esta relación no se desenvuelve dentro de los mismos parámetros de igualdad en que lo hace la contratación entre particulares, sino que implica la preeminencia de la posición estatal. La autorización de cláusulas exorbitantes, como la de caducidad o las de terminación o modificación e interpretación unilaterales por parte de la Administración, son un claro ejemplo de esta situación. La ley dota a la Administración de herramientas o mecanismos especiales, ausentes en las formas contractuales privadas, que están presentes para asegurar el cumplimiento de los fines estatales y del interés general.

3.2 Esta circunstancia de estar adscrita a la consecución del interés común, impone también que en la contratación administrativa no sea indiferente la persona del contratista que celebra un convenio o acuerdo con la Administración. Puede decirse que el contrato estatal es, sin lugar a dudas, un contrato de aquellos que la doctrina califica como contratos *intuitu personae*, o contratos celebrados en razón a las calidades mismas de la persona con la que se contrata. En efecto, la Administración no puede exponer la cabal obtención de aquel interés general, confiando la ejecución de los objetivos contractuales en manos de personas que no reúnan las garantías y condiciones suficientes. Es más, se le impone un celo especial en la selección de aquella persona que mejores condiciones y garantías presenta.

3.3 Diversas normas de la Ley 80, estructuran un mecanismo jurídico apropiado para que la persona que va a contratar con el Estado reúna las condiciones y garantías que aseguran la obtención de las finalidades superiores que se vienen comentando: así, las normas relativas al registro único de proponentes buscan lograr que en él consten todos los aspectos y datos necesarios para que la Administración pueda conocer a los posibles contratantes. En ese orden de ideas, el artículo 22 de la Ley 80 indica en el registro único de proponentes que lleva la Cámara de Comercio, se hagan constar los hechos que permiten deducir la idoneidad

moral, técnica y financiera del contratista, así como toda información adicional relativa a su experiencia. En una etapa posterior, dentro del contexto de la licitación o del concurso público, la entidad que va a contratar debe proceder a calificar las propuestas formuladas por las personas inscritas en el registro que han respondido a su invitación a concursar. Dicha calificación resulta de la comparación de las propuestas entre sí y con las condiciones prefijadas en los términos de referencia y en los correspondientes pliegos de condiciones.

De este modo se garantiza que la entidad que va a contratar seleccione a los proponentes que cumplan los requisitos mínimos y objetivos necesarios para participar en la licitación, y que entre ellos evalúe las propuestas, de acuerdo con los criterios de selección prefijados, todo ello con el fin de escoger a aquel contratista que con su oferta ofrezca las mejores garantías al interés general que debe tutelar la administración.

Para la Corte es claro que la teleología propia de toda la normatividad que propicia la escogencia objetiva de la mejor oferta formulada por los proponentes previamente calificados, cuyos antecedentes personales sean garantía de seriedad y cumplimiento, no es otra que la de asegurar la prevalencia del interés general, valor fundadante del Estado colombiano al tenor del primer artículo de nuestra Carta Fundamental; así las cosas, desde este punto de vista, tal normatividad, contenida parcialmente en las normas demandadas, no sólo se ajusta a la Constitución, sino que es su natural y obvio desarrollo".¹⁶

3.2.2 La Corte ha destacado así mismo que la manera como la Ley 80 regula la forma de presentación y evaluación de las propuestas de los oferentes, es especialmente exigente para garantizar un procedimiento objetivo y transparente, cerrando el paso a cualquier consideración discriminatoria que puedan llevar a cabo las autoridades¹⁷. En efecto, el Estatuto de Contratación Administrativa está estructurado con base en ciertos principios generales cuales son el de transparencia, el de economía y el de responsabilidad, enumerados en los artículos 24, 25, 26 y 27 de la Ley, que están concebidos como una garantía tanto del derecho a la igualdad de los oferentes, como del cabal cumplimiento de los fines estatales que deben perseguir las autoridades.

Cabe recordar que el principio de transparencia, a que alude el artículo 24 de la Ley 80 de 1983, garantiza la imparcialidad de la administración y por consiguiente la escogencia objetiva de contratistas. La aplicación de dicho principio implica que dicha escogencia se efectúe siempre a través de licitación o concurso, salvo las excepciones previstas en la misma norma, y que en los procesos contractuales los interesados tengan oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se deben establecer etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones. En el mismo sentido, las actuaciones de las autoridades deben ser públicas y los expedientes que las contengan igualmente deben estar abiertos al público, permitiendo, en el caso de licitación, el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

En virtud del mismo principio de transparencia, el artículo 24, exige que en los pliegos de condiciones o términos de referencia se indiquen los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección, y se definan reglas objetivas, justas, claras y completas que permitan la confección de ofrecimientos de la misma índole, aseguren

una escogencia objetiva y eviten la declaratoria de desierta de la licitación o concurso. Prohíbe, además, la inclusión de condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, y finalmente, cabe también resaltar que como otra garantía adicional, derivada del principio de transparencia, la norma dispone que toda actuación de las autoridades, derivada de la actividad contractual, deberá ser motivada.

Como una corroboración y garantía expresa y contundente de la obligación que se impone a las autoridades, el artículo 29 señala que la selección de contratistas será objetiva. Precisa que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

Precisa así mismo la norma que ofrecimiento más favorable es aquel que, teniendo en cuenta los factores de escogencia, tales como cumplimiento, experiencia, organización, equipos, plazo, precio y la ponderación precisa, detallada y concreta de los mismos, contenida en los pliegos de condiciones o términos de referencia o en el análisis previo a la suscripción del contrato, si se trata de contratación directa, resulta ser el más ventajoso para la entidad, sin que la favorabilidad la constituyan factores diferentes a los contenidos en dichos documentos, sólo alguno de ellos, el más bajo precio o el plazo ofrecido. El menor plazo que se ofrezca inferior al solicitado en los pliegos, no será objeto de evaluación.

De dichos textos se desprende claramente en consecuencia, la voluntad del legislador de que el proceso de selección del contratista sea ajeno a cualquier consideración subjetiva o discriminatoria.

Dicha voluntad, atendiendo los principios constitucionales y en particular los señalados en el artículo 209 superior, se extiende a todas las fases del contrato, desde su preparación hasta su liquidación de manera que en todo su desarrollo se observen rigurosamente los parámetros establecidos por la ley y por los pliegos de condiciones en las diferentes etapas y actuaciones y se adopte una conducta leal, diáfana y verás conforme al postulado de la buena fe y la mutua confianza entre quienes intervienen en la actividad contractual.

