

ALFONSO
GÓMEZ MÉNDEZ
CARLOS ARTURO
GÓMEZ PAVAJEAU

**DELITOS CONTRA LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DE CONFORMIDAD CON EL
CÓDIGO PENAL DE 2000**

2.^a ed.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Prohibida la reproducción impresa o electrónica total o parcial de esta obra. sin autorización por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia

ISBN 958-616-865-4

© ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, 2004

© CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, 2004

© UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA, 2004

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá, Colombia. Fax 342 4948.

www.uexternado.edu.co

Primera edición: junio de 2000

Primera reimpresión: agosto de 2000

Segunda reimpresión corregida: julio de 2001

Segunda edición: julio de 2004

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Proyectos Editoriales Curcio Penen

Fotomecánica, impresión y encuadernación: Sigma Editores Ltda,
con un tiraje de 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

*A la memoria de mi inolvidable maestro y mentor,
Alfonso Reyes Echandía, al cumplirse diecinueve
años de su absurdo como inútil sacrificio en el
holocausto del Palacio de Justicia.*

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ

*A mis maestros de la Universidad
Externado de Colombia.*

CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

CONTENIDO

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN	21
PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN	23
TÍTULO PRIMERO	
PARTE GENERAL DE LA PARTE ESPECIAL	
CAPÍTULO PRIMERO	
EL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	27
I. El contenido material del bien jurídico tutelado penalmente	32
A. La Administración Pública en el Estado totalitario	33
B. La Administración Pública y las “relaciones especiales de sujeción” en el Estado de Derecho	37
C. Los conceptos “relaciones especiales de sujeción” y “Administración Pública” en el ámbito del Estado intervencionista	40
D. Evolución de los conceptos “relación especial de sujeción” y “Administración Pública” en la órbita del Estado social y democrático de Derecho	41
II. El carácter medial-instrumental del bien jurídico “Administración Pública”	44
III. El “sentido” de la expresión “Administración Pública” en el contexto del Código Penal de 2000	46
A. “Administración Pública” como equivalente a la función de la rama ejecutiva del poder público	46
B. “Administración Pública” como expresión del “interés general” desligada de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo	46
C. De la Administración Pública como concepto transversal a los poderes públicos, al sincretismo de la “función pública”. Su evolución en Colombia	48
1. La infracción al deber de obediencia y fidelidad como elemento esencial y fundante del objeto protegido	49
2. La Administración Pública como objeto de protección, conservándose también la de otros intereses	52
3. El concepto de Administración Pública como elemento esencial y fundante del bien jurídico, sin perjuicio de la protección de otros intereses subordinados e integrados al concepto “superior”. La noción de “función pública”	54
IV. La “afectación” al bien jurídico como la “deformación del correcto funcionamiento” de la Administración Pública	59
A. Deformación del instituto funcional	61
B. Deformación del instituto personal	63
C. Deformación del instituto jurídico	64
D. Deformación del instituto real	66

CAPÍTULO SEGUNDO

EL SUJETO ACTIVO CALIFICADO

69

- I. El servidor público 71
 - Especiales modalidades de servidores públicos 75
 - 1. Miembros de las corporaciones públicas 75
 - 2. Empleados y trabajadores del Estado 75
 - 3. Miembros de la fuerza pública 77
 - 4. Trabajadores del Banco de la República 77
 - 5. Integrantes de la Comisión Nacional
ciudadana para la Lucha contra la Corrupción 78
- II. Dispositivos especiales que amplifican el concepto
de "servidor público". El servidor público por "asimilación" 79
 - A. Particulares que ejercen funciones públicas 79
 - B. Personas particulares que administran los bienes parafiscales 83
 - C. Retenedores y recaudadores de impuestos, contribuciones o tasas 86
 - D. El especial evento consagrado en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 87
- III. Funcionarios de derecho, de hecho y el usurpador 88

CAPÍTULO TERCERO

LOS SUJETOS DEL ATAQUE AL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

91

- I. Autores y partícipes en los delitos contra la
Administración Pública de sujeto activo indeterminado 93
 - A. La doctrina 94
 - 1. Las formas de autoría 94
 - 2. Los partícipes 95
 - B. La jurisprudencia 97
 - 1. La autoría 97
 - 2. La participación 102
 - C. Nuestra posición 105
- II. Autores y partícipes en los delitos contra la
Administración Pública de sujeto activo determinado 106
 - A. La doctrina 106
 - 1. La autoría 106
 - 2. La participación 110
 - B. La jurisprudencia 113
 - 1. La autoría 113
 - 2. La participación 115
 - C. Nuestra posición 117
- III. El concepto de "interviniente" en los delitos contra la Administración
pública de sujeto activo determinado para los efectos de la rebaja punitiva
del inciso final del artículo 30 del C. P. Nuestra posición 117

CAPÍTULO CUARTO	
LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	137
I. De la repartición de la función administrativa	140
II. Fundamentos de la "comisión por omisión" en los delitos contra la Administración Pública	142
III. Los fundamentos de la "comisión por omisión" en la Administración Pública según la praxis disciplinaria, penal y constitucional	144
IV. Aspectos legales de la delegación en general y muy especialmente en materia contractual	149
V. De la responsabilidad penal y disciplinaria por delegación	150
A. Fundamentos	151
B. Particularidades de la responsabilidad por delegación	154
C. Conclusiones	158
CAPÍTULO QUINTO	
PROHIBICIÓN DE DOBLE IMPUTACIÓN RESPECTO DE LA CALIDAD DE SERVIDOR PÚBLICO	161
CAPÍTULO SEXTO	
PREJUDICIALIDAD	167
TÍTULO SEGUNDO	
PARTE ESPECIAL	
CAPÍTULO PRIMERO	
PECULADO	173
I. Evolución legislativa en Colombia	176
A. Código Penal de 1837	176
B. Código Penal del Estado de Cundinamarca	176
C. Código Penal de 1890	176
D. Ley 109 de 1922	177
E. Proyecto de la comisión designada por la Ley 81 de 1923	177
F. Código Penal de 1936	177
G. Código Penal de 1980	178
H. Estatuto Anticorrupción	178
II. Noción	180
III. Clases de peculado	180
A. Peculado por apropiación	181
I. Tipicidad	183
a. Tipo objetivo	183
b. Tipo subjetivo y error de tipo	204
c. La autoría	206
d. La tentativa	208
e. La participación	208

f. Otros intervinientes	209
2. Concurso de delitos	209
3. Causales de justificación	210
4. Culpabilidad y error de prohibición	210
5. Punibilidad	211
B. Peculado por uso	211
C. Peculado por utilización indebida de trabajo o servicios oficiales	216
D. Peculado por aplicación oficial diferente	216
r. Antecedentes inmediatos	216
2. Tipicidad y algunas subcategorías dogmáticas	217
3. Objeto material	219
4. Conducta	220
a. Aplicación oficial diferente	220
b. Comprometer sumas superiores a las fijadas en el presupuesto	222
c. Inversión o utilización indebida	222
5. Antijuridicidad	223
6. Punibilidad	223
E. Peculado culposo	223
1. Elementos estructurales	224
2. Culpabilidad	228
3. La intervención del tercero	230
F. Omisión del agente retenedor o recaudador	231
1. Tipicidad	233
a. Tipo objetivo	233
b. Tipo subjetivo y error de tipo	238
c. La autoría y participación	239
d. Tentativa	239
2. Concurso aparente de tipos penales	239
3. Causales de justificación y culpabilidad	240
4. Punibilidad	240
G. Destino indebido de recursos para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos	241
1. Tipicidad	243
a. Tipo objetivo	243
b. Tipo subjetivo y error	244
c. La autoría, la participación y la tentativa	244
2. Las causales de justificación y la culpabilidad	245
3. Punibilidad	245
H. La comisión por omisión en el peculado	245
1. La comisión por omisión dolosa de peculado (arts. 22 y 25 C. P. de 2000)	245
a. Tipo objetivo	245
b. Tipo subjetivo	246
2. La comisión por omisión culposa de peculado	246

IV. La pena especial de "inhabilitación permanente para el ejercicio de cargos públicos y celebración de contratos con el Estado" (art. 1.º Acto Legislativo 01 de 2004)	247
V. El fenómeno del reintegro	248

CAPÍTULO SEGUNDO

CONCUSIÓN 253

I. Noción	255
II. Antecedentes	255
III. Análisis típico	256
A. Tipicidad	256
1. Tipo objetivo	257
a. Sujeto activo	257
b. Sujeto pasivo	261
c. Objeto jurídico y antijuridicidad material	261
d. Objeto material	261
e. Conducta	262
f. Elementos normativos del tipo	264
g. Exclusión de la tentativa	266
h. La autoría y la participación	267
2. El tipo subjetivo y el error de tipo	268
3. Aparente concurso de tipos	268
a. Con el abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto	268
b. Con el constreñimiento ilegal	269
c. Con la extorsión	269
4. Causales de justificación	270
5. Culpabilidad y error de prohibición	270
6. Punibilidad	270

CAPÍTULO TERCERO

COHECHO 273

I. Noción	275
II. Antecedentes	276
III. Clases de cohecho	276
A. Cohecho propio	277
1. Tipicidad	278
a. Tipo objetivo	278
b. Tipo subjetivo y error de tipo	281
2. Concurso de delitos	282
3. Causales de justificación y culpabilidad	282
4. Punibilidad	282
B. Cohecho impropio	283
1. Tipicidad	284

2. Otras categorías y subcategorías dogmáticas	285
3. Punibilidad	285
C. Cohecho por dar u ofrecer (activo)	285
1. Tipicidad	288
a. Tipo objetivo	288
b. Tipo subjetivo y error de tipo	289
2. Concurso de tipos penales	289
3. Causales de justificación	289
4. Culpabilidad y error de prohibición	289
5. Punibilidad	290
D. Cohecho aparente	290
1. La tipicidad y otras categorías dogmáticas	292
2. Punibilidad	294

CAPÍTULO CUARTO

DIFERENCIAS ENTRE CONCUSIÓN Y COHECHO	295
---------------------------------------	-----

CAPÍTULO QUINTO

CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS	305
-----------------------------------	-----

I. Antecedentes	308
II. Modalidades	310
A. Violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades	311
1. Tipicidad	312
a. Tipo objetivo	313
b. Tipo subjetivo y error de tipo	343
c. Autoría y participación	344
d. Tentativa	344
2. Concurso de delitos	345
3. Causales de justificación	345
4. Culpabilidad y error de prohibición	345
5. Punibilidad	345
B. Interés indebido en la celebración de contratos	346
1. Tipicidad	347
a. Tipo objetivo	347
b. Tipo subjetivo y error de tipo	356
c. Autoría y participación	357
d. Tentativa	357
2. Concurso de delitos	357
3. Causales de justificación	358
4. Culpabilidad y error de prohibición	358
5. Punibilidad	358
C. Contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales	358
1. Tipicidad	359

a. Tipo objetivo	360
b. Tipo subjetivo y error de tipo	368
c. Autoría y participación	368
d. Tentativa	368
2. Concurso de conductas punibles	368
3. Causales de justificación	369
4. Culpabilidad y error de prohibición	369
5. Punibilidad	369
III. La comisión por omisión	369

CAPÍTULO SEXTO

TRÁFICO DE INFLUENCIAS	371
------------------------	-----

I. Noción	373
II. Antecedentes	374
III. El tráfico de influencias en el Código Penal de 2000	377
A. Tipicidad	377
1. Tipo objetivo	378
a. Sujeto activo	378
b. Sujeto pasivo	379
c. Objeto jurídico y antijuridicidad material	379
d. Objeto material	379
e. Conducta	379
2. Tipo subjetivo y error de tipo	380
3. Autoría y participación	380
4. Tentativa	381
5. Concurso de delitos	381
B. Causales de justificación	381
C. Culpabilidad y error de prohibición	381
D. Punibilidad	382

CAPÍTULO SÉPTIMO

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	383
-------------------------	-----

I. Noción	385
II. Antecedentes	385
III. Análisis de la disposición	393
A. Tipicidad	393
1. Sujeto activo	393
2. Sujeto pasivo	393
3. Objeto jurídico y antijuridicidad material	394
4. Objeto material	394
5. Verbo rector	394
6. Elemento normativo del tipo	398
7. La situación del antes llamado "testaferro"	403

8. Tipo subjetivo y error de tipo	403
9. La tentativa	404
10. Autoría y participación	404
B. Concursos	404
C. Causales de justificación	405
D. Culpabilidad y error de prohibición	406
IV. Enriquecimiento ilícito de particulares	406
A. Origen	406
B. Noción	407
C. Análisis de la disposición	407

CAPÍTULO OCTAVO

PREVARICATO

419

I. Noción	421
II. Antecedentes	421
III. Modalidades	422
A. Prevaricato por acción	422
1. Tipo penal	422
a. Tipo penal objetivo	422
b. Tipo subjetivo y error de tipo	442
c. Tentativa	446
d. Autoría y participación	447
2. Concurso aparente de tipos	447
3. El prevaricato en comisión por omisión	449
4. Causales de justificación	450
5. Culpabilidad y error de prohibición	450
a. La especialidad del servidor público	455
b. La experiencia del funcionario	456
c. La complejidad del material a interpretar y aplicar	457
d. Las circunstancias antecedentes, concomitantes y posteriores	459
B. Prevaricato por omisión	461
1. Tipicidad	462
a. Tipo objetivo	462
b. Tipo subjetivo y error de tipo	465
c. Determinación	467
2. Aparente concurso de tipos	468
C. Circunstancias de agravación punitiva	468
D. Prevaricato por asesoramiento ilegal	468

CAPÍTULO NOVENO

ABUSOS DE AUTORIDAD

471

I. Abuso de autoridad genérico por acto arbitrario e injusto	474
A. Tipicidad	474

I. Tipo objetivo	474
a. Sujetos	474
b. Objeto jurídico y antijuridicidad material	474
c. Objeto material	475
d. Conducta y elemento normativos	475
2. Tipo subjetivo y error de tipo	477
B. Concurso aparente de normas	478
II. Modalidades específicas	481
A. Abuso de autoridad por omisión de denuncia	481
1. Tipicidad	482
a. Tipo objetivo	482
b. Tipo subjetivo y error de tipo	486
2. Concurso de tipos	487
3. La pena	487
B. Abuso de autoridad por revelación de secreto	488
1. Tipicidad	489
a. Tipo objetivo	489
b. Tipo subjetivo y error de tipo	492
2. Concurso de delitos	492
C. Utilización de asunto sometido a secreto o reserva	492
1. Tipicidad	493
a. Tipo objetivo	493
b. Tipo subjetivo y error de tipo	494
2. Concurso de delitos	494
D. Utilización indebida de información privilegiada	494
1. Tipicidad	495
a. Tipo objetivo	495
b. Tipo subjetivo y error de tipo	498
E. Abandono del cargo	498
F. Asesoramiento y otras actuaciones ilegales	499
1. Tipicidad	500
a. Tipo objetivo	500
b. Tipo subjetivo y error de tipo	503
G. Abuso de autoridad por intervención en política	503
1. Tipicidad	504
a. Tipo objetivo	504
b. Tipo subjetivo y error de tipo	505
2. Aparente concurso	505
H. Empleo ilegal de la fuerza pública	505
I. Omisión de apoyo	506
1. Tipicidad	507
a. Tipo objetivo	507
b. Tipo subjetivo y error de tipo	508
2. Aparente concurso de delitos	508
3. Causales de justificación y culpabilidad	508

CAPÍTULO DÉCIMO

CAPÍTULO DÉCIMO

USURPACIÓN Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS

509

I.	Noción	511
II.	Modalidades	511
	A. Usurpación de funciones públicas	511
	1. Tipicidad	512
	a. Tipo objetivo	512
	b. Tipo subjetivo y error de tipo	514
	2. Concursos de tipos	514
	3. Causales de justificación	515
	4. Culpabilidad y error de prohibición	515
	B. Abuso de función pública	515
	1. Tipicidad	516
	a. Tipo objetivo	516
	b. Tipo subjetivo y error de tipo	517
	c. Autoría y participación	517
	2. Concurso de delitos	518
	3. Causales de justificación	523
	4. Culpabilidad y error de prohibición	523
	C. Simulación de investidura o cargo	523
	1. Tipicidad	524
	a. Tipo objetivo	524
	b. Tipo subjetivo y error de tipo	525
	2. Concurso de tipos penales	525
	3. Causales de justificación	526
	4. Culpabilidad y error de prohibición	526
	D. Circunstancias de agravación	526

CAPÍTULO UNDÉCIMO

DELITOS CONTRA LOS SERVIDORES PÚBLICOS

527

I.	Noción	529
II.	Clases	529
	A. Violencia contra servidor público	529
	1. Tipicidad	529
	a. Tipo objetivo	529
	b. Tipo subjetivo y error de tipo	530
	2. Aparente concurso	531
	B. Perturbación de actos oficiales	534
	1. Tipicidad	535
	a. Tipo objetivo	535
	b. Tipo subjetivo y error de tipo	536

CAPÍTULO DUODÉCIMO	
DE LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN Y DE INFLUENCIAS	
DERIVADAS DEL EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA	537
I. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública	539
A. Tipicidad	539
1. Tipo objetivo	539
a. Sujeto activo	539
b. Sujeto pasivo	540
c. Objeto jurídico y antijuridicidad material	540
d. Objeto material	540
e. Conducta	541
2. Tipo subjetivo y error de tipo	541
II. Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública	542
A. Tipicidad	542
1. Tipo objetivo	542
a. Sujetos activo y pasivo	542
b. Objeto jurídico y antijuridicidad material	542
c. Objeto material y elemento normativo	542
d. Conducta	542
2. Tipo subjetivo y error de tipo	543
III. Soborno transnacional	543
A. Tipicidad	544
1. Tipo objetivo	544
a. Sujeto activo	544
b. Sujeto pasivo	544
c. Objeto jurídico y antijuridicidad material	544
d. Objeto material	546
e. Conducta	546
2. Tipo subjetivo y error de tipo	546
IV. Asociación para la comisión de un delito contra la Administración Pública	547
A. Tipicidad	547
1. Tipo objetivo	547
a. Sujeto activo	547
b. Sujeto pasivo	548
c. Objeto jurídico y antijuridicidad material	548
d. Objeto material	548
e. Conducta	548
2. Tipo subjetivo y error de tipo	548
3. Concurso de delitos	549

ANEXO PRIMERO	
CÓDIGO PENAL DE 1936. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	551
ANEXO SEGUNDO	
CÓDIGO PENAL DE 1980. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA	556
ANEXO TERCERO	
LEY 190 DE 1995	561
ANEXO CUARTO	
LEY 80 DE 1993	585
ANEXO QUINTO	
LEY 412 DE 1997	631
BIBLIOGRAFÍA	643

PRESENTACIÓN A LA SEGUNDA EDICIÓN

Cuando se discutía en el Congreso el proyecto de ley encaminado a modificar el Código Penal de 1980, presentamos a los estudiantes universitarios la primera edición de este libro. En ella se siguieron los lineamientos generales de un trabajo publicado en 1987 bajo la inspiración del maestro ALFONSO REYES ECHANDÍA. Al final de cada uno de los capítulos de la parte especial se explicaban las principales modificaciones introducidas a la legislación por el “Proyecto de Código Penal”. Finalmente ese proyecto, presentado al Congreso en mi entonces condición de Fiscal General de la Nación, se convirtió en la Ley 599 de 2000.