Al respecto no sobra recordar que en la exposición de motivos con la cual el Gobierno presentó el proyecto que se convertiría en la Ley 80 de 1993 se expuso lo siguiente:

El principio contemplado en el artículo 3° del proyecto, según el cual tanto los servidores públicos como los particulares que contratan con la administración deben obrar bajo el claro e inequívoco entendimiento de que una de las finalidades esenciales de la contratación estatal la constituye, precisamente, el cabal cumplimiento de los cometidos estatales, impone partir del criterio de la buena fe de sus actuaciones e implica, por ello, la simplificación de trámites, requisitos y procedimientos, en el ámbito de un estricto régimen de responsabilidad correlativo. Dicho principio encuentra un complemento de significativa importancia consistente en el deber de escoger al contratista mediante la selección objetiva, aspecto éste que el estatuto anterior no contemplaba de manera explícita.

En ese sentido, los artículos 24 y 29 del proyecto consagran expresamente ese deber de aplicar tal criterio de escogencia del contratista, para resaltar cómo la actividad contractual de la administración debe ser en un todo ajena a consideraciones caprichosas o subjetivas y

que, por lo tanto, sus actos deben llevar siempre como única impronta la del interés público.”
18 (subraya la Corte)

3.2.3 Frente a este marco normativo 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 constituye una actuación indebida que evidencia el abandono por ese servidor de sus obligaciones y deberes como servidor público.

Recuérdese sobre el particular que de acuerdo con el artículo 6 superior los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está permitido por la Ley y que serán responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así mismo que en tal calidad se comprometen a cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que les incumben ejerciendo sus funciones en la forma prevista en dicho texto superior, en la Ley y el reglamento y tomando en cuenta que están al servicio del estado y de la comunidad y no de sus propios intereses (arts. 122-2 y 123-2 C.P.).

Al respecto, ha dicho la Corporación:

“La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica de -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones (art. 6 C.P.).”¹⁹

En el mismo sentido esta Corporación al tiempo que ha destacado el carácter finalista y no simplemente nominal de la noción de servidor público²⁰, ha hecho énfasis en el derecho y la obligación para el Estado de controlar y sancionar las actuaciones de dichos servidores que se desvían del cumplimiento de sus deberes funcionales.

Ha dicho la Corte:

“Cuando el servidor público no sólo deja de ser la herramienta eficaz para el logro de los fines, sino que, mediante actuaciones que no cumplan los principios enunciados de “de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (art. 209 de la Carta), nace para el Estado el derecho de controlar, a través de la jurisdicción contencioso administrativa, tanto el acto o contrato administrativo en que quedó plasmada la actuación del servidor público en violación de los fines últimos del Estado, como su responsabilidad desde los demás ámbitos, penal, civil, disciplinario, laboral”²¹.

3.3 Las diversas facetas de protección del interés general ante actuaciones indebidas de los servidores públicos en la contratación estatal y el ámbito particular de protección del bien jurídico administración pública que corresponde a las normas penales bajo examen

3.3.1 De acuerdo con el artículo 24 numeral 8 de la Ley 80 de 1993 “las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias para los fines previstos en la Ley(...). En caso de que ello no sea así, de acuerdo con el artículo 44 del mismo estatuto contractual se configurará una causal de nulidad absoluta del contrato.

La primera faceta de protección del interés general ante actuaciones indebidas de los servidores públicos que ejercen sus competencia para fines no previstos en la ley en materia contractual la constituye entonces la anulación de los contratos viciados de desviación de poder.

La noción de desviación de poder ha merecido en la jurisprudencia y la doctrina nacional y extranjera particular atención²². Dicha desviación se presenta, ha dicho la Corte, “cuando un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de la ley, utiliza sus poderes o atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos o sociales, en general, o los específicos y concretos, que el legislador buscó satisfacer al otorgar la respectiva competencia” ²³.

Cabe precisar al respecto que las técnicas de control de legalidad que aplica la jurisdicción en lo Contencioso Administrativo han sido elaboradas bajo la idea de asegurar un control integral y efectivo de la actividad de la administración. Así ellas no se limitan al control de la regularidad formal de los actos y contratos, sino también a comprobar la regularidad material de los mismos, es decir la adecuación de su contenido o materia al derecho, bien desde el punto de vista objetivo, atendiendo a su contenido sustancial e independientemente de las intenciones de quien lo produjo, bien desde la perspectiva subjetiva, atendiendo la finalidad que su autor buscó con su expedición y si esta se adecuó o no a la que el legislador tuvo en cuenta al asignar la respectiva competencia²⁴.

Ha de recordarse al respecto, como lo hace García de Enterría que las autoridades administrativas “pueden contar y cuentan con toda la normatividad, con poderes discrecionales, pero no para el cumplimiento de cualquier finalidad, sino precisamente de la finalidad considerada por la ley, y en todo caso de la finalidad pública, de la utilidad o interés general” y que es al hilo de esta observación que se estructura la técnica del control de la desviación de poder²⁵.

En el mismo sentido Marienhoff recuerda que la ‘finalidad’, en cuanto elemento esencial de todo acto o contrato administrativo, “hállase insita en la propia índole de la actividad de la Administración Pública, cuya acción siempre debe tener en cuenta el interés público”. Por lo que “No es menester, entonces, que una norma requiera expresamente esa correlación entre la ‘finalidad’ del acto y el interés público, pues la actuación permanente de la Administración Pública para satisfacer dicho interés constituye un ‘principio’ fundamental, que el Estado de Derecho impone como ineludible resultado de la sumisión de la Administración al orden jurídico”²⁶.

Dicho autor recuerda además que si bien “la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público”, no es en cambio cualquier interés, el que puede determinar su actuación “sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario”²⁷.

Así las cosas, 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” 28.

La jurisprudencia y la doctrina²⁹ clasifican generalmente en dos grupos las diferentes manifestaciones de la desviación de poder, a saber, aquellos casos en que (i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario-, (ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público, pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra; categoría a las que se aproxima igualmente la desviación de procedimiento en la que la administración disimula el contenido real de un acto, bajo una falsa apariencia, recurriendo a un procedimiento reservado por la ley a otros fines, con el fin de eludir ciertas formalidades o de suprimir ciertas garantías.

En esta materia la jurisprudencia y la doctrina han hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica³⁰, lo que no exime por supuesto al juzgador de tener las pruebas necesarias “que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley” 31.

3.3.2 Pero la nulidad del contrato viciado por la desviación de poder no es el único mecanismo establecido en la Legislación para asegurar la vigencia del interés general y el cumplimiento de los fines estatales en la actividad contractual. Las normas disciplinarias señalan dentro de los deberes de todo servidor público, ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos³².

Así mismo de acuerdo con el artículo 40 de la Ley disciplinaria todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público éste deberá declararse impedido. De no hacerlo incurrirá en falta disciplinaria (arts 23, 48, 50, 54 de la Ley 734 de 2000)³³

A ello debe sumarse las consecuencias civiles de la actuación indebida de los servidores públicos que se apartan de sus deberes funcionales, así como la responsabilidad que ellos asumen de acuerdo con el artículo 90 constitucional, y que obligan al Estado a repetir contra ellos en determinadas circunstancias³⁴.