En esta ocasión, hemos preparado un trabajo conjunto con CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU, quien ha aportado, no solo toda su información reciente en materia de la teoría del bien jurídico, sino los avances doctrinarios y jurisprudenciales de los últimos años. Con el auxilio del profesor GÓMEZ, actual Viceprocurador General de la Nación, y gran estudioso del derecho penal, la obra adquiere una dimensión diferente a la de la primera edición. Muy amablemente él accedió a compartir ahora conmigo la coautoría –no propiamente en sentido penal– de este trabajo que esperamos sea útil a los estudiantes y a los operadores de justicia.

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ
Bogotá, mayo de 2004

PRESENTACIÓN A LA PRIMERA EDICIÓN

Entregamos hoy a los estudiantes de derecho penal especial esta edición de la obra *Delitos contra la Administración Pública*. El texto corresponde al desarrollo del capítulo del libro *Derecho penal especial*, trabajo colectivo elaborado por el Departamento de Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia en 1987, cuando lo dirigía el profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA. En esa época, en cada una de las entonces periódicas reuniones del Departamento el maestro REYES nos impulsaba a que escribiéramos sobre temas de derecho penal especial, pues tenía la ilusión de que todos sus discípulos, en armonía académica y personal, llegásemos a escribir el gran tratado de derecho penal especial. Así se alcanzó a publicar un primer tomo de "Penal especial", para el cual me solicitó escribir el título correspondiente a los delitos contra la Administración Pública.

El libro que ahora presentamos es el resultado de la ampliación de aquel trabajo, como consecuencia de experiencias académicas, profesionales y en el manejo del Estado.

Conservamos la misma estructura del trabajo inicial, la misma presentación dogmática y el sistema de exposición que nos enseñara el profesor REYES.

El texto está dirigido principalmente a los estudiantes de pregrado en derecho penal especial. Eventualmente, puede ser útil a los administradores de justicia, sin tener desde luego las pretensiones de un tratado amplio sobre la materia.

Distintas razones justifican esta nueva presentación. Muchas cosas —malas y buenas— han pasado desde 1987: una nueva Constitución Política, múltiples leyes sobre organización del Estado, y diversos estatutos en materia penal protectores del bien jurídico de la Administración Pública.

El lamentable auge de la corrupción administrativa —sobre todo en el tema de la contratación estatal— ha determinado que cada vez más fiscales y jueces tengan que ocuparse de los aspectos dogmáticos y procesales de esta forma de criminalidad contra el Estado y la sociedad.

Como ha ocurrido siempre desde mi ingreso al Externado de Colombia, he contado también esta vez con el estímulo y apoyo de la Universidad, y particularmente de su Rector, doctor FERNANDO HINESTROSA, quien sigue siendo el gran orientador y maestro, ya no solo de las juventudes sino también de aquellos que, como en mi caso, a pesar de los años vemos en él al consejero, consultor y protector de siempre.

Quiero agradecer de manera muy especial a las jóvenes profesoras CARMEN ELOÍSA RUIZ LÓPEZ y SANDRA VIVIANA HIDALGO DÍAZ, quienes con gran dedi-

cación y competencia intelectual me ayudaron de manera decisiva para la publicación de este trabajo.

ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ
Bogotá, junio de 2000.

TÍTULO PRIMERO
PARTE GENERAL DE LA
PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO PRIMERO
El bien jurídico Administración Pública

Dentro de este título sanciona el Código una serie de comportamientos que afectan la actividad estatal en sus distintas manifestaciones. El ejercicio de la función pública debe estar sometido en un Estado social de Derecho a ciertos criterios rectores que tienen que ver, entre otros, con la legalidad, la eficiencia y la honestidad en el desempeño mismo de la actividad de los órganos del poder público.

Los comportamientos tipificados bajo esta rúbrica se consideran como los de mayor potencialidad de vulneración del objeto jurídico, atendiendo a los principios político-criminales de subsidiariedad y fragmentariedad que definen su protección penal. Por manera que, al aplicarse al caso concreto, el juez deberá tener en cuenta cuál es el alcance del objeto jurídico y evitar darle una cobertura ajena al concepto de *ultima ratio* del derecho penal. Pues “no todo bien jurídico debe ser protegido siempre en sus diferentes modalidades o con la misma intensidad por un tipo penal. Para ello entran en consideración planteamientos de política jurídica y de política criminal en específico. Luego aquí, con esto, se establecen los límites funcionales en el orden penal del bien jurídico como tal. Un error sería pues confundir y tratar de negar un bien jurídico donde lo hay o castigar siempre porque hay un bien jurídico”¹.

La Corte Suprema de Justicia en importante decisión precisó lo siguiente sobre el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública:

El bien jurídico protegido, de acuerdo con la prescripción legal, es la Administración pública. Se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad [...]

Es necesario hacer trascender la diferencia entre bienes jurídicos individuales e institucionales, porque si bien los segundos están al servicio de los primeros, como vía para su realización, la antijuridicidad material debe referirse, en principio, al interés expresamente escogido y tutelado por la ley².

En términos generales RANIERI considera “que atentan contra la Administración Pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones”³.

Podría decirse que el bien jurídico protegido en este título es el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad.

¹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pp. 85 y 86.

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación 13922, 19 de mayo de 1999, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, CCLX, 2499, 1.ª sem. 1999, vol. II, pp. 691 y 692.

³ SILVIO RANIERI. *Manuale di diritto penale*, 3.ª ed., Padova, CEDAM, 1956, p. 233.

El artículo 209 de la Constitución Nacional dice:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La Administración Pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

Con el principio de la economía se busca que los procedimientos se realicen en el menor tiempo posible y con menores gastos, precepto que se materializa en aspectos como la prohibición de exigir documentos que se consideren innecesarios, la eliminación de presentaciones personales y las autenticaciones, salvo los casos en que expresamente lo indique la ley; la celeridad tiene como fin impulsar oficiosamente las actuaciones administrativas, para que las decisiones se adopten rápidamente, eliminando trámites innecesarios; la eficacia está encaminada a que las actuaciones administrativas logren su finalidad evitando que se tomen decisiones inhibitorias; la imparcialidad pretende asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna, mediante la igualdad de trato y el respeto al orden en que actúan; la publicidad tiene como premisa que las autoridades den a conocer las decisiones que adoptan por medio de notificaciones, publicaciones y comunicaciones.

La Corte Constitucionalidad en relación con esta disposición ha dicho:

El artículo 209 de la Carta dispone que la función administrativa se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, que integran una moral del funcionario y unos patrones objetivos de lo que son las buenas costumbres en la Administración. Pero no sólo eso preceptúa la norma, sino también la obligación de la función pública de acordarse a "la moralidad", concepto jurídico que aquí no responde a ninguna particular exigencia confesional o subjetiva, sino, se repite, al marco ético conceptual, propio de la moral media o social, que contiene la Constitución; así por ejemplo, será contrario a esa moral el irrespeto a la autoridad jerárquica, o las faltas contra la honra de las personas, o su intimidad, o un trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, o la traición del interés nacional en beneficio del exterior, o las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, o los elementos justificativos de las inhabilidades, incompatibilidades y requisitos o calidades para el desempeño de la función pública⁴.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-427 del 29 septiembre de 1994, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

El artículo 113 de la Constitución Nacional establece:

Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

La primera parte de este texto constitucional se refiere a la "separación" de las ramas del poder público. La segunda, a la existencia de órganos que de manera autónoma e independiente cumplen funciones estatales, esto es, órganos de control como la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República (art. 117 C. N.); la organización electoral conformada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil (art. 120 C. N.); la banca central (art. 371 C. N.); la Comisión Nacional de Televisión⁵ (art. 76 C. N.) y las universidades públicas⁶ (art. 69 C. N.). Y la última parte se refiere al principio de la colaboración armónica entre los órganos del Estado, esto es, a la "unidad" del Estado en sus distintas manifestaciones.

Por ello, aun cuando en derecho administrativo la "administración" comprende sólo la llamada rama ejecutiva del poder público con el Presidente de la República a la cabeza, en derecho penal el concepto es mucho más amplio y comprende, como ya lo indicamos, y lo sustentaremos, las distintas manifestaciones del poder estatal.

En efecto, algunas de las acciones descritas en este título, por ejemplo el prevaricato o el cohecho, bien pueden ser realizadas por personas que perte-

5 El artículo 76 de la C. N. señala con claridad que la intervención estatal en el espectro electromagnético utilizado para los servicios de televisión estará a cargo de un organismo de derecho público con personería jurídica, autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio. En desarrollo del mandato constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 182 de 1995, según la cual este ente no es otro que la Comisión Nacional de Televisión a la que corresponde, en representación del Estado, la titularidad y reserva del servicio público de televisión. En este orden de ideas, la Comisión Nacional de Televisión es un organismo de ejecución y desarrollo de la política trazada por la ley. Sobre la base de la misma, dirige y regula la televisión como ente autónomo. Cfr. sentencias de la Corte Constitucional C-073 de 1996, C-497 y C-564 de 1995.

6 El diseño institucional precedente permite entrever la consagración de una figura especial dentro del sistema de la descentralización administrativa por servicios o funcional, denominado "ente universitario autónomo" y al cual se le asignan unas características especiales que acentúan su autonomía, que cualitativamente lo hacen diferente de los demás organismos descentralizados por servicios reconocidos hasta ahora por la doctrina y la legislación nacional": cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-299 de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL. En este mismo sentido cfr. sentencias C-109 y C-547 de 1994; C-006 y C-008 de 1996.

nezcán indistintamente a las ramas ejecutiva o jurisdiccional, e incluso a la legislativa o alguno de los órganos que de manera autónoma e independiente cumple funciones públicas.

La actividad y funcionalidad de la "Administración Pública" está absolutamente reglada por la Carta Fundamental, haciendo que el bien jurídico en referencia sea interpretado con base constitucional que denota un poder, y su actividad dentro de un Estado social de Derecho. Lo anterior es consecuencia de la lógica y sistemática lectura de los artículos 3.º (soberanía popular, el nacimiento o emanación de los poderes públicos de ella y el ejercicio de los mismos conforme a la Constitución), 113 (las tres ramas del poder público, separadas en funciones pero con colaboración armónica frente a fines estatales), 2.º inciso 2.º (las ramas del poder público como autoridad protegen la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y aseguran el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares), 189 numerales 9 y 10 (quien sanciona la ley, el Presidente, es quien debe primero obedecerla), 122 (todo empleo, con sus funciones detalladas en ley o reglamento), 6.º (por lo que de las funciones nacen las responsabilidades, por extralimitación, o por omisión en el ejercicio de ellas), 123 inciso 2.º (ejercicio de la función pública conforme a la Constitución, la ley o el reglamento), 124 (forma en la que deben responder los servidores públicos y mecanismos para hacerla efectiva), 125 (sistemas de nombramiento y retiro), 122 inciso 3.º (declarar bajo juramento el monto de sus bienes y rentas), e igualmente el régimen de prohibiciones para el servidor público: 126 (de nombrar parientes o nepotismo), 127 (de celebrar contratos con el Estado), 127 inciso 2.º (de intervenir en política), 128 (de recibir doble remuneración), 129 (de aceptar honores o recompensas). Así pues, no existen autoridades *de facto*, la autoridad está reglada en la ley en sentido general, y en cada caso se particulariza también por norma especial, y el funcionario debe prometer su cumplimiento (inc. 2.º art. 122: juramento).

I. EL CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO TUTELADO PENALMENTE

En definición que podríamos calificar como clásica, JOAQUÍN ESCRICHE afirma que "Administración Pública" es la "parte de autoridad pública que cuida de las personas y bienes en sus relaciones con el Estado, haciéndolos concurrir al bien común, y ejecutando las leyes de interés general"⁷.

7 JOAQUÍN ESCRICHE. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1977, p.º 177.

A renglón seguido define lo que es administración de justicia, contraponiendo tal concepto al anterior, pues éste tiene alcances impersonales y abstractos y en cambio la justicia los particulariza.

Tal visión de la Administración Pública no corresponde a cabalidad con el objeto de protección de los tipos penales enlistados en el título XVI del libro 2.º del Código Penal de 2000, toda vez que allí se punen comportamientos en los cuales pueden ser sujetos activos los legisladores (cohecho, concusión, tráfico de influencias, etc.) e incluso los jueces (prevaricato por el nombramiento ilegal de un subalterno), como también se puede ofender la administración de justicia por un miembro de la administración (prevaricato por un jefe de control interno disciplinario al ejercer la función disciplinaria⁸).

Pero además, un tal concepto de Administración Pública queda relegado a la conceptualización del fenómeno jurídico en el ámbito del Estado liberal, no cobijando la idea de Estado social y democrático de Derecho, donde la administración adquiere relevantes funciones promocionales (arts. 1.º y 2.º inc. 1.º C. N.).

Se requiere pues hacer un recuento de la evolución del concepto de bien jurídico de la Administración Pública, con lo cual deberá arribarse a una posición que sea apta para explicar a todos los delitos que aparecen sistemáticamente organizados bajo tal denominación y que resulte compatible con el modelo constitucional adoptado por la Carta Política de 1991⁹.

A. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ESTADO TOTALITARIO

Conceptualizar lo que era el objeto jurídico Administración Pública en el Estado medieval resulta harto difícil, habida cuenta que tal institución surge sólo cuando la práctica política permite hablar de la “cosa pública”, y para tal época el poder político tenía dueño, puesto que con el vacío originado como consecuencia de la caída del Imperio romano el mismo es llenado por “el gran propietario, que pasa a ser señor de hombres y tierras”¹⁰; en torno a lo cual basta

8 La jurisprudencia constitucional ha precisado que “el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado plantea un espacio en el que también se imparte justicia [...] las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia”: Corte Constitucional. Sentencia C-014, 20 de enero de 2004, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

9 Se debe al maestro antioqueño ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ el haber planteado por primera vez y con mucha originalidad en nuestro medio la relación Administración Pública-modelo de Estado, reconduciendo la definición del punto a un problema “conceptual ideológico-político”: *Curso de derecho penal especial. Primera parte*, Medellín, p. 81.

10 EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Edit. Civitas e Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979, p. 153.

recordar la famosa expresión del rey LUIS XIV: "El Estado soy yo"¹¹. Era tan patético lo anterior, que las fronteras de los Estados y la división política dependían de los matrimonios y divisiones entre los herederos de la Corona¹².

Se dice que las funciones que podrían ser llamadas públicas "eran patrimonio de la aristocracia" y los "cargos se transmitían por herencia"; incluso, en la alta Edad Media, por necesidades fiscales se impuso el sistema de venalidad (venta de la función)¹³.

Así mismo, el poder estaba concentrado, no existía una división judicial, legislativa y propiamente administrativa: un mismo órgano —el monarca— acumulaba dichas funciones. Por ello se ha afirmado que históricamente resultaba imposible diferenciar entre derecho penal y derecho penal administrativo¹⁴.

Pero además, en el seno de un derecho penal donde el objeto de protección era el "deber"¹⁵, resultaba imposible hablar de bien jurídico, es más, ni siquiera podía existir una aproximación al concepto primitivo sobre el mismo esbozado en el Estado liberal, donde el tema se reconducía a la protección de "derechos", habida cuenta que el *Ancien Régime* ha sido calificado como la "prehistoria medieval de derechos que no son de todos"¹⁶.

La expresión de la voluntad estatal eran "los mandatos del bando", instituto de la administración para dar a conocer las decisiones, entendidos hoy como la "irradiación de la fuerza mágico-sacral de la realeza"¹⁷.

Prácticamente, muy a pesar de que con los bandos se buscaba "el buen orden de la comunidad"¹⁸, la idea de afectación estribaba en un atentado inmediato contra la "propiedad" y la "voluntad" del rey, y uno mediato contra la divinidad, toda vez que, como expresión de un Estado teocéntrico como lo fue el medieval¹⁹, en la idea de antijuridicidad predominaba la ofensa a Dios, puesto que bajo la doctrina del derecho divino, si un hombre había sido escogido por él para gobernar, correlativamente "la gente bien pensante debía obedecerle incuestionablemente"²⁰.

11 ALBERT SOBOUL. *La Revolución Francesa*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989, pp. 61 a 63.

12 JOSEPH STRAYER. *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, Edit. Ariel, 1986, pp. 22 y 28.

13 MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho de la función pública*, Madrid, Edit. Tecnos, 1997, pp. 26 y 27.

14 HEINZ MATTES. "Problemas de derecho penal administrativo", *Revista de Derecho Privado*, Edit. Jaén, 1979, p. 53.

15 GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ. *Curso de derechos fundamentales 1, Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, p. 104.

16 GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ. "Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales", en *Historia de los derechos fundamentales*, t. 1, Madrid, Edit. Dickinson y Universidad Carlos III de Madrid, 1998, p. 20.

17 MATTES. Ob. cit., pp. 50 y 52.

18 Ibíd., p. 51.

19 LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Edit. Bosch, 1960, p. 11.

Adviene la Revolución Francesa en el año de 1789 y se impone el Estado como República; empero, en Alemania especialmente, el proceso no fue definitivo, y es así como las familias reales todavía con poder logran imponer las ideas condensadas en el Congreso de Viena de 1814, mediante el cual se buscaba recomponer el viejo orden medieval. En su acta final de 1820, artículo 57, se perfila lo que será el nuevo concepto de Estado: la Confederación germánica integrada por príncipes soberanos pudiendo ser limitados por una Constitución²¹.

Dos grandes órganos integran al Estado: por un lado la Monarquía, en cuyos dominios, como órgano primario y supremo, se encuentran la administración, el ejército y el funcionariado; por el otro encontramos al Parlamento que se ocupa del pueblo y la sociedad. Como es de suponer, en el primer órgano no rige el derecho —teoría de la impermeabilidad—, pues la ley es concebida sólo en la forma; en el otro rige la ley en sentido material, como regla de derecho vinculante, a la manera del Estado de Derecho²².

Como es de suponer, pues, sobre la administración y sus funcionarios el monarca dispone “con entera libertad”. Ello le permite construir “una relación especial de poder” entre Administración y funcionarios, caracterizada como una “esfera interna propiedad de la Administración en donde ésta ejerce su poder con toda amplitud”, lo que LABAND conecta con la noción de *potestas*, generando una relación funcional muy especial de poder que impone deberes de sujeción igualmente especiales: deberes de *obediencia y fidelidad*²³. OTTO MAYER, quien perfecciona la tesis de la relación especial de sujeción, la caracteriza como una relación de servicio de derecho público que “implica necesariamente una fidelidad y una devoción especiales”²⁴; de allí que la vieja doctrina considerara el ilícito en los delitos contra la Administración Pública como el “reprobable quebrantamiento de la fidelidad” que impone el cargo o la “traición de un deber altamente personal”²⁵.

Si así son las cosas, perviviendo las viejas ideas del Estado medieval, tampoco aquí podemos encontrar como tal una ofensa a la Administración Pública, sino al poder del monarca. Pero no cualquier ofensa, sino aquella delimitada por la *relación especial de sujeción*, esto es, la infracción a los deberes de obediencia y fidelidad, toda vez que los abusos cometidos por los funcionarios eran

20 STRAYER. Ob. cit., p. 145.

21 Cfr. MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Edit. Civitas y Universidad de Córdoba, 1994, pp. 45 y 46.

22 LÓPEZ BENÍTEZ. Ob. cit., pp. 47 a 52.

23 Cfr. ibíd., pp. 50, 56 y 59.

24 Citado en ibíd., p. 72.

25 MARÍA INMACULADA RAMOS TAPIA. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 89.

entendidos como connaturales al sistema, puesto que imperaba una “percepción intuitiva de lo discrecional como una libertad incondicionada de decisión insusceptible de toda crítica o control desde fuera”²⁶.

La teoría de la *relación especial de sujeción* tuvo continuación una vez se implantó el Estado liberal, subsistiendo casi con los mismos alcances hasta la entrada en vigencia de las ideas propias del constitucionalismo moderno, que se imponen a partir de la segunda mitad del siglo pasado.

Bajo la égida del nuevo modelo de Estado el concepto de *relación especial de sujeción* tuvo soporte en la idea de voluntad, toda vez que en ella los *iusnaturalistas* fincaban todas las esperanzas del progreso social; por tanto, como expresión de la dignidad de la persona, se creía que lo que estuviera determinado por su decisión era bienvenido. Consistía la figura, ante la nueva visión de la sociedad, en dar por hecho que el funcionario al aceptar el cargo lo hacía con todas sus virtudes y vicisitudes, en consecuencia, quien había dado su consentimiento no podía sufrir perjuicios: *volenti non fit inuria*²⁷.

Tal forma de ver las cosas, especialmente en España, permitió que la doctrina mayoritaria entendiera por mucho tiempo que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública era el “deber del cargo”²⁸. Fue tan extendida dicha opinión que hasta 1978 se afirmó que “la fidelidad a la función y a la jerarquía es el núcleo fundamental de la antijuricidad” en los delitos contra la Administración Pública²⁹.

El máximo esplendor de una tal concepción se produce con el advenimiento del régimen nacionalsocialista alemán³⁰. DAHM, a partir de los estudios realizados en torno al delito de traición a la patria, considerado como el más grave, llegó a postular que en la base de todo delito está la “afección de un deber de fidelidad”, por tanto todo delito “constituye una traición del individuo respecto de su pueblo”³¹; en consecuencia, dice LÓPEZ BENÍTEZ, se puede estimar “que todos los individuos están en una relación especial de sujeción por el franco retroceso que sufren sus derechos fundamentales”³².

26 TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ. “Arbitrariedad y discrecionalidad”, en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, t. III, Madrid, Edit. Civitas, 1991, p. 2.256.

27 Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ. *Naturaleza y presupuestos*, cit., p. 86.

28 DE TOLEDO. *La prevaricación*, cit., pp. 135, 169, 199, 224, 226, 227, 239 y ss.

29 CARLOS MIR PUIG. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 2000, p. 20.

30 DE TOLEDO. Ob. cit., p. 227.

31 JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986; id. *Bases*, cit., p. 172.

32 LÓPEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 113.

B. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS "RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN" EN EL ESTADO DE DERECHO

Desde muy temprano en el Estado de Derecho se dieron las condiciones para que el concepto de Administración Pública surgiera como el objeto de protección, toda vez que nítidamente se divide el poder en legislativo, judicial y ejecutivo, correspondiendo a este último la actividad administrativa. La actividad administrativa se ocuparía de procurar las buenas costumbres, el orden y demás medios para "asegurar el estado creado por el contrato social"³³.

Así mismo, ya para tal momento OTTO MAYER había teorizado que las relaciones especiales de sujeción se reconducen a la separación *relaciones generales-relaciones especiales de sujeción* dentro de un sistema jurídico administrativo³⁴. Las primeras gobernaban las relaciones del Estado con los ciudadanos que no tuviesen vinculación con él; las segundas daban cuenta de un especial vínculo entre un administrado y el Estado.

No obstante el Estado liberal como tal, gobernado por las ideas del *laissez-faire, laissez-passer* que llamaron a una "imparcialidad arbitral del Estado"³⁵, se destacó por una Administración Pública "meramente atenta al cumplimiento formal de la legalidad"³⁶, toda vez que se confiaba en que las fuerzas del mercado equilibraran la balanza de las relaciones sociales. Tal modelo político genera un tipo de función pública que "se dedica en su mayor parte a ejercer funciones de autoridad de *imperium* y no a prestar servicios públicos ni a la producción de bienes"³⁷.

Un tal estado de cosas se traduce, jurídicamente hablando, en una idea de bien jurídico de naturaleza puramente estática, pues se afirma que el mismo consiste en la *estimación*, el *prestigio* y el *decoro* con los que la actividad de la Administración Pública debe manifestarse³⁸, hasta el punto que la adopción de tal concepto por la jurisprudencia y doctrina italiana impuso la idea de la *obsesión de prestigio*, como forma de calificar magnificadamente al objeto de ataque³⁹.

33 MATTES. "Problemas", cit., pp. 151 y 152.

34 Cfr. LÓPEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 65.

35 ALEJANDRO NIETO. "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, t. III, Madrid, Edit. Civitas, 1991, p. 2204.

36 SÁNCHEZ MORÓN. Ob. cit., p. 52.

37 Ibid., p. 28.

38 CATELANI citado por DE TOLEDO. Ob. cit., p. 213. Parece ser que un criterio semejante fue utilizado por CARMIGNANI cuando escribió que "para que la autoridad de las leyes, que se ejerce mediante el órgano de la justicia pública, pueda inspirar plena confianza en el ánimo de los ciudadanos y ser por todos respetada, es conveniente que los oficios públicos y las funciones de la ley se confíen con imparcialidad y justicia a los magistrados y se apliquen por estos del modo más correcto": GIOVANNI CARMIGNANI. *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Edit. Temis, 1979, p. 334.

39 Así DE TOLEDO. Ob. cit., p. 215.

Como bien lo ha dicho VASCONCELOS, aquí lo importante era la protección de los considerados valores fundamentales: autoridad, poder jerárquico de los superiores y prestigio de la institución⁴⁰.

La formalidad campea en el ámbito institucional del Estado liberal, de allí que BAYOD Y SERRAT afirme que en tal régimen “la concepción técnica del principio de juridicidad formal, es correcta en sí, pero hondamente insuficiente y hasta peligrosa”⁴¹, habida cuenta que, por imperar la idea del Estado-árbitro, según NIETO, sus buenas intenciones sólo generan “el egoísmo particular”⁴². Egoísmo particular que resulta incompatible con la idea de “interés general” como elemento caracterizador de la idea de Administración Pública.

Si, como dice GARCÍA PELAYO, el Estado liberal “asignaba derechos sin mención de contenidos” y se limitaba a asegurar la “justicia legal formal”⁴³, es de comprenderse que lo decisivo, para entender lo contrario a derecho, era la mera antijuridicidad formal.

En consecuencia, de ser así las cosas, indefectiblemente vuelve y recupera el concepto de *obediencia al deber* su puesto como objeto privilegiado de protección.

Con respecto a la nítida separación *relaciones generales-relaciones especiales de sujeción* estaban dadas igualmente las condiciones para un desarrollo teórico que permitiera construir a partir de las primeras, o al menos teniéndolas como elemento principal, un derecho penal cuyo objeto de protección fuera la Administración Pública, y dejar al ámbito jurídico de las relaciones especiales de sujeción la fundamentación y legitimación del derecho disciplinario⁴⁴.

No obstante, ello no ocurrió. En primer lugar, seguramente por el imperio de las formas sobre el contenido –legalidad formal– y, sobre todo, por el peso de la tradición histórica de las relaciones especiales de sujeción en el concierto del derecho público administrativo. En segundo lugar por cuanto, si el objeto de protección del derecho penal en el Estado liberal eran los “derechos subjetivos”, los cuales coincidían con los “derechos naturales” del hombre como trascendentes al Estado, puesto que los tenía en el estado de naturaleza por el simple hecho de ser hombre, reconocer a la Administración Pública como un

40 NUNO J. VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, Porto, Almeida & Leitaó, 2000, p. 398.

41 RAMÓN BAYOD Y SERRAT. *Estado de Derecho y poder político*, Madrid, Grefol, 1987, p. 18.

42 NIETO. “La administración”, cit., p. 2212.

43 MANUEL GARCÍA-PELAYO. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1989, pp. 26 y 27.

44 Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática del derecho disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 132 a 137, 185, 186 y 250 a 267, e id. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, pp. 80 y 81.

objeto de protección equivalía a considerar que también el Estado tenía “derechos subjetivos”, lo cual resultaba impropio en la medida en que, siendo ellos la positivación de los derechos naturales, su existencia debía remontarse al momento previo de la creación del Estado y además tenía un titular insustituible: la persona humana.

Sólo bajo la égida de la noción de “bien jurídico” tendrá la Administración Pública una explicación satisfactoria como objeto de protección del derecho penal.

Sin embargo, el fenómeno jurídico estudiado no podía tener en el marco del Estado de Derecho la misma significación que se le otorgaba en el Estado medieval, pues allí se constataba la existencia de un derecho penal cuyo injusto se fundaba exclusivamente en la infracción de un deber, asunto no admitido en el Estado liberal desde el punto de vista de la teoría general del objeto de protección, muy a pesar del peso histórico de la categoría dogmática del derecho público administrativo llamada *relación especial de sujeción*.

En efecto, si bien el núcleo de la protección está constituido por el “deber”, esto es, la *obediencia* sigue siendo el elemento caracterizador del objeto de protección del derecho penal y al cual se reconducen las afectaciones propias de la realización de los delitos contra la Administración Pública, ésta como tal queda relegada a un segundo plano, es decir, sólo se protege por inclusión: afirmaba OTTO MAYER que la *relación especial de sujeción* es un poder jurídico especial “para mantener y dirigir a éste —al funcionario— en el cumplimiento exacto de sus deberes”⁴⁵.

Como puede verse, se mantiene la decisiva influencia histórica de las relaciones especiales de sujeción; empero, el tono de las mismas se va reduciendo, su importancia comienza a sufrir mengua, toda vez que ya no se protege el deber por el deber, sino que el mismo es funcionalizado y, muy especialmente, sólo se habla de *obediencia al deber* y no de *fidelidad* al Estado.

Ello implica, de alguna forma, el comienzo de la dinamización del concepto de Administración Pública como bien jurídico protegido.

Tal evolución del concepto resulta evidente, toda vez que ya para el año de 1912 los monografistas especializados como KAHN sólo hablan de una “relación de acentuada supremacía y subordinación”⁴⁶.

Fue tan fuerte la incidencia histórica de las relaciones especiales de sujeción que aún pervivieron ante un modelo político construido bajo los parámetros kelsenianos, el cual entiende “considerar a la Administración como una función del Estado y, por tanto, sometida al Derecho en su integridad”⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. *ibid.*, p. 71.

⁴⁶ Citado por LÓPEZ BENÍTEZ. *Naturaleza y presupuestos*, cit., p. 98.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 104.

C. LOS CONCEPTOS “RELACIONES ESPECIALES
DE SUJECCIÓN” Y “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” EN
EL ÁMBITO DEL ESTADO INTERVENCIONISTA

La idea de Estado intervencionista alienta la pervivencia del concepto de relación especial de sujeción, puesto que las innumerables funciones que tal modelo político reclama y el real poder de incidencia en la economía y la sociedad que resulta consustancial al mismo requieren de un vasto complejo organizativo de las instituciones públicas, cuyos funcionarios deben obrar bajo la égida del más escrupuloso sentido de la disciplina y del cumplimiento del deber por encima de cualquier consideración.

En efecto, el Estado social “genera un extraordinario desarrollo del aparato administrativo y de las funciones que se le atribuyen”, afirma un experto en función pública como SÁNCHEZ MORÓN⁴⁸, habida cuenta que el objeto de preocupación de la administración ya no es sólo la prevención de peligros, sino la “administración del bienestar”⁴⁹. Es así como “las funciones tradicionales de regulación y policía, que comportan el ejercicio de autoridad, se complementan con la prestación de múltiples servicios, la cooperación con la sociedad y la producción de bienes y servicios en régimen de empresa”, cuya trascendencia económica y social exige una Administración Pública que “ha puesto en primer plano la preocupación por la eficacia y la eficiencia administrativas”⁵⁰.

Ello es obvio, ya no estamos ante un Estado-árbitro, toda vez que el nuevo modelo, en cierta forma, resulta parcializado con “su intervención a favor de quienes, por las circunstancias que sean, no pueden hacer valer sus intereses”⁵¹.

El Legislativo pierde importancia, la cual es reclamada por el Ejecutivo, toda vez que el primero “debe habilitar a la Administración para que ésta actúe”, aunque señalándole pautas, criterios, estándares medios, pues se deben trocar el “mero deseo” y las “simples aspiraciones” de la Administración Pública del Estado liberal, adaptándose “las estructuras políticas y jurídicas a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social y económico”⁵², en pos de superar al individualismo y abstencionismo estatal⁵³.

Por tanto, se persigue expresar “una verdadera voluntad conformadora y determinante de lo que ha de ser la actuación administrativa”⁵⁴, impulsada por “la intensificación del espíritu de solidaridad” que impone mayor número de

48 SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho*, cit., p. 35.

49 MATTES. “Problemas”, cit., p. 177.

50 SÁNCHEZ MORÓN. Ob. cit., p. 35.

51 NIETO. “La administración”, cit., p. 2204.

52 ELÍAS DÍAZ. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Edit. Taurus, 1991, p. 83.

53 *Ibid.*, pp. 83 y ss.

deberes al Estado⁵⁵, en orden a la “configuración de la sociedad” con un contenido social⁵⁶, para superar el “aislacionismo egoísta” e impulsar las “relaciones de integración”⁵⁷.

Si de lo que se trata es de superar el “aislacionismo egoísta”, como ya se precisó, resulta obvio que la Administración Pública del Estado intervencionista resulta mucho más comprometida con el “interés general” que en los restantes modelos políticos mencionados.

Parece, pues, que ante el modelo político intervencionista se posiciona la institución de las *relaciones especiales de sujeción*, en tanto se impone “la necesaria injerencia del poder público para asegurar *materialmente* los derechos y libertades de los particulares”⁵⁸, lo cual reclama un funcionario público mucho más comprometido con la Administración.

El bien jurídico Administración Pública todavía no adquiere en este estadio la importancia que, para un derecho penal fundado en dicho concepto, debe tener. La idea de Estado social, incluso en sus autores más radicales, desprecia un concepto de derechos separados o al margen de los “deberes”, pues como lo afirmó DUGUIT, en el Estado intervencionista “la idea de derecho desaparece irrevocablemente” y se impone la de deberes⁵⁹.

Si ello tenía ocurrencia en el ámbito de las *relaciones generales de sujeción*, con mayor razón era entendible y explicable en el resorte de las *relaciones especiales de sujeción*.