En este sentido la ley 80 de 1993 en su artículo 51 señala que el servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

3.3.3 Ahora bien, para el objeto de la presente providencia resulta particularmente importante destacar las consecuencias penales del desconocimiento por parte del servidor público de sus deberes funcionales en sus actuaciones relacionadas con la contratación estatal y en particular de su obligación de perseguir exclusivamente los fines que para el efecto fijan la Constitución, la ley y los reglamentos, sin que pueden interferir sus propios intereses o los de terceros.

Al respecto cabe recordar que el establecimiento como delitos contra la administración pública de conductas relacionadas con la contratación estatal se remonta al Código penal de 1936 en el que dentro del título III relativo a este tema, el capítulo IV se refirió a las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas y en el artículo 167 se prescribió que “el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones públicas y en multa de ciento a tres mil pesos (...)”

En tanto que en el capítulo III del mismo título relativo a los delitos contra la administración pública, el artículo 162 señaló que “El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a ocho años”

La forma como quedaron redactadas estas normas fue objeto de numerosas críticas como lo recordó ya esta Corporación en la Sentencia C-917/01 en la que se declaró la exequibilidad de los artículos 146 del Decreto 100 de 1980 y 410 de la Ley 599 de 2000. Por ello, quienes participaron en la elaboración de los proyectos encaminados a modificar el Código Penal de 1936 (modificación que culminó con la expedición del Decreto Ley 100 de 1980), concluyeron en la necesidad de identificar conductas que protegieran de manera específica la contratación estatal y que estas conductas ocuparan un capítulo propio en el Código Penal³⁵. Así quedó establecido en el capítulo IV del título III denominado “de la celebración indebida de contratos” en el que se tipificaron tres delitos: 1- violación de régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144); 2- interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145); y, 3- contrato sin cumplimiento de requisitos legales (art. 146).

En el nuevo Código Penal -Ley 599 de 2000- el Capítulo IV del título III del Libro II sobre delitos contra la administración pública se denomina igualmente “De la Celebración indebida de contratos”. En el se mantiene igualmente con algunas variantes la tipificación de las tres conductas aludidas. Así el artículo 408 tipifica la violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades de la siguiente manera:

ART. 408.—Violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades. El servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación al régimen legal o a lo dispuesto en normas constitucionales, sobre inhabilidades o incompatibilidades, 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.

Por su parte el artículo 409, acusado en el presente proceso, penaliza el interés indebido del servidor público en la celebración de contratos. Dice la norma:

ART. 409.—Interés indebido en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de 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.

Por último el artículo 410 se refiere al cumplimiento de los requisitos legales esenciales exigidos para cada contrato como lo explicó esta Corporación en la Sentencia C-917/01 en la que declaró su exequibilidad. Dice la norma:

ART. 410.—Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años.

3.3.4 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. En efecto si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal esta determinada por un interés ajeno al interés general que de acuerdo con la Constitución la ley y los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones esta desvirtuando la imagen de la administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública³⁸.

Esta que es por lo demás una de las manifestaciones mas recurrentes de la corrupción administrativa, como lo señalan reiterados informes de los organismos especializados³⁹, encuentra en el artículo 409 del Código Penal que sustituyó como ya se señaló al artículo 145 del Decreto 100 de 1980 que tipificaba la misma conducta, el instrumento específico de represión por la ley penal.

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.

3.4 El contenido y alcance de las disposiciones acusadas

Los artículos 145 del Decreto 100 de 1980 y 409 de la Ley 599 de 2000, describen de manera idéntica la conducta tipificada como interés “ilícito” o “indebido” en la celebración de contratos. Si bien la denominación del tipo penal es diferente⁴⁰ en uno y otro caso y las consecuencias punitivas son mas severas en el caso del artículo 409 de la Ley 599 de 2000⁴¹, la descripción típica de la conducta es la misma. Por ello la Corte efectuará el análisis simultaneo de dichos textos penales.

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

3.4.2 La conducta reprochada al servidor consiste en el hecho de que éste se interese en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o de sus funciones.

Ello implica la actuación del servidor público con miras a la obtención de un determinado resultado que beneficie al propio agente o a un tercero.

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

Cabe precisar al respecto que el verbo a que alude la norma es el verbo “interesar” dentro de cuyas acepciones figura las de “dar parte a uno en un negocio o comercio en que pueda tener utilidad o interés”, así como “hacer tomar parte o empeño a uno en los negocios o intereses ajenos como si fueran propios” y en que el pronominal es “adquirir o mostrar interés por alguien o algo”⁴².

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

Así lo ha reiteradamente expresado la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia. Al respecto resulta ilustrativo el siguiente aparte de la Sentencia del 18 de Abril de 2002 en la que la Sala Penal de esa Corporación explicó el alcance del artículo 145 del Decreto 100 de 1980 para su aplicación en un caso concreto.

Dijo la Corte Suprema de Justicia:

“Como puede verse, la interpretación que hace el Tribunal del tipo penal a estudio se ajusta a la efectuada por esta Corte, pues lo que reprocha de la conducta del procesado es precisamente el haber infringido los principios que orientan la actividad estatal de la contratación, como un valor que se configura con la plena observancia de las reglas que garanticen a los co-asociados una administración transparente, objetiva y por supuesto imparcial, en los términos señalados al iniciar estas consideraciones.

No demuestra el libelista el error aducido y en cambio pone en evidencia su pretensión de imponer una interpretación del precepto que responda a sus intereses, tratando de limitar las faltas del procesado a simples irregularidades de carácter disciplinario como habría sido el hecho de no haberse declarado impedido en la adjudicación del contrato por estar participando un amigo cercano y haberse referido con expresiones groseras a otro de los participantes. Pero tal como lo destaca el Procurador Delegado, precisamente su activa participación en la negociación no obstante su cercana amistad con el contratista, fue lo que facilitó que pudiera influir en los demás miembros de la junta para lograr la adjudicación del contrato a su amigo.

Tampoco se aprecia en la sentencia que el bien jurídico no se haya determinado pues una lectura integral de la misma deja en evidencia que el juzgador tomó en cuenta “la ética con que debe desempeñarse todo servidor público a la luz de la C. Nacional (artículo 209 idem, inciso primero)”, la imagen de la administración pública, la imparcialidad en la celebración de los contratos y, en fin, la moralidad pública.

Finalmente, tampoco es cierto que se haya dejado de concretar el momento consumativo de la infracción, pues tal como lo recuerda el Ministerio Público, las reflexiones del Tribunal en este aspecto llevan a señalar que desde que se llevó a cabo la conversación telefónica interceptada donde se manifestaba el interés en que no se quitara el contrato de vigilancia al amigo cercano, se comenzó a ejecutar la conducta tipificada en el artículo 145 del anterior Código Penal, que se agotó con el comportamiento asumido por el procesado (...) en la junta y con el que se logró que se adjudicara el contrato (...).”⁴³ (subrayas fuera de texto).

3.4.4 Por lo demás es claro, según la redacción del tipo penal, y la jurisprudencia referida, que el provecho a que alude la norma puede ser para el servidor público o para un tercero, siendo indiferente que se obtenga o no frente a la consumación del delito, basta el interés entendido como la falta de imparcialidad para intervenir dado el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a un tercero, para que se entienda consumado ese elemento subjetivo del tipo penal.

Dicho provecho no es, de otra parte, necesariamente económico. Al respecto resulta pertinente referirse así mismo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia en la que se ha hecho énfasis en este aspecto.

Ha dicho esa Corporación:

“ El procesado (...) y su defensor han sostenido hasta el final, que la conducta atribuida es atípica, por cuanto la Fiscalía acogió para ello la definición gramatical de “interés”, que resulta más gravosa, al hacerla consistir en la “inclinación más o menos vehemente del

ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.” (f. 204 cd. 5 Fisc.), y no la que se refiere a su contenido de “provecho, utilidad, ganancia”.

En contra de ese criterio, se observa que en el Acta N° 82 de la Comisión Redactora de 1974 de lo que vino a convertirse en el decreto 100 de 1980, se analizó el ahora artículo 145, estimándose adicionado el 167 del anterior estatuto, pues tal precepto únicamente contemplaba la ilicitud para “El funcionario o empleado público... que directa o indirectamente se interese en provecho propio en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo”, y la disposición actual abarca “provecho propio o de un tercero”, así mismo sin hacer referencia a que sea de carácter económico. De tal manera, el interés previsto por esta norma tampoco tiene que contener una significación pecuniaria, ni el provecho en sí debe ser ilícito, sino que esa ilicitud se circunscribe al interés.

Se reitera así lo analizado por esta Sala en sentencia de fecha 27 de septiembre del año en curso, radicación 14.170, con ponencia de quien ahora cumple igual función:

‘El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir 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 sus funciones.’ ”44

Al respecto la Corte Suprema de Justicia en la aplicación de las normas acusadas ha tenido especial cuidado en precisar que lo que ellas protegen es ese aspecto específico del bien jurídico administración pública.

Así se desprende de la Sentencia de la Sala de Casación Penal del 18 de abril de 2002 en la que se hace una síntesis de la posición de esa Corporación en ese sentido.

Dijo la Corte Suprema de Justicia:

“El artículo 145 del derogado Código Penal de 1980, modificado por el 57 de la ley 80 de 1993, señalaba que incurre en el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, “El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones”. La descripción típica así determinada fue recogida en idénticos términos en el hoy artículo 409 de la ley 599 de 2000, nuevo Código Penal, bajo la denominación de “interés indebido en la celebración de contratos”.

A su vez, según el artículo 4° del Código Penal vigente a la sazón, hoy artículo 11 de la última ley citada, “para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley”. En realidad, la definición legal envuelve dos matices de la antijuridicidad, el formal circunscrito a la contradicción de la conducta con el ordenamiento jurídico total, en cuanto éste consagra no sólo prohibiciones sino también permisos; y el material, concretado en la ofensa al bien jurídico protegido (lesión o puesta en peligro).

De acuerdo con el Libro Segundo, Título III del Código Penal que rigió el presente caso

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

Ahora bien, es cierto como lo afirma el demandante que la misma definición de los tipos legales, como conductas prohibidas, delimita el ámbito de protección penal del bien jurídico de la administración pública, que de otra manera quedaría expuesto a interpretaciones amplias y extrajurídicas nocivas a los principios de seguridad jurídica y legalidad.

Pero con el fin de establecer en un primer plano el marco de protección del bien jurídico "administración pública" y, de manera más específica, de lo relacionado con la sana contratación estatal, ha de recurrirse a la norma superior porque es en ella donde se sientan los principios que regulan toda la actividad de la administración.

Así, el artículo 209 de la Constitución Política, en lo pertinente, dispone:

"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...".

Este precepto es desarrollado en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, que sienta los principios infranqueables que deben guiar a la administración cuando realiza convenios, tal como indiscutiblemente se hace en su artículo 23, al señalar:

"De los principios en las actuaciones contractuales de las entidades estatales. Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho y los particulares del derecho administrativo".

A estos principios se refirió la Corte in extenso en el fallo de única instancia de diciembre 19 de 2000, con ponencia del Magistrado Álvaro Orlando Pérez Pinzón, en los siguientes términos(...)

"Si como lo alega el impugnante la norma superior irradia todo el ordenamiento jurídico, es lógico concluir que en delitos como el que ocupa la atención de la Sala, la administración pública es lesionada cuando el servidor no actúa con sujeción absoluta y franca a tales principios que se hallan implícitos en todos los tipos penales vinculados con la contratación

estatal, generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados.

De allí que tiene absoluta vigencia frente a la Carta Política de 1991, el análisis que la Corte hizo sobre el delito de interés ilícito en la celebración de contratos en la sentencia de junio 8 de 1982, con ponencia del Magistrado Gustavo Gómez Velásquez, sobre cuyos aspectos principales se destaca lo siguiente:

“... la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio, pues lo lógico es pensar en un desvío real por influjo de esa motivación, o en la fundada creencia, en la opinión pública o en los destinatarios de sus efectos, que se ha procedido indignamente por obra de ese apremio. Lo más posible, en estas circunstancias es que se produzca lo que los autores llaman un “desdoblamiento de la personalidad del funcionario”, quien actuará dentro de la esfera oficial, con exigencias propias al servidor público, pero orientado por logros personales. Se busca, pues, preservar la ética administrativa apoyo obligado de esa importantísima gestión.

“... Ese interés personal, de provecho particular, traduce la conducta censurable, ya que el Código Penal la recoge, por sí, como actividad incompatible con la función pública. El Código Penal vigente, en parte (artículo 145), corresponde a este mismo régimen, el cual cambia en el artículo 144, que exige como elemento típico el quebranto de una incompatibilidad o de una inhabilidad. En otros términos debe advertirse que cuando se olvida una de estas prohibiciones, el delito se da aunque el funcionario sea ajeno a conveniencias personales. Y, al contrario, si se ‘interesa’ de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.

“Es más, si el interés particular deviene a favor de la administración (v. gr. el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la administración, o de mayor rendimiento para ésta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios “prohibidos” sino disconformes con el ejercicio de la función pública”

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. Dicho interés ilícito se liga indefectiblemente al desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, según lo ratificó la Sala en sentencia de septiembre 27 de 2000, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, al señalar:

“El interés previsto por ese precepto tampoco ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir 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 sus funciones.”