D. EVOLUCIÓN DE LOS CONCEPTOS “RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECCIÓN” Y “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” EN LA ÓRBITA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Con el advenimiento del modelo político conocido como Estado-social y democrático de Derecho las cosas cambiarán significativamente.

En las constituciones de corte formal, los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley y, por el contrario, en las cartas políticas actuales, de cuño

54 JAVIER BARCELONA LLOP. “Principio de legalidad y organización administrativa”, en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje al profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, t. III, Madrid, Edit. Civitas, 1991, p. 2366.

55 ADOLFO POSADA. *La nueva orientación del derecho político*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, p. 336.

56 BEATRIZ GONZÁLEZ MORENO. *El Estado social*, Madrid, Edit. Civitas, 2002, pp. 54, 56 y 57.

57 PECES-BARBA MARTÍNEZ. *Curso*, cit., pp. 154 y ss.

58 LÓPEZ BENÍTEZ. *Naturaleza y presupuestos*, cit., p. 118.

59 LEÓN DUGUIT. *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera, p. 68.

material, es la ley la que vale en el ámbito de los derechos fundamentales⁶⁰. Es el nuevo paradigma que regirá el pensamiento fundamental del constitucionalismo moderno.

Por ello el sentido de las llamadas *relaciones especiales de sujeción* tendrá necesariamente que cambiar.

Los derechos fundamentales adquieren un carácter de valores objetivos inalienables, no enajenables, en consecuencia la voluntad sin más ni más no es apta para crear situaciones que no sean alcanzadas por el derecho, de tal manera que en el Estado social y democrático de Derecho “se prohíbe de modo formal y categórico la actuación arbitraria de los poderes públicos sin excusa ni excepción alguna”⁶¹. El consentimiento del ciudadano, según KRÜGER, no es suficientemente apto como para “generar una relación especial de poder que derogue todo o gran parte del régimen de garantías previsto en la Constitución”⁶².

Se crea así una tensión constitucional entre *relaciones especiales de sujeción* y derechos fundamentales⁶³.

Por tanto, de entender, al comienzo del Estado social y democrático de Derecho, que las *relaciones especiales de sujeción* comportaban una “laguna del Estado de Derecho”, a partir de los años 70 del siglo pasado, por virtud de cuestionamientos que apuntaban incluso a la desaparición de la figura, de una evolución cuantitativa como la sufrida hasta el momento, se pasa a una de naturaleza cualitativa de hondas repercusiones, puesto que se comienza a afirmar que en la nueva realidad constitucional “no hay espacios ajurídicos en donde la Administración encuentre un terreno propio y autónomo” y, en consecuencia, se produce una juridificación de las *relaciones especiales de sujeción*⁶⁴.

OTTO BACHOFF afirmará que “el fin de las relaciones especiales de poder tiene que orientarse a los derechos fundamentales”⁶⁵. Es así como la doctrina precisará que las *relaciones especiales de sujeción* “presuponen un acotamiento forzoso de los derechos y deberes generales”, lo cual surge de la necesaria inserción del Administrado en la esfera organizativa de la Administración, y esto crea “una mayor proximidad o intermediación entre ambos sujetos jurídicos”⁶⁶.

Como se puede ver, las *relaciones especiales de sujeción* no desaparecerán en el nuevo concierto jurídico⁶⁷, sino que serán integradas al nuevo paradigma, de

60 OTTO BACHOFF. *Constitución y jueces*, Madrid, Edit. Civitas, 1985, p. 41.

61 TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. “Administración”, cit., p. 2310.

62 Citado por LÓPEZ BENÍTEZ. *Naturaleza y presupuestos*, cit., p. 134.

63 *Ibid.*, p. 118.

64 *Ibid.*, pp. 120, 129 y 130.

65 *Ibid.*, p. 134.

66 *Ibid.*, pp. 150, 151, 194 y 195.

67 En el orden jurídico colombiano han sido reconocidas por la Corte Constitucional en sentencias C-417 de 1993, C-280 de 1996, C-181, C-948 de 2002 y C-037 de 2003, entre otras.

lo cual resulta "que no se desconocen los derechos fundamentales y la libertad, mas, en cierta manera, se funcionaliza su ejercicio para que el fin de la organización administrativa se cumpla"⁶⁸.

Dicha funcionalización, como es de esperarse, se exige a favor de una "Administración más eficaz y eficiente, más ágil y receptiva, responsabilizada con los resultados de su gestión", que busca eliminar rigideces, flexibilizar estructuras e incrementar su eficacia⁶⁹.

Si, como dice GARCÍA PELAYO, el Estado social "distribuye bienes jurídicos de contenido material" y su actividad se "extiende a la justicia legal material"⁷⁰, en tanto lo importante es "el buen funcionamiento del servicio y el eficiente cumplimiento de las tareas públicas que la Constitución ha confiado a la función pública"⁷¹, es preciso concluir que ya ha llegado el momento de recuperar para el concepto de Administración Pública el pedestal de bien jurídico tutelado y respecto de la afectación al mismo, la necesidad de constituirse en el contenido de la antijuridicidad material. De allí que DE TOLEDO tenga plena razón cuando afirma que "la violación de un deber de fidelidad es noción de carácter formal que no se adapta a una interpretación teleológica de la norma penal"⁷².

Por tanto, el concepto de Administración Pública expuesto se constituirá en el objeto de protección del derecho penal en los delitos contra la Administración Pública, esto es, adquirirá el rango de bien jurídico tutelado, y como tal el injusto se caracterizará principalmente por la presencia del *desvalor de resultado* como elemento fundante; a su vez, la noción de *infracción al deber* que emana del desconocimiento de las obligaciones surgidas del concepto *relación especial de sujeción* se degradará a la categoría de elemento cofundante del injusto, entendido como un *desvalor de acción incrementado*⁷³.

Todo delito comporta tanto un *desvalor de resultado* como un *desvalor de acción*⁷⁴. Empero, cuando se trata de un delito especial propio o impropio, tal como tiene ocurrencia en los delitos contra la Administración Pública que gozan de sujeto activo calificado, al *desvalor de acción* que comporta la realización del tipo

68 LÓPEZ BENÍTEZ. Ob. cit., p. 212.

69 SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho*, cit., pp. 52 y 53.

70 GARCÍA-PELAYO. *Las transformaciones*, cit., pp. 26 y 27.

71 ASÍ VASCONCELOS. *La función pública*, cit., p. 398.

72 DE TOLEDO. *La prevaricación*, cit., p. 216.

73 Sobre un concepto complejo de injusto en los delitos contra la Administración Pública, cfr. GERARDO BARBOSA CASTILLO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 138 a 141.

74 Cfr. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal*, Colección de Pensamiento Jurídico, n.º 1, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2002, pp. 64 y ss. Cfr. LEONARDO CRUZ BOLÍVAR. "Bien jurídico y deber legal: nociones complementarias en el Código Penal colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 93 y ss.

se le *incrementa otro desvalor de acción especial* proveniente de la infracción al deber derivado de la *relación especial de sujeción* que gobierna al servidor público: de allí que se debe hablar de un *desvalor de acción incrementado* en los delitos especiales propios e impropios⁷⁵; todo lo cual resulta compatible con la jurisprudencia constitucional, que al precisar la responsabilidad del servidor público en el “Estado social de derecho” ha señalado una “ampliación de la responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones”, como manifestación del sistema jurídico que hace mayor énfasis en el “principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas”⁷⁶.

Colombia se constituye en un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.º C. N.). Así mismo, por insertarse su Carta Política en el concierto de las constituciones actuales de cuño material, al igual que la italiana de 1947, alemana de 1949 y española de 1978, rigen en nuestro ordenamiento jurídico los principios, valores y derechos fundamentales del llamado constitucionalismo moderno.

La Administración Pública y las llamadas *relaciones especiales de sujeción* tienen fundamento constitucional.

Ha de concluirse, entonces, que lo hasta aquí expuesto rige para el derecho penal colombiano.

II. EL CARÁCTER MEDIAL-INSTRUMENTAL DEL BIEN JURÍDICO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

El “contrato social” que funda la idea moderna de Estado tuvo como razón de ser para su nacimiento, y tiene como función para su sostenimiento, la protección de los “derechos naturales” del hombre. De allí el carácter medial-instrumental del Estado⁷⁷.

Como objeto de protección, decía FEUERBACH, “el Estado está justificado para procurar en forma mediata su objetivo”, puesto que uno de sus principios necesarios, el de la unión, tiene como finalidad “la seguridad jurídica dentro de un determinado territorio estatal”⁷⁸.

75 Así un sector especializado de la doctrina nacional que, al referirse al peculado, afirma que el injusto de éste no consiste sólo en la apropiación del bien —atentado al bien jurídico—, sino también “en la violación de la confianza dispensada por el Estado a su funcionario y en la transgresión de la consiguiente lealtad por éste debida, relación recíproca que impone un deber irreductible al servidor público respecto de las funciones que concreta y específicamente le ha encomendado el poder público”: MARIO SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe en el injusto penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1992, p. 170.

76 Corte Constitucional. Sentencia C-037, 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

77 NORBERTO BOBBIO. “El modelo iusnaturalista”, en *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 67 y ss.

78 PAUL JOHANN FEUERBACH y ANSELM VON RITTER. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989, pp. 64 y 142.

Dentro del género de protección penal "Estado", se encuentra la Administración Pública. Es indudable que también tiene, entonces, un "carácter medial"⁷⁹.

Por tanto, si el primer y principal "fundamento" del orden jurídico colombiano es el respeto de la dignidad humana (arts. 1.º C. N. y C. P.), ha de concluirse, sin hesitación alguna, que en el contexto de la fórmula sincrética de Estado social y democrático de derecho impera la idea antropocéntrica inaugurada por el Estado liberal.

El bien jurídico Administración Pública, si así son las cosas, sólo se justifica en la medida que esté al servicio de la persona. Por consiguiente, como afirma MATA Y MARTÍN, "la persona, y su libre desarrollo, se convierten en el punto de referencia al que deben orientarse todos los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal"⁸⁰.

Es en definitiva, desde el punto de vista constitucional, un *instrumento para la protección, mantenimiento y promoción* de los estados funcionales que posibilitan el ejercicio de los derechos fundamentales⁸¹. La jurisprudencia penal se ha referido acertadamente a la idea de "bienes jurídicos institucionales"⁸², lo cual también ha sido apoyado por la doctrina nacional⁸³.

No obstante, es tan fuerte y decisiva la importancia de una correcta Administración Pública en el ámbito de un Estado de Derecho que, muy a pesar de su carácter instrumental como bien jurídico, también como contracara tiene la de ser un derecho ciudadano: la Carta Política impone, como característica esencial, "que la función pública nada tenga de oculto, sino al contrario, que ha de ser transparente, esto es, que los actos del Estado se ajusten de manera estricta a la legalidad, que puedan ser sometidos al examen o escrutinio público, lo cual excluye de suyo que la Administración Pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismos que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas a merced del uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público". Pero también dicha concepción refleja la materia prima a partir de la cual se constituye el bien jurídico, puesto que "quienes no son servidores del Estado se encuentran

79 BARCELONA LLOP. "Principio", cit., p. 2364.

80 RICARDO MATA Y MARTÍN. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Edit. Comares, 1997, p. 13.

81 BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU. *Bien jurídico*, cit., p. 84.

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 27 de enero de 1999, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

83 Cfr. LUIS ARMANDO CALLE CALDERÓN y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA. "El delito de interés ilícito", en *La celebración de contratos*, Estudios de Derecho, n.º 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997, pp. 353 y ss.

asistidos por el *derecho* a que las funciones públicas se realicen conforme a la Constitución y a la ley”, ha dicho la Corte Constitucional⁸⁴.

III. EL “SENTIDO” DE LA EXPRESIÓN “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” EN EL CONTEXTO DEL CÓDIGO PENAL DE 2000

Si bien la utilización de la expresión “Administración Pública” ha sido pacífica, su contenido ha variado de manera constante, hasta el punto de que puede afirmarse que las últimas posiciones obligan a repensar dicha nominación, lo que ya ha sido propuesto por VILLADA al referirse a los delitos “contra la función pública”⁸⁵.

A. “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” COMO EQUIVALENTE A LA FUNCIÓN DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PÚBLICO

ROCCO señala que delitos contra la Administración Pública son aquellos que atentan contra “bienes e intereses administrativos del Estado”, bienes “propios del Estado considerado como poder administrativo o gubernativo (Estado-Administración Pública) y, como tales, son precisamente relativos a la administración del Estado, sea en su aspecto de la organización administrativa como en el de la actividad o función administrativa (administración propiamente dicha)”⁸⁶.

Como bien se puede apreciar, el connotado autor establece una sinonimia entre Administración Pública y función administrativa de la rama ejecutiva del poder público, lo cual acota un espacio jurídico demasiado reducido dentro del cual puedan ser explicados todos los delitos enlistados dentro de la rúbrica “Administración Pública”.

B. “ADMINISTRACIÓN PÚBLICA” COMO EXPRESIÓN DEL “INTERÉS GENERAL” DESLIGADA DE LOS PODERES LEGISLATIVO, JUDICIAL Y EJECUTIVO

Parte de la distinción entre los conceptos de “Gobierno” y “Administración”, precisándose que ésta se encuentra llamada “a cumplir una función propia, institucional, de servicio de los intereses generales con objetividad”, cuya función es ajena a los intereses partidistas y por el contrario se mueve dentro de parámetros objetivos, impersonales, de legalidad y de eficacia⁸⁷.

84 Corte Constitucional. Sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003, M. P.: ALFREDO BELTRÁN SIERRA.

85 JORGE LUIS VILLADA. *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

86 ARTURO ROCCO. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, Montevideo y Buenos Aires, IB de f., 2001, p. 626.

Se ha discutido mucho sobre cuál es la clave para determinar lo que le da sentido al concepto de Administración Pública, afirmándose casi con unanimidad que ello se lo suministra el criterio del "interés general", presentándose enormes dificultades por precisar en qué consiste éste. Tal vez sea de recibo, causando la menor resistencia, aquella posición que asegura que el sentido de "interés general" debe ser encontrado en la Carta Política; empero, por su carácter de concepto jurídico indeterminado, se ha convenido que su violación "es causa de ilegalidad y se materializa en la figura tradicional de la desviación de poder" —precisión por vía negativa y "opera como una condición inexcusable" de la acción administrativa, puesto que ésta "no es legal más que cuando satisface un interés público" —precisión por vía positiva—⁸⁸.

Muy a pesar de ello, también se ha propuesto sin más que "el interés general podría servir de criterio de definición del derecho administrativo", con lo cual Administración Pública se identificaría con lo que porta un interés general; o, al menos, si no define lo que es derecho administrativo, sí "vale para determinar el carácter administrativo de las actividades que realizan" los intereses generales, de donde surge una evidente relación entre intereses generales y Administración Pública. Es claro, la Administración Pública sirve a los intereses generales y no al Gobierno, por tanto rige como principio la llamada "neutralidad política" o "eficacia indiferente", con lo que se denota que la Administración realiza su labor independientemente que con ella se favorezca o perjudique a la política del Gobierno⁸⁹.

Así entonces, la actividad del Gobierno se caracteriza en tanto "órgano de dirección política"; por el contrario, la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales, su carácter es servicial y objetivo, por tanto el aparato administrativo se caracteriza dinámicamente "por lo neutral, y lo técnico, por lo objetivo"⁹⁰.

Como puede verse, tal concepción es ajena a la formal de la división de los poderes públicos, no coincidiendo con ellos en tanto se impone una idea funcional, con lo que la Administración Pública adquiere "personalidad jurídica", esto es, se produce un desdoblamiento funcional que impone que en el derecho interno exista una única personificación de la Administración Pública. Es decir, puede que órganos que son concebidos como de Gobierno "vengan sujetos, en otras vertientes de su dinámica funcional, al derecho administrativo"⁹¹.

87 SÁNCHEZ MORÓN. *Derecho*, cit., p. 57.

88 NIETO. "La Administración", cit., pp. 2214 y 2219.

89 *Ibid.*, pp. 2222, 2223, 2228 y 2229.

90 BARCELONA LLOP. "Principio", cit., pp. 2364, 2365 y 2372.

91 *Ibid.*, pp. 2378 y 2379.

Se logra así el paso de la concepción de la Administración Pública como Estado-persona—división de poderes— a la de Administración-función y, finalmente, a la de Administración-persona; esto es, un concepto donde se individualizan “a través de la determinación de las singulares características que a cada una acompañan, las tres diferentes actividades de legislar, juzgar y administrar desenvueltas por los correspondientes y separados poderes”⁹².

Parece ser la orientación de la jurisprudencia penal al señalar que con los delitos contra la Administración Pública se reprimen “las acciones que atentan contra el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, concebido en las tres ramas del poder”⁹³.

C. DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CONCEPTO TRANSVERSAL A LOS PODERES PÚBLICOS, AL SINCRETISMO DE LA “FUNCIÓN PÚBLICA”. SU EVOLUCIÓN EN COLOMBIA

El bien jurídico Administración Pública no es fácil de precisar; puede, en principio, pensarse que tiene como nota esencial la evanescencia y la abstracción, lo cual preocupa a MUÑOZ CONDE, quien de todos modos rechaza la teoría de un “vago quebrantamiento del deber” o la “confianza de la sociedad en su correcto funcionamiento” como los que facilitan la aprehensión de todos los delitos bajo su rúbrica, para indicar que, si bien no se puede hablar de un bien jurídico común, “hay que identificar en cada caso el aspecto de la administración que en cada uno de ellos se cuestiona”⁹⁴.

No obstante, el concepto de “Administración Pública” aparece de manera transversal a todos los poderes públicos, habida cuenta que no sólo el Ejecutivo realiza tareas puramente administrativas, sino que también lo hace el Legislativo y el Judicial.