Como lo recuerda el Procurador Delegado, la ilicitud de la intervención del servidor público no puede medirse por el perjuicio concreto a un tercero participante en el proceso de licitación o por la afectación del objeto final del contrato porque el bien materia de protección no es, como lo pregona el demandante, la adecuada prestación del servicio contratado, sino la legalidad y legitimidad de la contratación, que se ven afectadas cuando el funcionario rompe los principios constitucionales y legales atrás referidos”⁴⁵ (subrayas fuera de texto)

De dicha jurisprudencia se desprende que el perjuicio del que se quiere proteger a la administración no es el de un desmedro en su patrimonio, como tampoco de la inadecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro similar, sino la vulneración de la confianza que causa en la ciudadanía el abandono de la imparcialidad y transparencia que deben caracterizar la actuación contractual.

3.4.6 No sobra advertir de otra parte que la norma no se refiere al interés que muestre el servidor en el cumplimiento de los fines estatales y en particular del interés concreto que corresponda perseguirse con la celebración del contrato en el que interviene de acuerdo con la Constitución la ley los reglamentos y demás decisiones administrativas aplicables. Ese interés lógicamente no es el que reprocha la norma pues este se confunde con el deber del servidor.

El interés que se penaliza es precisamente el que desconoce dicho deber y se manifiesta en provecho propio o de un tercero.

3.4.7 Finalmente la Corte debe precisar que en la redacción de las normas penales subexamine el Legislador alude a cualquier clase de contratos, luego no excluye a ninguno, lo importante es que en el intervenga un servidor público por razón de su cargo o de sus funciones.

De otra parte y dado que la norma se refiere a cualquier clase de contrato “u operación” en que el servidor público deba intervenir, debe precisarse que el concepto de operación tiene en el derecho administrativo un significado que no solamente alude a la ejecución de las decisiones administrativas.

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

Al respecto ha concluido que:

“En la actualidad, pues, subsiste la noción de operación en los sentidos anotados, los cuales aparecían ya en la Ley 167 de 1941. Y es tan cierto este alcance multicomprendivo que el

Decreto 2304 de 1989 subrogó el artículo 83 del C.C.A. que establecía la equivalencia entre operación administrativa y acto administrativo, por no corresponder ni a realidad ni a los alcances que la doctrina le había dado a dicha figura.

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

No debe olvidarse al respecto que las etapas previas a la celebración del contrato, así como las de terminación y liquidación del mismo, son los momentos en que con mayor frecuencia se pueden dar las manifestaciones desviadas del interés general y las manipulaciones por parte de los servidores públicos de las finalidades de la contratación estatal⁴⁷.

3.4.8 Así las cosas, y a manera de conclusión sobre este punto, el delito a que se refieren los artículos acusados se configura cuando el servidor público desborda el marco preciso que les está fijado por el ordenamiento jurídico que lo obliga a perseguir exclusivamente el interés general en el proceso de formación, celebración, ejecución o terminación del contrato en que tenga que intervenir en razón de su cargo o sus funciones, y actúa movido por un interés diferente, necesariamente indebido, en provecho propio o de un tercero.

No sobra reiterar que lo que el tipo penal sanciona no es el desconocimiento o la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o de los requisitos esenciales de determinado contrato- supuestos que sancionan otros tipos penales- sino el abandono en provecho de intereses propios o de un tercero de su obligación de asegurar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal y en particular del interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley, los reglamentos y las decisiones de la propia administración a la que pertenece corresponda asegurar en el proceso contractual específico en el que interviene el servidor público.

4. El análisis de los cargos

4.1 Las normas acusadas no configuran un delito de autor

Tanto para el demandante como para el señor Procurador General de la Nación las normas acusadas establecen un delito de autor. En este sentido consideran que ellas desconocen el mandato del artículo 29 superior, de la misma manera que el principio de dignidad humana a que alude el artículo 1 constitucional, por penalizar los pensamientos las inclinaciones y tendencias del servidor público.

Al respecto la Corte señala que como se desprende de las consideraciones preliminares de esta providencia, las normas acusadas exigen necesariamente para la configuración del delito que ellas tipifican, la manifestación externa del interés indebido del servidor público que interviene en un contrato en razón de su cargo o funciones.

Los tipos penales acusados no reprochan en efecto los pensamientos no exteriorizados del servidor público, como lo pretende el actor, -los cuales, si no tienen ninguna incidencia en la actuación del servidor público no tienen tampoco ninguna significación penal-, sino el interés que éste muestra con sus actuaciones en provecho propio o de un tercero, dejando

de lado el interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos corresponda asegurar específicamente a la administración en el proceso contractual en el que el servidor público interviene.

Es decir que el interés que las normas acusadas penalizan es el que se exterioriza por el servidor público en desconocimiento de su deber de imparcialidad en la gestión contractual, conducta que en la medida en que afecta el bien jurídico administración pública en los términos ya aludidos puede perfectamente ser penalizada por el legislador en ejercicio de su potestad de configuración en este campo, como lo advierte el señor Fiscal General de la Nación.

Del examen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia a que se ha hecho extensa referencia en los apartes preliminares de esta sentencia se desprende por lo demás que el juez natural de estas conductas no ha tenido ninguna dificultad en la aplicación de las normas acusadas en este sentido y que son obviamente las manifestaciones externas del interés indebido mostrado por los servidores público las que ha tomado en cuenta para establecer la configuración de dicho interés prohibido por la ley.

Ahora bien, dado que el actor basa su demanda en la inconstitucionalidad que según él afecta toda la descripción típica en razón del verbo rector del delito, y que como el mismo lo reconoce “no habría lugar a censura constitucional si el legislador, en aras de proteger la imparcialidad y moralidad de la función administrativa, -como expresa es su intención- hubiere sancionado el actuar motivado por el deseo de obtener provecho propio o ajeno, o con desconocimiento de los postulados constitucionales y legales que rigen la actividad contractual de las entidades públicas, porque de este modo si se garantizaría eficazmente la protección de la administración pública que es el bien jurídico que se busca proteger por el legislador”, ha de concluirse que su acusación contra los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980 por la supuesta vulneración de los artículos 1, 6,13,18 y 29 superior, se basa en una interpretación errónea de la norma.

En efecto, el actor no tiene en cuenta, además de las consideraciones expuestas en esta Sentencia, la necesaria sujeción del tipo penal establecido en las normas demandadas a los principios rectores del Código Penal, principios que, junto con los tipos penales a cuya aplicación haya lugar, concurren a formar un sistema armónico de imputación penal, que debe interpretarse y aplicarse como tal. Mucho más si entre tales principios se encuentran los de antijuridicidad material y culpabilidad y en razón de los cuales sólo es relevante el tipo penal que lesiona o pone eficazmente en peligro el bien jurídico tutelado y sólo es punible si fue cometido de manera consciente y voluntaria.

Así las cosas el cargo planteado por la supuesta configuración en este caso de un delito de autor contrario a la Constitución⁴⁸, no está llamado a prosperar y así se señalará en la parte resolutive de esta Sentencia.