Ahora, si bien la tarea judicial ha sido entendida como inherente a la “Administración Pública” (por ejemplo, en el delito de prevaricato), no es menos cierto que también la tarea legislativa aparece comprometida en los tipos penales contra la Administración Pública.

⁹² DE TOLEDO. *La prevaricación*, cit., p. 196.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de enero de 1996, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia* año 1996, 1.ª sem., Señal Editora, p. 18.

⁹⁴ FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 829. Así, en nuestro medio, ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD. *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1949, pp. 71 y ss.

Si se analizan los diferentes tipos penales enlistados en la rúbrica “delitos contra la Administración Pública”, pronto se verá que impera la búsqueda de una concepción moderna de la temática, puesto que los conceptos tradicionales no son aptos para aprehender las diferentes formas delictivas que materialmente afectan al bien jurídico penalmente tutelado.

Es así como ya TAGLIARINI diferenciaba desde una perspectiva jurídica los conceptos de Administración Pública y función pública, reconociendo en éste un más amplio espectro⁹⁵.

DE TOLEDO reconocía las bondades del concepto función pública, entendida “como el conjunto de las funciones, no dimanantes de los poderes, sino del Estado, desempeñadas por éste en la persecución de sus fines”, por lo que la Administración es una “organización puesta al servicio de la sociedad”, de cuyo regular y correcto funcionamiento depende “el cumplimiento de la tarea común” del Estado⁹⁶, esto es, el logro de la materialización del interés general. Por tanto, resumidamente, puede afirmarse que el bien jurídico tutelado es el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁹⁷.

I. LA INFRACCIÓN AL DEBER DE OBEDIENCIA Y FIDELIDAD COMO ELEMENTO ESENCIAL Y FUNDANTE DEL OBJETO PROTEGIDO

En un extremo, plantea una visión radical la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia al afirmar:

a. En sentencia del 6 de septiembre de 1946, que “hay delito de prevaricato cuando se falta a sabiendas y deliberadamente a los deberes que impone el normal desarrollo de un cargo público y se viola el juramento prestado de cumplir con los dictados de la ley”.

b. Así mismo, en 1955 señaló que el mencionado delito consiste en una infracción donde “se falta al cumplimiento de un deber legal y a las obligaciones propias de los funcionarios públicos”⁹⁸.

c. Respecto del prevaricato exigió, el 7 de diciembre de 1978, que además del “simple quebrantamiento de los deberes oficiales” y la “violación del juramento de fidelidad a la Constitución y a las leyes prestado al tomar posesión”,

95 Citado por DE TOLEDO. Ob. cit., p. 183.

96 Ibid., pp. 193, 225 y 236.

97 MIR PUIG. Ob. cit., p. 19.

98 Citada por DOMINGO SARASTY MONTENEGRO. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Rama Penal*, t. III, Bogotá, Edit. Horizontes, 1969, p. 671.

ello debe producirse en el ámbito de una actuación donde se profiere una resolución, dictamen, auto o sentencia⁹⁹.

d. Incluso ya expedido el Código Penal de 1980, todavía afirmaba que el “prevaricato en su forma comisiva consiste esencialmente en la lesión de los deberes jurídicos que los funcionarios y empleados públicos tienen hacia el Estado llevada a cabo al proferir dictamen, auto, sentencia o resolución contrarios a la ley”¹⁰⁰.

ARENAS prácticamente hace descansar el objeto de protección en “el deber de fidelidad de los funcionarios con la Administración Pública y el respeto que a ella y a quienes la representan deben los particulares”¹⁰¹. Se confirma lo anterior cuando frente al caso concreto del peculado reitera que por el mismo no se protege el patrimonio del Estado, sino “el deber de fidelidad de los empleados oficiales encargados de administrar o custodiar bienes”¹⁰²; lo cual comparte GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, al coincidir que lo protegido por tal delito es la “probidad y fidelidad del funcionario para con la Administración”¹⁰³.

Tal visión de la esencia de lo injusto en los delitos contra la Administración Pública, esto es, “la violación del deber propio del cargo”, es una idea afín a una concepción autoritaria del Estado¹⁰⁴.

Una tal posición hoy no resulta admisible, habida cuenta que desde la expedición del Código Penal de 1980 quedó muy claramente establecido por una norma con naturaleza de rectora que para la configuración de la antijuridicidad material se requiere la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado (art. 4.º), lo cual fue confirmado, muy prontamente se expidió dicho estatuto, por virtud de exigencias generales de la jurisprudencia penal al rechazar el delito imposible¹⁰⁵. Así también ocurre con el artículo 11 del C. P. de 2000, el cual, por demás, ha reforzado el contenido del principio de antijuricidad material.

99 *Gaceta Judicial*, CLVIII, 1978, tercera parte, Sala de Casación Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1984, pp. 523 y ss.

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de marzo de 1980, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, pp. 348 y 349, reiterada por decisión del 19 de abril de 1998, M. P.: LIZANDRO MARTÍNEZ ZÚNIGA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1988, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia. Ob. cit., p. 378.

101 ANTONIO VICENTE ARENAS. *Comentarios al Código Penal colombiano, Parte especial*, t. I, Bogotá, Edit. ABC, 1969, p. 87.

102 ANTONIO VICENTE ARENAS. *Comentarios al nuevo Código Penal colombiano, Parte especial*, t. II, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1981, p. 47.

103 LUIS GUTIÉRREZ JIMÉNEZ. *Derecho penal especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, p. 75.

104 JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC. *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 18. Tal idea resulta prevalente en Alemania: ibíd., p. 21. Así también en RAMOS TAPIAS. *El delito de prevaricación*, cit., pp. 95 y ss.

105 *Gaceta Judicial*, CLXIII, 1980, Sala de Casación Penal, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, p. 437.

Así mismo, toda vez que, como se vio, la infracción al deber de obediencia o fidelidad y a la dignidad, el decoro y el prestigio¹⁰⁶ como componentes exclusivos del injusto de los delitos contra la Administración Pública resulta contraria a la idea de Estado social y democrático de Derecho, en tanto la *relación especial de sujeción* está subordinada a la teoría del bien jurídico. Igualmente, resulta excesivo trasladar deberes de tal magnitud a los particulares, cuando los mismos están sólo sujetos al cumplimiento de la Constitución y la ley sin más ni más, en tratándose de imputaciones que se efectúen a particulares por intervenir en la comisión de este tipo de delitos.

Empero, también el factor “infracción al deber de obediencia” a la Administración Pública por sí solo no explica todos los delitos sistematizados bajo tal rúbrica puesto que, como se sabe, allí se enlistan varios que no tienen como sujeto activo al “servidor público”, sino a particulares, quienes no se encuentran bajo la llamada *relación especial de sujeción*.

Finalmente una idea del objeto de protección fundado en un puro “deber de obediencia” resultaría compatible con una versión autoritaria del poder, lo cual rechaza la Carta Política de 1991, pues para ésta lo importante es el ciudadano y una función pública ejercida correctamente al servicio de la comunidad, no lo meramente interno de la Administración, como bien lo dicen CALLE y SOTOMAYOR¹⁰⁷.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que también, respecto del delito de prevaricato por omisión, en el cual gran parte de la doctrina viene aseverando que se funda en la pura infracción a un deber, “es necesario que se vulnere el bien jurídico de la Administración Pública”, sin que sea suficiente la formal omisión en que incurre el funcionario¹⁰⁸.

Con tal decisión, y a partir de la vigencia del Código Penal de 1980, puede afirmarse, sin hesitación alguna, que las doctrinas formales sobre el objeto de protección en los delitos contra la Administración Pública han quedado superadas.

106 Los tres últimos resultan prevalentes en Italia, GONZÁLEZ CUSSAC. Ob. cit., p. 21.

107 CALLE y SOTOMAYOR. “El delito”, cit., p. 360.

108 *Gaceta Judicial*, CLXVII, 1981, Sala de Casación Penal, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, Bogotá, Imprenta Nacional, 1986, p. 526 y ss. Respecto del prevaricato por acción así también la sentencia del 9 agosto de 1983, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, y el auto del 1.º de septiembre del mismo año, M. P.: SERVIO TULIO RUIZ, en *Jurisprudencia penal de 1983*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 253.

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO OBJETO DE PROTECCIÓN, CONSERVÁNDOSE TAMBIÉN LA DE OTROS INTERESES

MANZINI enseña que el objeto de tutela genérico de los delitos contra la Administración Pública es “el interés público concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la Administración Pública en sentido lato, en lo que atañe a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales, así como al respeto debido a la voluntad del Estado en orden a determinados actos o relaciones de esa misma Administración”¹⁰⁹.

Un sector doctrinal encabezado por CALIXTO MONTENEGRO y ORTIZ RODRÍGUEZ sigue dicha metodología, y estima como bien jurídico protegido la Administración Pública en el sentido esbozado por MANZINI. El primero sin establecer precedencia, importancia y carácter fundante también afirma que se protege “la buena fama” y el “prestigio” de la Administración Pública¹¹⁰. El segundo procede en forma parecida señalando que “se protege la Administración Pública protegiendo los siguientes bienes o intereses que le son esenciales: a. La indispensable fidelidad y exactitud del funcionario o empleado público; b. La integridad y honradez de los servidores públicos; c. La continuidad en la prestación de los servicios públicos; d. La independencia e imparcialidad de tales servidores en el ejercicio de sus funciones; e. La legalidad y la justicia de todos los actos realizados por los funcionarios o empleados públicos, y f. La legalidad de la investidura (competencia) de quien ejerce funciones públicas”¹¹¹.

En esta vía se mueve RENDÓN GAVIRIA, quien a pesar de exponer un concepto de Administración Pública muy moderno, prácticamente definiendo materialmente el concepto de función pública, al afirmar que consiste en un “concepto funcional del poder público del Estado, comprensivo de las diversas actividades oficiales cuyo cumplimiento está encomendado a las ramas u órganos del poder a través de todos los funcionarios o entidades que integran el orden administrativo”, involucra también la protección del “decoro y prestigio de la Administración”¹¹².

De manera similar se ha pronunciado la jurisprudencia penal al señalar que los delitos contra la Administración Pública tienen como finalidad:

109 VINCENZO MANZINI. *Tratado de derecho penal, Parte especial*, t. 8, Buenos Aires, Ediar, 1961, p. 3.

110 CALIXTO MONTENEGRO. *Curso de derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1978, pp. 25 y 31.

111 ORTIZ RODRÍGUEZ. *Curso*, cit., pp. 81, 82 y 83.

112 GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA. *Derecho penal colombiano, Parte especial*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1973, pp. 51 y 52.

... velar no solamente por la probidad y el desinterés con que tienen que ser manejados los asuntos a ella relativos, la capacidad y competencia de los funcionarios, la fidelidad con que deben obrar frente al Estado en el ejercicio de sus funciones, sino también el decoro de sus actuaciones y el respeto que deben merecerles los derechos de los particulares en forma de no afectar ni su vida, ni su honra, ni sus bienes, intereses jurídicos por los que están llamados a velar según mandato expreso y perentorio de la Carta Política [...] lesionan la moderación a que están obligados los servidores del Estado en el ejercicio de sus funciones frente a los particulares [...] una doble garantía: de los intereses del Estado, por una parte; de los derechos de los particulares, por otra¹¹³.

Como no establecen diferencias y prelación, ni mucho menos señalan cuál de los valores predomina, todos los mencionados pueden servir de elementos esenciales y definitorios, esto es, como fundantes alternativamente, con el peligro de caer de nuevo en reproches meramente formales como los que cuestionan la infidelidad del servidor público o de los que creen que lo que se afecta es la buena imagen de la Administración Pública.

Pero además, como bien lo dice REYES CUARTAS, erigir en objeto jurídico protegido la "buena imagen" de la Administración Pública sería tanto como caer en subjetivismos incompatibles con la noción moderna de bien jurídico, pues ello sólo sería posible reviviendo el concepto de *dignitas* propio del Estado romano¹¹⁴.

Posteriormente la Corte Suprema de Justicia enfatizó que al atentado a la Administración Pública como fin al que precede la protección de otros intereses, pues en materia de peculado afirma que entre agente y bien debe existir "una relación de dependencia funcional" para que pueda hablarse de violación al deber funcional y del conculcamiento del compromiso de fidelidad que liga al agente con la entidad a la que presta sus servicios y con los dineros que constituyen patrimonio suyo, "*todo con desmedro del normal funcionamiento de la Administración Pública*, entendida en todos sus estamentos"¹¹⁵ (cursiva fuera de texto).

Se requiere, pues, un concepto de bien jurídico "superior", donde su elemento principal y necesario sea el concepto de Administración Pública, el cual

113 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, pp. 7 y 8.

114 JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. *Dos estudios de derecho sancionador estatal*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2003, pp. 153, 154 y 155.

115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 24 de junio de 1982, M. P.: DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia penal de 1982*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 287. Es reiterada, prescindiendo del elemento de fidelidad, por decisión del 30 de mayo de 1991, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia año 1991*, 1.ª sem., Señal Editora, p. 446.

puede ir acompañado de otros intereses que resultan importantes para la vida pública, cumpliendo el papel de elementos cofundantes, aun cuando resulta claro que los mismos hacen parte de la esencia del concepto de la función pública moderna.

Más avanzada es la doctrina de CALLE Y SOTOMAYOR, en la que se expone un concepto moderno de Administración Pública; empero, tal idea, que debe representar la de un “bien jurídico genérico”, debe ser complementada con la de un “bien jurídico particular o específico”, delimitado por cada una de las figuras delictivas bajo tal rúbrica¹¹⁶.

La jurisprudencia penal ha avanzado hacia tal concepto, toda vez que, por decisión posterior a la antes citada, señaló que en los delitos contra la Administración Pública se procura tutelar o amparar un interés de “naturaleza pública vinculado al prestigio, al normal funcionamiento de la Administración, y fundamentalmente a la imparcialidad del ejercicio de la función pública que respete el principio de la igualdad de todos los ciudadanos. Es decir que *la ley busca esencialmente que los funcionarios públicos aseguren el normal funcionamiento y desarrollo de la Administración Pública*”¹¹⁷ (cursiva fuera de texto).

3. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO ESENCIAL Y FUNDANTE DEL BIEN JURÍDICO, SIN PERJUICIO DE LA PROTECCIÓN DE OTROS INTERESES SUBORDINADOS E INTEGRADOS AL CONCEPTO “SUPERIOR”. LA NOCIÓN DE “FUNCIÓN PÚBLICA”

La doctrina extranjera es rica en notas para caracterizar al concepto moderno de Administración Pública.

En primer lugar, se afirma por RANIERI que el interés jurídico protegido es el “interés del Estado por la organización y el funcionamiento normal de sus órganos públicos en sus diferentes actividades”¹¹⁸, lo cual resalta la nota esencial de la función pública: es indiferente al concepto orgánico y prevalece el funcional como actividad en interés público. Así también MANZINI, quien afirma que la “tutela penal se extiende también a la *función legislativa* y a la *jurisdicción*”¹¹⁹.

MAGGIORE acepta así mismo que no es posible admitir una posición orgánica sino funcional de la actividad pública, entendiendo entonces que es “función

116 CALLE y SOTOMAYOR. “El delito”, cit., pp. 360 a 363.

117 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto 23 de octubre de 1979, M. P.: JESÚS BERNAL PINZÓN, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., pp. 10 y 11.

118 SILVIO RANIERI. *Manual de derecho penal, Parte especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1975, p. 234.

119 MANZINI. *Tratado*, cit., p. 3.

pública toda actividad que realice fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la Administración Pública"¹²⁰, lo cual abre caminos para la admisión de la categoría jurídica de particulares que ejercen funciones públicas.

Modernamente CARLOS MIR PUIG ha dicho que los delitos contra la Administración Pública protegen "el ejercicio correcto de la función pública dentro de la legalidad, y no un mero quebrantamiento del deber del cargo"¹²¹. Así también GONZÁLEZ CUSSAC¹²².

La doctrina nacional, especialmente BERNAL PINZÓN¹²³ y ESCOBAR LÓPEZ¹²⁴, concuerda en precisar que el concepto de función pública comprende toda la actividad funcional del Estado ejercida por varios órganos, "en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad".

LUIS CARLOS PÉREZ coincide ampliamente, al seguir a RANIERI, con un concepto extensivo de Administración Pública, afirmando que para su ejercicio se cuenta con poderes imperativos, reglamentarios, ejecutivos, sancionadores y jurisdiccionales¹²⁵.

Muy cercanas a los anteriores aparecen las doctrinas de PACHECO OSORIO¹²⁶ y FERREIRA DELGADO¹²⁷.

FRANCO sigue de cerca a BERNAL PINZÓN y expresa de manera categórica que los delitos contra la Administración Pública "no afectan necesariamente el deber de probidad del empleado o su lealtad con el Estado"¹²⁸, lo cual plantea una idea de injusto exclusivamente soportado en el *desvalor de resultado*.

MOLINA ARRUBLA integra las doctrinas de PÉREZ, BERNAL PINZÓN y GÓMEZ MÉNDEZ, llegando a la conclusión que en el concepto de Administración Pública se agrupan las actividades oficiales de las diferentes ramas del poder público y de los órganos de control independiente¹²⁹. Posteriormente precisa, opinamos que desde el punto de vista material, que lo anterior va referido a "las funciones o finalidades oficiales del Estado"¹³⁰.

¹²⁰ GIUSEPPE MAGGIORE. *Derecho penal, Parte especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1985, p. 137.

¹²¹ MIR PUIG. Ob. cit., p. 226.

¹²² GONZÁLEZ CUSSAC. *Delito*, cit., pp. 20 Y 35.

¹²³ JESÚS BERNAL PINZÓN. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pp. 1 y 3.