4.2 La ausencia de vulneración de los principios de antijuridicidad, y culpabilidad

En la medida en que como se desprende igualmente de las consideraciones preliminares de esta sentencia el aspecto específico del bien jurídico administración pública que se pretende proteger con las normas acusadas está claramente identificado, a saber la imagen de la

administración pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y en fin la moralidad pública⁴⁹.

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

Cabe precisar que el actor pretende derivar una supuesta "irrazonabilidad" de la norma tanto del hecho de que para que se configure el delito no sea necesario que se produzca una vulneración del patrimonio del Estado, o se derive un perjuicio para la gestión contractual en la que el servidor público se interese, así como del hecho de que el contrato que se celebre en esas circunstancias pueda considerarse ajustado a los requisitos legales establecidos para el efecto.

Supuestos todos, en los que el actor alude a situaciones que nada tienen que ver con la vulneración del bien jurídico administración pública en el aspecto específico que la norma busca proteger.

Por otra parte, nada indica tampoco que las normas demandadas consagren tipos penales en los que se ha de prescindir de la culpabilidad como presupuesto de la imputación. Por el contrario, tanto a esas disposiciones como a las que consagran cualquier tipo penal, les resulta exigible la concurrencia de la culpabilidad como principio político criminal que proscribiera toda forma de responsabilidad objetiva. Del sólo hecho de tratarse de conductas punibles que se cometen con la concurrencia de la voluntad y la inteligencia del actor, pues son éstas las que le llevan a alentar un interés indebido en la contratación estatal y a manifestarlo exteriormente, se infiere que se trata de tipos penales que satisfacen la exigencia de culpabilidad propia de la imputación penal.

Así las cosas, resulta claro para la Corte que la acusación por la vulneración de los principios de antijuridicidad y culpabilidad, basada en la supuesta penalización por las normas acusadas de un interés no exteriorizado por el servidor, no está tampoco llamada a prosperar, pues ella no solamente se basa en un supuesto que no es cierto, a saber la no exteriorización de la conducta, sino que no toma en cuenta el ámbito específico de protección del bien jurídico administración pública que se pretende proteger por el legislador en este caso y que resulta claramente vulnerado por la actuación del servidor público que pudiendo obrar de otro modo y siendo capaz de comprender el hecho⁵⁰, voluntariamente abandona su deber de imparcialidad en la gestión contractual y actúa movido por un interés diferente del interés público, en provecho propio o de un tercero.

4.3 La ausencia de vulneración del principio de buena fe

Para el actor la descripción típica que se hace en las normas acusadas castiga cualquier tipo de interés, pues éste no se califica, por lo que lleva implícita la presunción de que el servidor público cuando tiene alguna clase de interés se encuentra parcializado, así celebre el contrato en beneficio de la sociedad. Presunción de derecho que contraría el artículo 83 de la

Constitución, sin que se otorgue al sindicato la posibilidad de desvirtuarla, pues según el entendimiento que el actor da a la doctrina y la jurisprudencia en este campo, se trata de un delito de pura conducta o formal y de ejecución instantánea, que se perfecciona con la existencia del mero interés aunque no se manifieste en el mundo externo en la función que desarrolla el servidor.

La Corte precisa así mismo que las normas acusadas, contrariamente a lo afirmado por el actor, si califican el interés que es objeto de reproche. La denominación de interés ilícito o de interés indebido, que se da respectivamente en el artículo 145 del Decreto 100 de 1980 y en el artículo 409 de la Ley 599 de 2000, traduce, independientemente del término utilizado, que para el efecto resulta equivalente, la desviación de la conducta del servidor obligado a perseguir exclusivamente el interés general señalado en la ley para la actuación contractual en la que interviene en razón de su cargo o de sus funciones.

Al respecto la Corte considera necesario reiterar que evidentemente las normas acusadas no se refieren al interés que muestre el servidor en el cumplimiento de los fines estatales y en particular del interés concreto que corresponda perseguirse con la celebración del contrato en el que interviene de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos y demás decisiones administrativas aplicables. Ese interés lógicamente no es el que reprocha la norma pues este se confunde con el deber del servidor.

El interés que se penaliza es precisamente el que desconoce dicho deber y se manifiesta en provecho propio o de un tercero.

No es 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.

Cabe precisar además que las normas demandadas en momento alguno consagran una presunción de mala fe. Es cierto, un elemento del tipo está determinado por el interés indebido del servidor que interviene en la contratación estatal. No obstante, tal elemento está sujeto a demostración, como todos los elementos de la responsabilidad penal, pues recuérdese que en los sistemas penales impera la presunción de inocencia. De este modo, si el interés indebido, manifestado externamente, no se demuestra, no hay lugar a aplicar las consecuencias punitivas previstas en la ley, con lo que se desvirtúa la supuesta presunción planteada por el actor. Ahora, lo que es claro es que ese interés debe ser contrario al fin de cada contrato en particular, a los fines de la contratación estatal y a los principios de la actuación administrativa pues sólo un interés indebido, en provecho propio o de un tercero, es relevante para el tipo penal y susceptible de generar responsabilidad penal.

Así las cosas tampoco puede prosperar el cargo por la supuesta vulneración del artículo 83 superior y así se señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

4.4 La ausencia de vulneración del principio de legalidad

El actor afirma que las normas acusadas dejan en manos del funcionario judicial la determinación de en qué consiste y cuándo se presenta el interés que ellas penalizan, en tanto, reitera, dichas normas no califican la clase de interés que se castiga, limitándose a

expresar que sea en provecho propio o de un tercero, y en tanto no remite a otros preceptos la determinación de dicho interés.

Al respecto la Corte señala que como acaba de explicarse, no es cierto que la norma omita calificar la clase de interés que se castiga y que no pueda identificarse de manera objetiva cuando se está en presencia de un interés indebido.

Al respecto la Corte recuerda que la norma debe considerarse en el contexto de los principios rectores del Código Penal y de los principios y normas que rigen la contratación administrativa.

En este sentido los principios constitucionales y las normas legales y reglamentarias que rigen la función pública, así como las normas de contratación, son el marco estricto que debe consultar el juzgador para examinar la conducta del servidor acusado del delito tipificado por las normas bajo examen.

Téngase en cuenta al respecto que, como lo ha puesto en evidencia tanto la Jurisprudencia de esta Corporación⁵¹ como de la Corte Suprema de Justicia⁵², en los delitos tipificados en el capítulo V del título XV del Libro II del Código Penal relativos a la celebración indebida de contratos, se encuentran incorporados los principios constitucionales y legales que rigen la contratación administrativa y en particular los principios a que aluden el artículo 209 constitucional y los artículos 24 a 29 de la Ley 80 de 1993.

Así mismo la Corte hace énfasis en que la administración- y en consecuencia los servidores que la representan- a diferencia de los particulares que escogen libremente el objeto de sus actos, ve impuesta la finalidad que su acción debe perseguir. Recuérdese además que como ya se explicó, dado que “la finalidad que debe perseguirse por el agente administrativo es siempre la satisfacción del interés público”, no es cualquier interés, el que puede determinar su actuación “sino el interés concreto que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario”⁵³.

El interés indebido a que aluden las normas acusadas resulta entonces plenamente identificado en este sentido, por lo que el examen que el funcionario judicial haga de la conducta del servidor acusado de interesarse indebidamente en provecho propio o de un tercero no se encuentra librado a su libre interpretación sino al concreto marco a que se ha hecho referencia.

Así las cosas, la Corte concluye que los cargos que formula el demandante contra los artículos 409 de la Ley 599 de 2000 y 145 del Decreto 100 de 1980 por la supuesta vulneración del principio de legalidad tampoco están llamados a prosperar y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia.

CONCLUSIÓN

En conclusión, el tipo penal establecido en las demandadas debe interpretarse sin perder de vista que él plantea la aplicación concordada de dos ámbitos jurídicos definidos –el penal y el administrativo- y que son los principios reguladores de cada uno de ellos los que permiten delimitar el ámbito de lo prohibido en este caso. De otro lado, ha de tenerse en cuenta que

los principios de la imputación penal, y en particular los de legalidad, antijuridicidad material y culpabilidad constituyen el marco de interpretación del tipo penal que tipifican las normas acusadas, ámbito de validez que evita los equívocos a que pueda conducir la interpretación literal del tipo que, como se sabe, sólo es uno de los elementos de la responsabilidad penal.

La interpretación así efectuada permite comprender que lo que se reprocha es un interés externamente manifestado, contrario a la transparencia que debe regir la contratación estatal y, por lo mismo, idóneo para lesionar el bien jurídico administración pública.

VII. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

R E S U E L V E:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 409 de la Ley 599 de 2000.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 145 del Decreto 100 de 1980.

Notifíquese, comuníquese, cúmplase, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente

EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT

Presidente

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

Magistrado

ÁLVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

LA SUSCRITA SECRETARIA GENERAL

DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

HACE CONSTAR:

Que el H. Magistrado doctor JAIME CORDOBA TRIVIÑO, no firma la presente sentencia por cuanto le fue aceptado impedimento para intervenir en la presente decisión.

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Modificado por los artículos 57 de la Ley 80 de 1993 y 32 de la Ley 190 de 1995.

El artículo 57 de la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, dice: "Artículo 57. De la infracción de las normas de contratación. El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144,145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales."

El artículo 32 de la Ley 190 de 1995, por la cual se dictan normas por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el objeto de erradicar la corrupción administrativa, dice: "Artículo 32. Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez."

2 Al respecto, cita el siguiente aparte de la Sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, del 8 de junio de 1992: "si se "interesa" de modo particular cuando ejercita una atribución pública, así no ofenda el reglamento de imposibilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible ordenado. Es más, si el "interés" particular deviene a favor de la administración..., el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio."

3 En respaldo de su tesis, cita apartes de la Sentencia del 8 de junio de 1982 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

4 Al respecto cita la Sentencia del 27 de septiembre de 2000 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

5 Al respecto, cita la Sentencia del 19 de diciembre de 2000, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

6 Auto 7/92 M.P. Jaime Sanín Greiffenstein. En el mismo sentido ver Sentencias C-778/01 y C-130/02 M.P. Jaime Araujo Rentería, así como el salvamento de voto del mismo Magistrado ala Sentencia C-917 /01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

7 Sentencia C-379 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

8 Sentencia C -505/95. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Ver también, entre otras, las sentencias C-700/99 y C-406 /98, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, y C- 085/02 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

10 Sentencia C-118/96 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

11 Dispone la citada norma: “En materia penal la ley favorable o permisiva prefiere en los juicios a la odiosa o restrictiva, aun cuando aquélla sea posterior al tiempo en que se cometió el delito”.

12 Sentencia C-774/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil ..

13 El artículo 474 de la Ley 599 de 2000 señaló:

Art. 474 Derogatoria. Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales.

14 Ver Sentencia C-917/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería. Sentencia en la que la Corte precisó que “El control de constitucionalidad, como es suficientemente conocido, no se refiere a la vigencia de las normas jurídicas de rango inferior, sino a su validez frente a la Constitución. Es claro para la Corte que el Código Penal anteriormente vigente, en su integridad, fue derogado por la Ley 599 de 2000. No obstante, como puede ocurrir que existan procesos penales en curso, donde hubiere sindicados o procesados por los delitos a los que se referían los artículos 146 y 149 del Decreto Ley 100 de 1980, y que en virtud de tales normas fueron objeto de acusación como inconstitucionales, la Corte se pronunciará expresamente sobre ellas, sin perjuicio de que los funcionarios competentes, si es del caso, den aplicación a las normas de favorabilidad en materia penal”.

15 Ver Sentencia C-400 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

16 Ibidem Sentencia C-400/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

17 Ibidem Sentencia C-400/99 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

18Exposición de motivos a la Ley 80 de 1993. Jorge Bendeck Olivella . Gaceta del Congreso, N° 75. 23 de septiembre de 1992

19 Sentencia C-222/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

20 Ver Sentencia C- 037/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

21 Sentencia C-917/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería.

22 Ver entre otros Juan Alfonso Santamaría Pastor, Principios del Derecho Administrativo, Volumen II , C.E. Ramon Areces, Segunda Edición, Madrid, 2000, pags 149 y ss; Juan Carlos Cassagne Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Tomo II, Quinta Edición, Buenos Aires, 1996, pags 204 a 206; Jean Rivero, Derecho Administrativo, Caracas Universidad Central de Venezuela, 1984 pags 227 y ss. Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.

23 Ver Sentencia C-456/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell. En relación con la aplicación de la noción de desviación de poder en el ámbito constitucional ver la Sentencia C-1168/01 M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

24 Ver Jacqueline Morand Deviller. Cours de Droit Administratif, V Edición, Montchrestien, Paris, 1997, pags 682 y ss.

25 Eduardo García de Enterría. La Lucha contra las inmunidades del Poder Civitas S.A. Madrid, 1989, pag 27.

26 Ver Miguel Marienhoff,, Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires pag 540

27 Ver Miguel Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Tomo II Reimpresión 1993, pag 541.

28 Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo. Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, pág. 443.

29 Cabe recordar, por ejemplo, el análisis que se hace en el Derecho francés, en el que se desarrolló la teoría de la desviación de poder a partir de la Sentencia Paristet de 1875, como se ilustra en “Le grands arrêts de la jurisprudence administrative” 11 Ed. Dalloz, Paris, 1996, pag. 26 a 35 .

30 Ver Jacqueline Morand Deviller. Cours de Droit Administratif, V Edición, Montchrestien, Paris, 1997, pags 686.

31 Ver Sentencia C.E. 31 de Agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Clara Forero de Castro

32 artículo 34-numeral 15 de la Ley 734 de 2002.

33 Artículo 23. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del

régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes: (...)

17 Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad y conflicto de intereses, de acuerdo con las previsiones constitucionales y legales.