¹²⁴ ÉDGAR ESCOBAR LÓPEZ. *Función administrativa y delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Leyer, 2001, p. 13.

¹²⁵ LUIS CARLOS PÉREZ. *Derecho penal, Parte general y especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1984, pp. 191 y 192.

¹²⁶ PEDRO PACHECO OSORIO. *Derecho penal, Parte especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959, p. 131 y ss.

¹²⁷ FRANCISCO FERREIRA DELGADO. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, pp. 2 y 3.

¹²⁸ URIEL FRANCO. *El peculado*, Bogotá, Edit. Temis, 1987, p. 5.

¹²⁹ CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. *Delitos contra la Administración Pública*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, pp. 5 y ss.

¹³⁰ CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Leyer, 1998, p. 12.

VILLADA define la "función pública" como todo aquello que se "atiende o afecta" en razón del interés público¹³¹.

Tal vez la definición más acabada y mayormente virtuosa, en tanto tiene claro soporte constitucional, es la ofrecida por QUINTERO OLIVARES y MORALES PRATS, quienes desechan un concepto de objeto de protección fundado en el "cumplimiento de deberes propios del cargo" o en el "prestigio o dignidad" de la Administración, para centrarlo en el bien jurídico "correcto desempeño de la función pública, comprensiva de la actividad administrativa, judicial y legislativa", en tanto "instrumento al servicio de los ciudadanos, como actividad prestacional dirigida a la satisfacción de intereses generales", "sometimiento pleno a la ley y al Derecho y objetividad en el cumplimiento de sus fines"¹³².

La Convención Interamericana contra la Corrupción, incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio de la Ley 412 de 1997, entiende por función pública "toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por la persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos".

Nuestra Carta Política en su artículo 113 se refiere al término función para dar cuenta de las actividades de los diferentes órganos-poderes del Estado y de sus órganos de control. Posteriormente diferencia, en su artículo 115, las funciones de gobierno y administrativas. Empero, parece que la idea de función pública tiene mayor incidencia e importancia institucional desde el punto de vista material que la de función administrativa, pues nótese cómo dedica el capítulo 2.º, que pertenece al título V "De la organización del Estado" y a renglón seguido del capítulo I de éste, llamado "De la estructura del Estado", a la función pública.

La noción de función pública viene caracterizada por el principio de legalidad y el finalista que indica como elemento esencial que las actuaciones de los servidores públicos deben estar presididas por el servicio al Estado y a la comunidad (arts. 122 y 123 C. N.) La función pública como concepto de amplio espectro es reiterada por el numeral 23 del artículo 150 de la Constitución, pues otorga al Congreso la expedición de las leyes que "regirán el ejercicio de la funciones públicas".

Pareciera que posteriormente el artículo 209 desvirtuara lo afirmado, puesto que en el mismo se identifican los conceptos de función administrativa y Administración Pública como garantes del "interés general". No obstante, la Corte Constitucional ha señalado que los principios consagrados en el artículo 209

¹³¹ VILLADA. *Delitos*, cit., p. 25.

¹³² GONZALO QUINTERO OLIVARES y FERMÍN MORALES PRATS. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1999, pp. 1161, 1162 y 1163.

de la C. N. "gobiernan el ejercicio de la función pública"¹³³. Incluso, expresamente, da cuenta de su aplicación a la administración de justicia¹³⁴.

No puede perderse de vista el contenido del artículo 2.º de la C. N. donde se detallan las funciones y fines del Estado en armonía con el artículo 1.º, poniéndose énfasis en su carácter *prestacional*.

De manera tal que todo lo dicho, incluso el interés general, la función promocional, la actividad de los servidores públicos orientada finalísticamente al servicio del Estado y de la comunidad, la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, son derroteros que guían el ejercicio de la función pública en general y por tanto allí tienen aplicación.

El antecedente más importante para la concepción que estudiamos se remonta al año de 1955, cuando la Corte Suprema de Justicia estableció que el delito de prevaricato "lesiona la honestidad y ordenada actividad funcional y los intereses de la justicia", pero también "otro de *superior* jerarquía atinente al correcto funcionamiento de la Administración Pública"¹³⁵. Más recientemente se ha dicho que los delitos contra la Administración Pública protegen un interés de orden funcional, no los órganos administrativos o la relación de poder, como es "la correcta función administrativa pública, como condición necesaria para que el Estado pueda enfrentar jurídicamente los conflictos sociales"¹³⁶.

Como se puede observar, son múltiples los objetos de protección, pero la jurisprudencia sin hesitación alguna señala una escala de valores y de preferencia, en cuyo pedestal se encuentra el "correcto funcionamiento de la Administración Pública". Además, se nota que la expresión "Administración Pública" va adquiriendo unos alcances más generales como "actividad funcional", para terminar en el concepto de función pública.

La jurisprudencia penal más reciente ha dicho:

a. Ese bien jurídico, y el *derecho ciudadano* a que la Administración Pública sea sana, como es obvio, emana de la Constitución Política. Por eso la Carta prevé que la República

133 Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999. Así también parece hacerlo la sentencia C-037 de 2003, puesto que, para efectos del artículo 209 de la C. N., señala que el género es la "función pública" y la especie la "función administrativa".

134 Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002.

135 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión de 1955, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia, Rama penal*, t. 3, DOMINGO SARASTY MONTENEGRO (comp.), 1969, p. 671.

136 Así, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisiones del 28 de agosto y 16 de septiembre de 1997, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia año 1997*, 2.º sem., Señal Editora, pp. 155, 156 y 390.

se funda, entre otras cosas, en la prevalencia del *interés general* (art. 1.º); que una de las finalidades esenciales del Estado es la de servir a la *comunidad*, y otra la de mantener la vigencia de un *orden justo* (art. 2.º); que entre varias tareas, las autoridades tengan que asegurar el cumplimiento de los *deberes sociales* del Estado (art. 2.2); que los servidores públicos no infrinjan la Constitución, la ley, ni omitan sus funciones ni se extralimiten en el ejercicio de ellas (art. 6.º); que en las actuaciones judiciales se imponga el debido proceso (art. 29); que toda persona y todo ciudadano colabore para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95.7); que todo servidor público, al tomar posesión, jure cumplir y defender la Constitución, así como desempeñar los deberes que le incumben (art. 122.2); que los servidores públicos estén al servicio del Estado y de la *comunidad* (art. 123.2); que la función administrativa esté al servicio de los *intereses generales*, las autoridades administrativas deban coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado, y la Administración Pública, en todos sus órdenes, tenga control interno (art. 209); que las providencias judiciales se hallen sometidas al imperio de la ley, junto a la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la doctrina y la equidad (art. 230); que al Procurador General de la Nación y a sus delegados les competa vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos (art. 277.1), así como defender los *intereses de la sociedad* (art. 277.3), e intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del *orden jurídico*, del *patrimonio público*, o de los derechos y garantías fundamentales (art. 277.7); y, por último, que los servicios públicos sean inherentes a la *finalidad social* del Estado y por ello a éste le corresponda asegurar su prestación eficiente a todos los *habitantes* del territorio nacional (art. 365).

Como se ve con claridad, el derecho a una recta y proba Administración Pública, no es exclusivamente de una u otra persona individualizada, ni del Estado como gran ente abstracto; corresponde más a la sociedad, a la comunidad, al interés general.

b. Este criterio, que implica relacionar el funcionamiento de la Administración Pública con los derechos, intereses y esperanzas sociales o comunitarias, es el que, con razón, ha seguido la Corte. Así, por ejemplo, en sentencia del 18 de mayo de 1999, la Sala Penal dijo:

“En los delitos contra la Administración Pública, ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido *algo funcional y dinámico*, pues de lo contrario se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. El *ius puniendi*, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la Administración Pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos” (segunda instancia, rad. 13.827, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU).

c. La Administración Pública es una organización, una estructura, un andamiaje en movimiento permanente, que cumple sus funciones con base en un orden previamente-

te establecido, disposición que es la observada, percibida y esperada por la comunidad. Cuando esa organización o estructura se resquebraja, se modifica o altera y, por tanto, se torna en disfuncional, las consecuencias las padece el ciudadano, como miembro de un grupo social que, a su vez, es elemento esencial del ente conocido como Estado. En este sentido, aunque respecto del delito de peculado, pero con la misma base, se ha pronunciado la Corte, por ejemplo en sentencia de única instancia del 31 de enero del 2001 (rad. 6593, M. P.: MARIO MANTILLA NOUGUÉS), decisión que recuerda e incorpora en su texto pensamientos similares de la Sala perceptibles en pronunciamientos del 30 de septiembre de 1975 (M. P.: FEDERICO ESTRADA VÉLEZ) y del 7 de junio de 1983 (M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA).

d. En general, como importante punto de partida, se puede admitir que el bien jurídico tutelado que se estudia es ofendido cuando se atenta contra la buena marcha de la Administración Pública (ANTONIO PAGLIARIO), es decir, cuando su organización, estructura o funcionalidad son distorsionadas o víctimas de otros rumbos.

Desde luego que dada la amplitud del concepto Administración Pública, íntimamente vinculada con los intereses y derechos ciudadanos, se hace menester especificar, según la conducta concretamente desplegada¹³⁷.

Es la noción de Administración Pública que venimos defendiendo desde hace mucho tiempo, y sea esta la oportunidad para reiterarla, haciendo las precisiones que a continuación veremos.

IV. LA "AFECTACIÓN" AL BIEN JURÍDICO COMO LA "DEFORMACIÓN DEL CORRECTO FUNCIONAMIENTO" DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Debe convenirse, pues, que funcionalmente cuando se habla de Administración Pública se está haciendo referencia al concepto más general de "función pública".

Por tanto, por función pública, según la Corte Constitucional, debe entenderse el mecanismo a través del cual se manifiestan las potestades públicas en el ejercicio de la autoridad inherente al Estado, atribuidas por la ley a los servidores públicos o a los particulares, dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo de la organización política. En fin, pues, con el concepto función pública se pretende abarcar, en sentido amplio, todo lo que "atañe al Estado"¹³⁸.

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, rad. 17.871.

¹³⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS. La jurisprudencia diferenció el concepto de "función pública" del de "servicio público", reconociendo diferentes "con-

Muy cerca de la jurisprudencia constitucional se encuentra MANZINI, quien afirma que función pública es “únicamente aquella que el Estado ha reservado exclusivamente a los propios órganos esenciales o auxiliares, o que no puede ser ejercida por los particulares sin especial concesión o autorización, excepción hecha a los casos de necesidad”¹³⁹, aun cuando no deja de tener un sabor formal.

La función pública, como relación jurídica que es, demanda unos sujetos y unos instrumentos jurídicos y reales para el logro de los cometidos de la defensa del interés general y el cumplimiento de los fines del Estado. De allí que, como lo enseña la jurisprudencia, “la ofensa al bien jurídico llega por medios y modos diferentes”¹⁴⁰.

La afectación que produce el comportamiento punible puede recaer sobre uno cualquiera de los anteriores de manera autónoma o combinada. Esto es, resulta necesario y suficiente que se afecte a uno cualquiera de los factores o institutos funcional, personal, jurídico y real, pero también con ello basta según la descripción de los tipos penales.

De allí que la rectora de la jurisprudencia penal haya dicho: “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”¹⁴¹.

Se hace énfasis en la expresión deformación en tanto equivalente a desamoldar, esto es, sacar de los moldes jurídicos a la Administración Pública como definición de lo injusto penal, en la medida en que la misma resulta reglada en un Estado de Derecho.

El planteamiento que a continuación se presenta no coincide exactamente con la distribución de los delitos en capítulos dentro del título Administración Pública, puesto que tal método, si bien es importante desde el punto de vista organizativo, materialmente se presenta como deficiente para identificar cuál es el aspecto en concreto que se ha afectado del bien jurídico, en orden a cumplir no sólo con el principio de la antijuridicidad material sino también con sus subprincipios de funcionalidad externa—que la afectación efectivamente apunte al objeto tutelado (art. 11 C. P. de 2000, en la expresión “el bien jurídicamente

tenidos y ámbitos normativos”, ocupándose los últimos “esencialmente en prestaciones a los particulares”. Alguna doctrina equipara Administración Pública con la prestación y control de servicios públicos: WILLIAM MORENO BRAND. *Derecho penal especial*, Cali, Wilches Editores, 1987, p. 69.

¹³⁹ MANZINI. *Tratado*, cit., p. 9.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 16 de septiembre de 1997, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1997, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 390.

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 18 de abril de 2002, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 551.

tutelado por la ley penal”)– y funcionalidad interna –que la afectación sea de aquellas que como tal típicamente ha sido consagrada en el respectivo tipo legal (2.ª parte inc. 1.º art. 9.º, “imputación jurídica del resultado”¹⁴²)– en orden a identificar tanto lo antijurídico formalmente como lo materialmente¹⁴³.

Así mismo, debe quedar muy claro que cuando señalamos que la antijuridicidad material en un concreto delito está dada por determinada y específica deformación del bien jurídico institucional “correcto funcionamiento de la Administración Pública”, no significa ello que se excluya la posibilidad de otro tipo de deformación de las que se enunciarán. Sólo que allí se afirma que en ella radica la principal afectación.

A. DEFORMACIÓN DEL INSTITUTO FUNCIONAL

Ya se tiene claro que el factor “función pública” es el que caracteriza el objeto de la afectación que producen los delitos contra la Administración Pública cuan-

¹⁴² Dos jurisprudencias son palmariamente claras en exigir este requisito: a. “La misma definición de los tipos legales, como conductas prohibidas, delimita el ámbito de protección 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”: *ibid.*, p. 552; b. Se precisa “valorar el comportamiento, asimismo, con referencia a la afectación del bien jurídico objeto de protección, pues lo contrario equivaldría a afirmar la imputación por la mera relación causal, desconociendo el imperativo legal que exige su imputación jurídica, esto es, valorativo-normativa; la cual no puede hacerse sino en relación a la conducta prohibida, que a su turno ha de estar fundamentada en la protección de bienes jurídicos, es decir que la acción debe exteriorizarse como lesiva para un bien jurídico y concretarse en el resultado típico, caso en el cual éste sería jurídicamente imputable. En los términos del artículo 9.º del C. P. la causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado, necesariamente típico; establecida la causación material del resultado, por mandato legal resulta imperativo entender dentro del esquema adoptado por la Corte en aquella oportunidad, que la imputación no podrá ser simplemente causal sino que ésta debe ser jurídica, es decir que se requiere tener como fuente para establecerla el tipo penal, o más exactamente la prohibición típica, a la cual igualmente se impone fijarle su sentido, o como la enseña una última doctrina, el ‘alcance típico’, es decir hasta qué clase de conductas prohíbe ese tipo penal, juicio éste que no podrá ser abstracto sino teniendo en cuenta su objeto de protección, que no puede ser otro que el bien jurídico que con la misma se pretende tutelar, y bajo un tal sustento sí determinar si la acción objeto de análisis corresponde a la prohibida, esto es, si con ella se ha puesto en peligro o vulnerado el bien jurídico protegido penalmente, lo cual exige recurrir a aquellos criterios valorativo-normativos que jurídico-socialmente confronten la conducta en cuestión dentro del alcance típico del supuesto de hecho”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 19 de noviembre de 2002, M. P.: FERNANDO ARBÓLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal*, 2.º sem. de 2002, Editora Jurídica de Colombia, pp. 559 y 560.

¹⁴³ Es así como ha dicho la jurisprudencia que “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)”: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 18 de abril de 2002, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 1.ª sem., Señal Editora, p. 551.

do se trata del correcto funcionamiento del aparato administrativo en cuanto al contenido y sentido materiales de la función.

Sin embargo, es de precisar que hoy por hoy la cobertura del concepto es mucho mayor, toda vez que se puede perturbar el correcto funcionamiento del aparato administrativo en cuanto a la función propiamente dicha en lo que tiene que ver con la institucionalidad oficial como con la privada, puesto que en "nuestro sistema jurídico ha desaparecido hace mucho tiempo la separación absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades", abriéndose camino una "concepción material de la cosa pública". Por ello es posible que la Constitución admita "formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada"¹⁴⁴.

La función pública puede ser deformada cuando se afecta el principio de legalidad o de interdicción de la arbitrariedad, puesto que la Administración Pública está determinada por la "reserva y preeminencia de la ley"¹⁴⁵ (arts. 1.º, 4.º, 6.º y 123 inc. 2.º, 2.ª parte, C. N.), las competencias para su ejercicio, en cuanto sólo "valdrá como Estado de Derecho aquel cuya actividad total quede comprendida, sin residuo, en una suma de competencias rigurosamente circunscritas"¹⁴⁶ (arts. 121, 122 y 150 num. 23 C. N.), los fines estatales y el interés general (arts. 1.º, 2.º, 123 inc. 2.º, 1.ª parte, y 209 C. N.).

La función pública se afecta en su componente principio de legalidad o interdicción de la arbitrariedad con los tipos penales de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto (art. 416 C. P.) y el de asesoramiento y otras actuaciones ilegales (art. 421 C. P.).

En cuanto a la competencia funcional se afecta con los tipos de usurpación de funciones públicas (art. 425 C. P.) y abuso de función pública (art. 428 C. P.).

Afectan a los fines estatales y al interés general, en cuanto desvían la finalidad pública hacia intereses privados o particulares, los tipos penales de concusión (art. 404 C. P.), cohecho (arts. 405, 406 y 407 C. P.), tráfico de influencias (art. 411 C. P.), prevaricato por omisión (art. 414 C. P.), abuso de autoridad por omisión de denuncia (art. 417 C. P.), intervención en política (art. 422 C. P.), empleo ilegal de la fuerza pública (art. 423 C. P.), omisión de apoyo (art. 424 C. P.), perturbación de actos oficiales (art. 430 C. P.) y soborno transnacional (art. 433 C. P.).