Nombrar, designar, elegir, postular o intervenir en la postulación de una persona en quien concurra causal de inhabilidad, incompatibilidad, o conflicto de intereses.

Artículo 50. Faltas graves y leves. Constituye falta disciplinaria grave o leve, el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.

Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

34 Así el artículo 54 del mismo estatuto contractual señala que en caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquél no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia. Acción de repetición cuya regulación fue hecha por el Legislador en la Ley de 2001

35 Ver Sentencia C-917/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería.

36 Como lo ha señalado reiteradamente la doctrina en este campo los diferentes tipos penales que buscan proteger el bien jurídico administración pública, pueden clasificarse por lo menos en tres grandes grupos, a saber (i) aquellos que protegen el patrimonio público; aquellos que protegen el ejercicio de la función pública propiamente dicha, que puede verse afectada particularmente cuando el comportamiento de los servidores públicos vulnera el buen nombre, la eficiencia o la legalidad de la misma y (iii) aquellos que protegen los agentes de la administración .Ver en relación con la clasificación tradicional Bernal Pinzón Jesús Delitos contra la Administración Pública, Editorial Temis, Bogotá 1965.

37 Puede suceder en efecto que conductas que puedan tipificarse como cohecho, concusión, peculado se den en relación con actuaciones de servidores públicos con ocasión de un proceso de contratación estatal. Sin embargo ellas protegen aspectos diferentes del bien jurídico administración pública -por lo esencial en los ejemplos planteados el patrimonio de la administración-, y la conducta que se sancionará será la que configure cada uno de esos tipos penales y no el interés indebido en la celebración de contratos.

38 Ver Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 18 de abril de 2002 Proceso 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

39 Ver Censo Nacional sobre los procesos penales por delitos contra la Administración Pública mayo 2001- abril 2002. Oficina de comunicaciones y publicaciones de la Contraloría General de la República. Boletín de prensa del 6 de mayo de 2002.

40 En la Exposición de motivos de la Ley 599 de 2000 se señaló que el cambio de denominación tiene más un sentido pedagógico que una incidencia sobre la identificación del tipo penal estudiado. Allí se dijo “ el tipo penal ya no habla de interés ilícito sino indebido. Lo ilícito podría hacer pensar en infracción a la ley, lo cual no es cierto, puesto que el contrato puede incluso ser perfecto; empero se quebrantarían los deberes de transparencia imparcialidad y moralidad”

41 Ver al respecto las consideraciones hechas en esta misma sentencia en el punto 3.1.

42 Ver Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Vigésima primera edición pag 1179

43 Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 18 de abril de 2002 Proceso 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

En el mismo sentido, a título de ejemplo puede verse la Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 25 de octubre de 2000 Proceso 15273 M.P. Nilson E Pinilla Pinilla. En la que se señaló lo siguiente:

“Está visto que el delito de interés ilícito en la celebración de contratos, que el legislador quiso sancionar muy severamente, requiere para su estructuración que el funcionario se incline hacia el provecho propio o de un tercero. Como hechos indicadores de esa inclinación en beneficio ajeno y para determinar la trascendencia de las recomendaciones de un Ministro sobre el otro, ante la renuencia a detallar el contenido de las conversaciones personales y telefónicas, constatará la Sala la credibilidad de la cabal aplicación de los once criterios que dice haber tenido en cuenta el Ministro (...) para la adjudicación de la emisora a (...), de manera que se pueda inferir si aquellas conversaciones influyeron o no en la decisión, así como la verosimilitud del grado de amistad o compromiso que pudo dar origen a la intercesión del Ministro (...) ante su colega.”

Igualmente a título de ejemplo puede verse la Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 27 de septiembre de 2000 Proceso 14170 M.P. Nilson E Pinilla Pinilla en la que se dijo:

“Tal como se ha venido analizando, la celeridad, prerrogativas y omisión de los requisitos legales que confluieron en la adquisición del título de capitalización, son evidencias del interés demostrado por el entonces Gobernador (...) para contratar con la capitalizadora (...), transacción en la cual actuaba como intermediaria (...), cuñada de (...); así hubiera desconocido ese parentesco, no se puede cerrar los ojos a la manera inusual de llevar a cabo ese contrato, ni a la determinación de efectuar el pago anticipado de 6 cuotas mensuales, con pleno conocimiento, pues tanto la solicitud de adquisición del título como la autorización al Banco Cafetero para el giro de un cheque de gerencia contra la cuenta de “rentas departamentales - tarjeta de turismo”, fueron firmadas por (...), en su calidad de ordenador

del gasto, y de manera mancomunada con los funcionarios al servicio de la Gobernación, con facultades para ello, en detrimento de la administración pública, que fue privada del estudio de otras propuestas para encontrar la más favorable, afectando de paso su imagen de imparcialidad, acciones que descartan cualquier desconocimiento de parte del mandatario acerca de las condiciones del contrato.

En este orden de ideas, en el asunto examinado las actuaciones que rodearon la adquisición del título de capitalización al cual se refiere este caso, demuestran que el doctor (...), en su condición de mandatario departamental (sujeto activo calificado - servidor público), se interesó de manera indebida, en celebrar dicho contrato en representación del Departamento que regentaba, pretermitiendo, de paso, los requisitos legales para hacerlo”.

44 Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 25 de octubre de 2000 Proceso 15273 M.P. Nilson E Pinilla Pinilla.

45 CSJ Sala de Casación Penal del 18 de abril de 2002 Proceso 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

46 Ver Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Tercera. Santafé de Bogotá, D.C., diciembre doce (12) de mil novecientos noventa y seis (1996).Consejero Ponente: Doctor Carlos Betancur Jaramillo. Referencia: Expediente No. 12.448.

47 Ver Censo Nacional sobre los procesos penales por delitos contra la Administración Pública mayo 2001- abril 2002. Oficina de comunicaciones y publicaciones de la Contraloría General de la República. Boletín de prensa del 6 de mayo de 2002.

48 Ver entre otras las Sentencias C-239/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz S.V. José Gregorio Hernández Galindo, Vladimiro Naranjo Mesa, Hernando Herrera Vergara A.V. Eduardo Cifuentes Muñoz Mesa y C-425/97 M.P. Fabio Morón Díaz.

49 Ver Sentencia CSJ Sala de Casación Penal del 18 de abril de 2002 Proceso 12658 M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

50 Ver Sentencia C-425/97 M.P. Fabio Morón Díaz en la que se analiza el principio de culpabilidad como presupuesto de la responsabilidad penal.

51 Ver Sentencia C-917/01 M.P. Alfredo Beltrán Sierra S.V. Jaime Araujo Rentería

52 Ver Sentencia C.S.J. Sala de Casación Penal de 19 de diciembre de 2000 M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón

53 Ver MARIENHOFF, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo. Ed. Abeledo-Perrot. Buenos Aires Tomo II Reimpresión 1993, pag 541