¹⁴⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-286 de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

¹⁴⁵ CARL SCHMITT. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934, p. 152.

¹⁴⁶ Ídem.

Pero también debe precisarse que se produce una deformación del correcto funcionamiento de la Administración Pública como factor funcional –función pública en términos materiales–, indistintamente de quien sea el sujeto activo del delito, cuando se ataca:

a. A la función pública en cabeza del Estado, tanto por un servidor público (delito de concusión) como por un particular (delito de cohecho por dar u ofrecer), en cuanto se trata de “asuntos públicos”. Esto es, puede ser sujeto activo de concusión tanto un congresista como un juez que utilice deformadamente la función, bien atacando el interés general o la legalidad competencial. Como también puede ser sujeto activo de cohecho el particular que ofrezca dinero a un congresista para que apruebe una ley o a un juez para que lo favorezca con una sentencia;

b. A la función pública en cabeza de un particular, tanto por un servidor público (delito de abuso de función pública) como por un particular (delito de usurpación de funciones públicas cuando un particular se arroga la órbita de la función pública que ejerce otro particular), en cuanto se trata de “asuntos públicos”, materialmente hablando.

B. DEFORMACIÓN DEL INSTITUTO PERSONAL

Los moldes jurídicos que le dan forma a quien recibe el nombre de servidor público y que originan diferentes delitos cuya antijuridicidad material está definida por una deformación del instituto personal son de variada índole.

En primer lugar, como se vio, los servidores públicos están al servicio de la legalidad, del Estado y de la comunidad, en fin, de los intereses generales (arts. 1.º, 2.º, 4.º, 6.º, 123 inc. 2.º, 1.ª parte, y 209 C. N.).

Desconoce su investidura libre de toda mácula de parcialidad, interés privado e inmoralidad pública quien sea sujeto activo de los tipos penales de violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades (art. 408 C. P.), interés indebido en la celebración de contratos (art. 409 C. P.) y enriquecimiento ilícito (art. 412 C. P.).

Allí “lo que la norma busca proteger es la inmaculación del bien jurídico Administración Pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función”¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 24 de enero de 2001, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLI, en *Jurisprudencia penal*, 1.ª sem. de 2001, Editora Jurídica de Colombia, pp. 449 y 450.

La investidura y el cargo facilitan los contactos anónimos con los demás funcionarios y la ciudadanía, de lo cual depende el ejercicio verídico y jurídico de la función oficial, la cual se ve deformada con el tipo penal de simulación de investidura o cargo (art. 426 C. P.).

Como lo ha dicho la jurisprudencia, en los delitos contra los funcionarios públicos lo que "se protege no es otra cosa que la autonomía de los servidores de las distintas ramas del poder público, en cuanto a la ejecución de los actos propios de su cometido", puesto que de lo contrario "la percepción pública del favoritismo se mantiene, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la Administración en la definición de los asuntos a su cargo"¹⁴⁸.

La protección a la Administración no sería completa, si no se sancionaran las acciones que atentan contra el agente de la Administración. En estos casos se protege ciertamente a la persona, pero no como tal, sino en cuanto desempeña una función pública.

Así mismo, dado que el moderno Estado tiene a su cargo innumerables funciones, es requisito necesario de eficacia y eficiencia el empleo al máximo de la capacidad operativa del personal de la organización, la cual se ve deformada con el tipo penal de violencia contra servidor público (art. 428 C. P.).

Quien asuma una posición contestataria contra un servidor público por razón de sus funciones tiene instrumentos y canales institucionales para encauzarla, tal como son los recursos en vía gubernativa, revocatoria directa, derecho de petición, acciones contenciosas administrativas, revocatoria del mandato y, finalmente, acciones de tutela y de cumplimiento en el ámbito administrativo; si son judiciales cuenta con los derechos de postulación e impugnación ordinaria y extraordinaria, y acción de tutela. Finalmente puede denunciarlo penal y disciplinariamente.

Al romper los canales institucionales se produce una deformación al instituto personal.

Como se ve, pueden ser sujetos activos tanto los servidores públicos como los particulares.

C. DEFORMACIÓN DEL INSTITUTO JURÍDICO

Para la consecución de sus fines el Estado se vale de algunos instrumentos normativos cuya indebida utilización produce una deformación de los moldes jurídicos a través de los cuales debe verterse la voluntad estatal, en razón de que su instrumentalización está funcionalizada a favor del interés general de

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Sentencia del 5 de octubre de 1959.

conformidad con los criterios que ya con anterioridad se han visto. No son funciones públicas como tal, sino medios para realizarla. Sirven para realizar los cometidos del Estado.

Dentro de un Estado social y democrático de Derecho, participativo y pluralista, fundado en la prevalencia del interés general, fórmula adoptada por el artículo 1.º de la Carta Política y que encuentra reiteración en todo el texto constitucional, cuyos fines esenciales son los de satisfacer las necesidades de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (art. 2.º), los servidores públicos, además de estar al servicio del Estado y la comunidad, deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (num. 2 art. 123)¹⁴⁹.

Esos institutos son los contratos estatales (contrato sin cumplimiento de requisitos legales, art. 410 C. P.), las resoluciones administrativas y judiciales, dictámenes y conceptos (prevaricato por acción, art. 413 C. P.)¹⁵⁰, el documento o noticia sometido a reserva (revelación de secreto, art. 418 C. P.), el descubrimiento científico u otra información sometido a reserva (utilización de asunto sometido a secreto o reserva, art. 419 C. P.), la información oficial que no sea objeto de conocimiento público (utilización indebida de información oficial privilegiada, art. 420 C. P.), la información pública no objeto de conocimiento público (utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública, art. 431 C. P.) y las asociaciones (asociación para la comisión de un delito contra la Administración Pública, art. 434 C. P.).

Los instrumentos jurídicos sufren deformación en la legalidad (prevaricato y contrato sin cumplimiento de requisitos legales¹⁵¹), en la competencia para su utilización (revelación de secreto y utilización de asunto sometido a secreto o reserva) y en la finalidad con la cual son utilizados (utilización indebida de información oficial privilegiada, utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública y asociación para la comisión de un delito contra la Administración Pública).

149 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de septiembre de 2002, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 421.

150 La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia califica a los mencionados como “mecanismos instrumentales para resolver con equidad los conflictos”: auto del 1.º de septiembre de 1983, M. P.: SERVIO TULIO RUIZ.

151 Respecto del delito de celebración indebida de contratos por incumplimiento de registros legales esenciales, así lo ha establecido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencias del 20 de marzo de 2003, única instancia, rad. 18.745, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE, y del 15 de abril de 2004, casación, rad. 18.454 M. P.: ALFREDO GÓMEZ QUINTERO: “lo que se protege es el principio de legalidad de la contratación administrativa”.

Por otro lado las funciones puras de gobierno, que excepcionalmente tiene el Ejecutivo, no originan deformación de la noción de instrumentos jurídicos para efectos de la función pública, en aras de precisar la afectación del bien jurídico Administración Pública, puesto que allí no se comprende la actividad ejecutiva manifestada en actos políticos¹⁵². Tal separación aparece nítida en el artículo 115 de la C. N. y es refrendada por la Corte Constitucional al diferenciar las funciones propiamente administrativas de las funciones de "contenido político o gubernamental"¹⁵³.

Tal forma de ver las cosas no opera como un principio sino como una excepcionalidad fundada en el principio de fragmentariedad, esto es, no todo ataque al bien jurídico puede considerarse punible, toda vez que puede tener una respuesta alternativa en otros sectores o ámbitos de control.

Así ocurre con actos que tienen que ver con las funciones de legislador que tiene el Presidente de la República (decretos extraordinarios, de estado de sitio, de emergencia económica, autónomos constitucionales), así mismo con la declaración y el levantamiento de la conmoción interior, y con otros actos administrativos como el mensaje de urgencia para el trámite de leyes que formula ante el legislativo.

Respecto de la producción de leyes y de decisiones que profiera el Congreso de la República y sus miembros, como autoridad judicial o disciplinaria, no se comete el delito de prevaricato.

El control que el Estado de Derecho ejerce sobre tales actos es de carácter político-jurídico, esto es, por medio del control de constitucionalidad, acciones de tutela y el voto democrático al renovarse la integración del órgano legislativo por medio de las elecciones¹⁵⁴.

D. DEFORMACIÓN DEL INSTITUTO REAL

Es claro que para el normal desarrollo de sus actividades el Estado necesita utilizar bienes de cuyo correcto y adecuado manejo puede depender el éxito de las labores emprendidas. Una protección a la Administración Pública no sería completa si no comprendiera sanciones para quienes hacen un mal uso —entendido el término en forma amplia— de los bienes y recursos asignados.

El Estado de Derecho, y muy especialmente el Estado social, necesitan de ingentes recursos materiales para poder llevar a cabo las funciones de inciden-

¹⁵² Así PACHECO OSORIO. *Derecho penal*, cit., p. 131.

¹⁵³ Corte Constitucional. Sentencia C-020 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-047 del 29 de enero de 1999, y art. 185 C. P.

cia en la vida social y económica que se le han asignado: dinero, bienes materiales e inmateriales, valores, títulos valores, papeles representativos de dinero, etc. Tanto, que la Carta Política dedica todo un título —el XII— al “Régimen económico y de la Hacienda Pública”.

La jurisprudencia penal ha precisado sobre este tópico:

En las conductas constitutivas del delito de peculado [...] se altera de manera grave el funcionamiento del sistema, en tanto afectan el desenvolvimiento normal de las actividades del Estado, bien sea porque éste las asuma de manera directa a través de sus funcionarios, bien porque delegue u autorice que los particulares en casos específicos las realicen [...] Es el componente social del modelo de Estado aquél que explica esa mayor cobertura. Y explica, en el momento de hoy, que el concepto de corrupción tenga como punto de partida la contraposición de intereses y de fines, para evaluar los constitucionalmente declarados y los que se propone el realizador de la conducta objeto de enjuiciamiento¹⁵⁵.

Sufre deformación el instituto real cuando se realizan tipos penales que afectan el patrimonio económico del Estado como lo son el peculado por apropiación (art. 397 C. P.), el peculado por uso (art. 398 C. P.), el peculado por aplicación oficial diferente (art. 399 C. P.), el peculado culposo (art. 400 C. P.), la omisión del agente retenedor o recaudador (art. 402 C. P.) y el destino de recursos del tesoro para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos (art. 403 C. P.).

Así mismo, en el buen sentido de la expresión, el Estado tiene mecanismos para “influnciar” la organización política misma o la vida ciudadana, especialmente por su nota de social, lo cual también puede deformar un exservidor público para obtener ventajas particulares.

Manifestación de lo anterior puede ser el delito de utilización indebida de “influncias” derivadas del ejercicio de función pública (art. 432 C. P.). Se configura una situación incompatible o repudiada por la nota de social que tiene el Estado.

155 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 3 de noviembre de 1999, M. P.: CARLOS MEJÍA ESCOBAR, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 501 y 502.

CAPÍTULO SEGUNDO
El sujeto activo calificado

I. EL SERVIDOR PÚBLICO

La calidad requerida para ser sujeto calificado de un delito contra la Administración Pública es la de servidor público, otrora "funcionario público". Tal expresión constituye "un ingrediente normativo del tipo, predicado en este caso del sujeto activo, cuyo significado y alcance debe ser precisado por el intérprete mediante un juicio de valor", elemento de "contenido jurídico, es decir, es un concepto que se debe precisar acudiendo a una sustentación en derecho"¹.

En términos generales, las normas del título "Delitos contra la Administración Pública" comprenden tipos legales de sujeto activo calificado, como quiera que en principio sólo pueden ser realizados por quienes tengan la categoría de servidores públicos.

El artículo 123 de la C. N. define el concepto de servidor público así:

Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

El artículo 63 del C. P. de 1980, modificado por el artículo 18 Ley 190 de 1995 -Estatuto Anticorrupción-, desarrollaba el anterior artículo, así:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 3 de diciembre de 1991, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 503 y 506.

Parágrafo. La expresión "empleado oficial" se sustituye por la expresión "servidor público", siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal.

En relación con la noción de servidor público la Corte Constitucional, en sentencia C-299 de 1994, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL, señaló:

Bajo la vigencia de la Constitución del 86 la clasificación de los servidores públicos era de origen legal. Igualmente, dicha clasificación corresponde actualmente al legislador, con sujeción a los parámetros señalados en diferentes textos constitucionales.

La noción de servidor público que la Constitución emplea en diferentes normas (arts. 6.º, 122, 123, 124, 126, 127 y 129) sugiere la idea de la asignación y cumplimiento de funciones estatales por una persona natural, a través de un vínculo jurídico que implica o no subordinación laboral.

Según los términos del artículo 123, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

El artículo 125 a su turno establece en lo pertinente: "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley".

Así pues, dentro del género servidor público se comprenden según la Constitución diferentes especies como son: los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y los trabajadores oficiales.

En cuanto al origen o fuente de la clasificación de los servidores públicos se puede concluir que lo es, en principio, la Constitución, pero no existe obstáculo alguno para que el legislador establezca, con arreglo a las atribuciones que le confiere el artículo 150.23, nuevas denominaciones para caracterizar grupos o clases diferentes.

Con el anterior criterio se manejó por el legislador en el pasado, bajo la vigencia de la Constitución del 86, la materia atinente a la clasificación de los empleados oficiales, al distinguir entre empleados públicos y trabajadores oficiales (art. 5.º Dcto. 3135 de 1968) y al crear en el Instituto de lo Seguros Sociales la categoría de trabajadores de la seguridad social².

² Ibid., pp. 15 y 16. En este sentido hay que aclarar que la categoría de trabajadores de la seguridad social para quienes laboran en el Instituto de Seguros Sociales fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional al considerar que el Instituto de Seguros Sociales dejó de ser un establecimiento públi-

Por tratarse de un elemento común a varias de las modalidades delictivas contenidas en el título III del libro II del Código Penal de 1980 y en el título XV del libro II del Código Penal de 2000, estudiamos en esta parte introductiva lo relativo al sujeto agente calificado en los delitos contra la Administración Pública.

En términos generales puede afirmarse que los delitos contra la Administración Pública pertenecen a la categoría de delitos “especiales” por cuanto solo pueden ser cometidos por personas que tengan una cualidad especial. La mayoría de normas del título contienen tipos de sujeto activo jurídicamente determinado.

Esa determinación es de carácter jurídico en la medida en que el concepto de servidor público está definido en la Constitución y en la propia ley. Por regla general sólo quien tenga la calidad de servidor público puede realizar los distintos tipos contra la Administración Pública.

El Código Penal de 1936 empleaba la expresión “funcionario o empleado público”, o persona encargada de un servicio público. Esta noción resultaba relativamente ambigua por cuanto el juez necesitaba recurrir a las normas generales contempladas en el Código de Régimen Político y Municipal (Ley 4.^a de 1913).

Reformas posteriores ampliaron el radio de acción en lo referente al delito de peculado, al incluir dentro de los eventuales sujetos activos a las personas que trabajaran para empresas o instituciones en que el Estado tuviese parte (art. 3.^o Dcto. 1858 de 1951).

El Decreto 3135 de 1968, expedido en desarrollo de la ley de facultades sobre reforma administrativa, introdujo la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales (art. 5.^o). Esa diferenciación se utilizó luego para efectos penales, aun cuando en verdad se trataba de una regulación de carácter administrativo.

El texto original del artículo 63 del C. P. de 1980 establecía:

Para todos los efectos de la ley penal son empleados oficiales los funcionarios y empleados públicos, los trabajadores oficiales, los miembros de las corporaciones públicas o de las fuerzas armadas y toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, o estuviere encargada de un servicio público.

Los conceptos “funcionario o empleado” eran utilizados indistintamente por la legislación colombiana y no se trataba de categorías diversas.

co y se convirtió en empresa social del Estado, con características de empresa industrial y comercial; en consecuencia sus trabajadores sólo pueden ser o empleados públicos o trabajadores oficiales. Sin embargo, dicha categoría sigue existiendo en relación con los funcionarios que prestan servicios médico asistenciales en las EPS, mientras la norma de la Ley 100 de 1995 es declarada inexecutable.

El texto del artículo 63 del C. P. de 1980, modificado por el 18 de la Ley 190 de 1995, optó por insertar una definición –enumeración, más exactamente– de las personas que pueden ser consideradas servidores públicos, para efectos penales, de la misma manera que lo hacía el artículo original, solo que ajustándolo a la noción que de servidor público consagró el artículo 123 de la C. N. de 1991.

Este sistema es más adecuado, pues permite siempre determinar si alguien tiene o no la calidad exigida en el tipo. Dice en efecto el reformado artículo 63:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Parágrafo. La expresión “empleado oficial” se sustituye por la de “servidor público”, siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal.

Si lo comparamos con el texto de la Constitución Nacional, la reforma introducida al Código Penal de 1980 por el artículo 18 Ley 190 de 1995 agregó algunas categorías, como la de miembros de la fuerza pública, particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, funcionarios y trabajadores del Banco de la República, integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la C. N., empero, su tratamiento debe recibir mención especial, pues en realidad allí no está presente, en algunos eventos, la nota del servidor público, sino apenas una asimilación para efectos penales.

El Código Penal de 2000 en su artículo 20 repitió la fórmula que sobre la determinación de servidor público consagró la Ley 190 de 1995, acogiendo los dos primeros incisos de su artículo 18.

La función pública debe estar previa y precisamente señalada en una norma. Por ello el artículo 122 de la C. N. establece que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento”. Este principio es repetido por el artículo 6.º del Código de Régimen Político y Municipal.

Se requiere entonces el nombramiento de la persona natural para el ejercicio de una función pública y su posesión, ya que de conformidad con lo esta-

blecido en el inciso 2.º artículo 122 de la C. N., “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”.

ESPECIALES MODALIDADES DE SERVIDORES PÚBLICOS

1. MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS

Aun cuando el concepto en su enunciación es impreciso, el Código se está refiriendo a las corporaciones públicas de elección popular. Desde este punto de vista pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública: los senadores de la República y representantes a la Cámara, esto es, los miembros del Congreso Nacional (inc. 2.º art. 114 C. P.), los diputados a las asambleas departamentales (art. 299 C. P., modificado por el art. 1.º Acto Legislativo 01 de 1996) y los concejos municipales (inc. 1.º art. 312 C. P.) y los miembros de las juntas administradoras locales, JAL (inc. 2.º art. 318 C. P.).

Los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos que tienen un período fijo, su elección es declarada por el Consejo Nacional Electoral o por los delegados de éste, toman posesión con la expedición de la credencial para ejercer en los períodos respectivos sus funciones. Es claro que estas corporaciones cumplen una función pública de señalada importancia en la organización del Estado, como la de expedir normas con carácter obligatorio. Por ello resulta elemental que sus miembros —para determinados efectos— sean considerados servidores públicos.

2. EMPLEADOS Y TRABAJADORES DEL ESTADO

La redacción final del artículo 63 del C. P. de 1980 utilizaba la expresión “empleados y trabajadores del Estado”, mientras que el texto original menciona la noción “funcionarios o empleados”; esta última no implicaba la existencia de categorías diversas, pues los términos eran utilizados indistintamente por la legislación colombiana. En términos generales puede decirse que la noción “empleados y trabajadores del Estado” se refiere a las personas naturales vinculadas al Estado a cualquier título, en los diferentes niveles de la administración: nacional, departamental, municipal y de territorios indígenas (inc. 1.º art. 286 C. P.).

Dentro de esta noción se incluye a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales.

Los empleados públicos se encuentran vinculados a la Administración, mediante una relación legal y reglamentaria que en cada caso se concreta a través de un acto condición, conformado por el nombramiento y la posesión.

Los trabajadores oficiales son las personas que se encuentran vinculadas a la Administración mediante una relación contractual laboral de naturaleza bilateral.

¿Qué significa que el funcionario público esté vinculado a la Administración por una relación legal y reglamentaria?

Significa que al legislador le corresponde determinar las condiciones de acceso, permanencia y retiro del servicio; los derechos, obligaciones, funciones y prohibiciones; el régimen salarial y prestacional. Es por esta razón por la que el empleado público no puede celebrar pactos o convenciones colectivas, ni presentar pliegos de peticiones, lo que significa que en la práctica no podría ir a huelga, aunque la prohibición fue eliminada en la Constitución de 1991 (art. 56).

La relación contractual, laboral y bilateral del trabajador oficial implica que las condiciones de acceso, permanencia y retiro; los derechos, obligaciones y prohibiciones, salvo lo atinente al régimen disciplinario que pertenece a la relación especial de sujeción; los salarios y prestaciones, son fijados de manera bilateral en el contrato individual de trabajo o en la convención colectiva que para el efecto se suscriba. El régimen legal aplicable al trabajador oficial en Colombia en materia de contrato individual de trabajo no es el Código Sustantivo del Trabajo, sino la Ley 6.^a de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año. El trabajador oficial puede celebrar convenciones colectivas, presentar pliegos de peticiones y realizar huelga siempre y cuando no se trate de servicios públicos esenciales (art. 56 C. N.).

Conforme a lo dispuesto por el artículo 5.^o del Decreto 3135 de 1968, por regla general las personas que prestan sus servicios en el sector central de la Administración son empleados públicos. Quienes laboren en los establecimientos públicos (art. 5.^o Dcto. 1050 de 1968) por lo general tienen el carácter de empleados públicos. Por excepción, son trabajadores oficiales quienes se ocupan de labores que por estatutos hayan sido señaladas como susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores oficiales. En las empresas industriales y comerciales del Estado y en las sociedades de economía mixta el principio es inverso: por lo general quienes para ellas trabajan son trabajadores oficiales, y excepcionalmente tienen el carácter de empleados públicos quienes cumplen funciones de dirección, confianza y manejo.

La norma citada del Decreto 3135 de 1968 establece:

Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos son empleados públicos, sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

En cuanto a la llamada rama ejecutiva del poder, puede decirse que en principio todas las personas que presten sus servicios en el sector central tienen el carácter de empleados públicos.

3. MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

Pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública los miembros de la "fuerza pública", en concordancia con lo establecido en el artículo 216 de la C. N.

Antes de la reforma al artículo 63 del C. P. de 1980 se utilizaba la expresión "Fuerzas Armadas", término que resultaba innecesario, pues se consideraba que ellos ejercían una función pública.

A partir de la modificación al artículo 63 ya no se habla de fuerzas armadas, sino de fuerza pública (art. 216 C. N.), la cual está conformada por las fuerzas militares —Ejército, Armada y Fuerza Aérea (inc. 1.º art. 217 C. N.)— y la Policía Nacional cuya naturaleza es civil (art. 218 C. N.).

A los miembros de la fuerza pública se les aplicará el Código Penal cuando la conducta no esté tipificada en el Código Penal Militar o cuando se trate de un delito que no tenga relación con el servicio.

4. TRABAJADORES DEL BANCO DE LA REPÚBLICA

Pueden constituirse como sujeto activo de los delitos contra la Administración Pública los funcionarios y trabajadores del Banco de la República.

"El constituyente estructuró al Banco de la República como entidad estatal de carácter independiente y autónoma, organizada como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeta a un régimen especial"³.

Esta fue una de las innovaciones de la Constitución de 1991, la de catalogar al Banco de la República como un órgano de rango constitucional. Actualmente, el Banco no está sujeto a la intervención del Presidente de la República, el

3 Corte Constitucional. Sentencia C-529 del 11 de noviembre de 1993, M. P.: EDUARDO CÍFUENTES MUÑOZ. En este mismo sentido cfr. sentencias C-050, C-521 y C-489 de 1994.

Congreso regula sus funciones mediante ley, y ejerce el control político sobre el mismo (arts. 371 y 208 C. N.).

Resulta innecesario mencionar expresamente a los trabajadores del Banco de la República como eventuales sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública, no solo porque se entiende claramente que sus miembros tienen la calidad de servidores públicos, al otorgarle a este ente autónomo la prestación de un servicio público esencial, sino porque quedan incluidos dentro de la genérica expresión “empleados o trabajadores del Estado” que consagra el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, hoy artículo 20 de la Ley 599 de 2000.

La calificación legal de la función de la banca central como “servicio público esencial” se encuentra ajustada a la Constitución. La sola enumeración de las principales obligaciones del Banco lleva a la Sala al convencimiento de que su interrupción, por comprometer la economía nacional, afectaría seriamente la posibilidad de que el Estado pudiese cumplir con sus finalidades esenciales, amenazando entre otras cosas los derechos fundamentales constitucionales de las personas, todo lo cual indica que este es un servicio de interés general, esencial, que, para los efectos del artículo 56 de la Carta, prevalece sobre el derecho a la huelga⁴.

5. INTEGRANTES DE LA COMISIÓN NACIONAL CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

La Ley 190 de 1995, conocida como Estatuto Anticorrupción, creó un organismo al cual se le asignó como primordial misión la de controlar el comportamiento de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones; dicha comisión a la luz del artículo 71 del citado Estatuto estaría integrada por 7 comisionados, designados por el Presidente de la República para un período fijo de 4 años. Los miembros de esta comisión ostentarían el carácter de servidores públicos.

Hasta la fecha esta comisión no ha sido integrada, pero al igual que respecto de los trabajadores del Banco de la República resulta innecesaria la expresa alusión de que sus integrantes sean considerados servidores públicos, pues de acuerdo con las funciones que le han sido asignadas (art. 73 Ley 190 de 1995) y con su forma de financiación —creación de una partida en el presupuesto del Ministerio de Justicia y el Derecho— no cabe duda de que sus miembros ostentan el carácter de servidores públicos.

4 Corte Constitucional. Sentencia C-521 del 21 de noviembre de 1994, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

II. DISPOSITIVOS ESPECIALES QUE AMPLIFICAN EL CONCEPTO DE "SERVIDOR PÚBLICO". EL SERVIDOR PÚBLICO POR "ASIMILACIÓN"

En ciertos casos no se está en presencia de servidores públicos propiamente tales, pero este concepto es ampliado para darles cabida y propiciar la imputación a su cargo de alguno o algunos delitos contra la Administración Pública. Se habla entonces de servidores públicos por asimilación.

Sin duda alguna tal asimilación tiene fundamento en el concepto moderno de Administración Pública, dependiente de una "concepción material de la cosa pública", originada en la idea del Estado social y democrático de Derecho que se funda en una filosofía que implica "el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretenden superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente estatal y de lo puramente privado", para lo cual también se reclama el valor de la moralidad pública⁵.

A. PARTICULARES QUE EJERCEN FUNCIONES PÚBLICAS

Se trata de un dispositivo amplificador del concepto de "servidor público", toda vez que, como lo señala el inciso 2.º del artículo 20 del C. P. de 2000, para los efectos de la ley penal "se consideran servidores públicos" *los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria*.

La atribución de funciones públicas a particulares es consecuencia del incremento de las funciones asignadas al Estado⁶; esta tendencia tuvo su origen en el derecho público francés y consiste básicamente en que el Estado autoriza el ejercicio de determinadas funciones públicas a los particulares, con la finalidad de satisfacer necesidades de carácter general:

El derecho a desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan materialmente con la Administración mediante la elección o nombramiento y la posesión en el cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones administrativas, donde se entiende por función el ejercicio de las tareas, atribuciones y responsabilidades que se adscriben a una actividad o estructura u organización para, mediante su realización, obtener unos determinados cometidos o finalidades. El cumplimiento de funciones administrativas por los particulares debe hacerse en los términos taxativos, precisos y específicos que señale la ley⁷.

5 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

6 Es un fenómeno frecuente en la "vida moderna", afirma MAGGIORE. *Derecho penal*, cit., p. 152.

7 Corte Constitucional. Sentencia C-089A del 3 de marzo de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

La Administración Pública moderna del Estado social de Derecho se apoya en el “establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente estatal y de lo puramente privado”, en búsqueda del “cumplimiento eficiente de las tareas públicas”; por tanto, los particulares que ejercen funciones públicas responden “por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, como lo hacen los servidores públicos” en el marco de corresponsabilidad y cooperación en que actúan⁸.

El ejercicio de funciones públicas por particulares es desarrollo de uno de los fines esenciales del Estado colombiano consagrado en el artículo 2.º de la C. N., al establecer la obligación de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”.

Se define como función pública “toda actividad que realice fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la Administración Pública”⁹. Para la Corte Constitucional función pública es “todo lo que atañe al Estado” como “ejercicio de la autoridad inherente del Estado”, dirigido a “contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado”, sin posibilidad de confundirla con la “prestación de servicios públicos”, según la sentencia C-037 de 2003.

Diferentes disposiciones constitucionales atribuyen el ejercicio de funciones públicas a los particulares.

La categoría de servidores públicos que otorga el texto constitucional a los particulares aparece en aquellos que temporalmente desempeñen funciones públicas (art. 123); el cumplimiento de funciones administrativas en los términos que señale la ley (inc. 2.º art. 210); la prestación de servicios públicos (inc. 2.º art. 365); el manejo de fondos o bienes de la Nación (art. 267); la administración de justicia en calidad de árbitros o conciliadores (inc. 4.º art. 116), entre otras.

La Ley 190 de 1995 –Estatuto Anticorrupción– consagró que los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria tienen la calidad de servidores públicos.

En relación con este tema la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades:

La presencia de organizaciones de naturaleza privada en la realización de actividades administrativas, de las cuales el Estado es titular originario, doctrinariamente es conce-

8 Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, reitera la sentencia C-866 de 1999.

9 MAGGIORE. *Derecho penal*, cit., p. 137.

bida como una especie de la denominada descentralización por colaboración, lo que permite afirmar sin lugar a dudas que la función administrativa no atañe de manera exclusiva al poder público sino que también incumbe a personas privadas, aspecto este último que se inscribe dentro de la perspectiva más amplia de la participación de los administrados "en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación", que el artículo 2.º de la Constitución colombiana consagra como uno de los fines prevalentes del Estado. El desempeño de funciones administrativas por particulares es una posibilidad reconocida y avalada constitucional y legalmente¹⁰.

Dentro de esta categoría encontramos a las cámaras de comercio que fueron investidas de la facultad de ejercer funciones administrativas, al ser encargadas por la Ley 80 de 1993 de llevar el Registro de Proponentes, esencialmente público y generador de actos administrativos.

Siendo las cámaras de comercio entidades de naturaleza corporativa, gremial y privada, y correspondiendo el registro de proponentes a una función pública de índole administrativa, el legislador al expedir el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública con fundamento en la atribución expresa contenida en el inciso final del artículo 150 superior, estaba facultado para regular dentro del referido estatuto lo concerniente al registro de proponentes así como para asignar el ejercicio de esta función a particulares, acatando de paso la previsión del artículo 210 de la Carta, conforme al cual el cumplimiento de funciones administrativas por particulares se realiza "en las condiciones que señala la ley"¹¹.

Similar circunstancia se presenta con los árbitros o conciliadores quienes ejercen transitoriamente la función de administrar justicia, con fundamento en el inciso 4.º artículo 116 de la C. N.

En relación con este tema la Corte Constitucional en sentencia C-294 de 1995 expresó:

Los árbitros también ejercen una función pública, establecida en el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, y en las leyes que regulan el arbitramento [...]

La administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares sólo pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. Esta transitoriedad es evidente no solo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser

10 Corte Constitucional. Sentencia C-166 del 20 de abril de 1995, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGARA.

11 Ídem.

las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral.

La segunda, ya insinuada, son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o conciencia.

Y la última, que los árbitros administran justicia "en los términos que determine la ley". Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral¹².

Igualmente, pueden ser sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública los miembros de las juntas o consejos directivos de las llamadas entidades descentralizadas (establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado, y sociedades de economía mixta), quienes aun cuando pueden no ser empleados oficiales en todos los casos, ejercen una función pública. A este respecto disponen los artículos 15 del Decreto 128 de 1976 y 18 del Decreto 3130 de 1968.

Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos, le son aplicables las disposiciones del título III del Código Penal sobre delitos contra la Administración Pública. A quienes sí tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para estos¹³.

La Corte Constitucional —en reciente fallo— frente a una demanda interpuesta contra el artículo 2.º de la Ley 80 de 1993 consideró que tienen la calidad de particulares que ejercen funciones públicas los representantes legales y funcionarios de nivel directivo, asesor o ejecutivo, o sus equivalentes, de las asociaciones y fundaciones de participación mixta o aquellas personas en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquellas; veamos:

No obstante hay que considerar que tanto el inciso final de dicha norma como el aparte último del inciso 1.º del artículo 210 admiten que los particulares puedan desempeñar funciones públicas y administrativas bajo un régimen jurídico especial. En tal virtud parte de dicho régimen obviamente lo puede constituir la inclusión de las corporaciones y fundaciones de participación mixta como entidades estatales y de sus funcionarios directivos o de quienes celebren contratos por delegación como servidores públicos [...]

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-294 del 6 de julio de 1995, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

¹³ LIBARDO RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo*, Bogotá, Edit. Temis, pp. 24 y ss.

En tal virtud se concluye que estando vinculadas dichas fundaciones o corporaciones de alguna manera al cumplimiento directo o indirecto de funciones públicas y teniendo a su cargo el manejo de dineros o recursos públicos, podía el legislador a efectos de controlar su inversión, mediante el sistema de contratación, asimilar a servidores públicos a sus representantes o delegados para la contratación, con el fin de hacerles aplicable el estatuto de contratación...¹⁴.

Se incluiría dentro de esta categoría a los auxiliares de la justicia.

Los artículos 53 y 58 Ley 734 de 2002 señalan, enunciativamente, que son particulares que ejercen funciones públicas los siguientes:

- a. Quienes ejerzan labores de interventoría en los contratos estatales.
- b. Quienes presten servicios públicos a cargo del Estado de aquellos señalados por el artículo 366 de la C. N. (salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable).
- c. Quienes administren recursos del Estado, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

La administración de recursos del Estado es, por excelencia y definición, una función pública en los términos de las sentencias de la Corte Constitucional C-866 del 3 de noviembre de 1999 y C-037 de 2003. Pero además, para que se configure el fenómeno del ejercicio de funciones públicas por parte de particulares se requiere el cumplimiento de los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, esto es, una ley que lo autoriza y un decreto que lo difiere con su complemento a través de un contrato o convenio, según la primera de las sentencias.

- d. Los notarios.

Se afirma que tales eventos son apenas enunciativos por cuanto el artículo 53 mencionado prevé que existen otros particulares que ejercen funciones públicas. Por tanto nos encontramos ante un catálogo abierto que debe determinarse conforme con la Constitución y la ley.

B. PERSONAS PARTICULARES QUE ADMINISTRAN LOS BIENES PARAFISCALES

El Estatuto Anticorrupción, Ley 190 de 1995, y posteriormente el artículo 20 del C. P. de 2000 dispusieron que los particulares que administran bienes parafiscales tienen la calidad de servidores públicos. Estos particulares adquieren dicha calidad, no sólo por la procedencia de los fondos, sino por el objeto y suerte de los mismos.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-230 del 25 de mayo de 1995, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

JUAN CAMILO RESTREPO¹⁵ define a los bienes parafiscales como los pagos que deben hacer los usuarios de ciertos organismos públicos o semipúblicos para asegurar el financiamiento de estas entidades de manera autónoma. Se menciona como ejemplo más común las cotizaciones a la seguridad social o ciertos pagos a organismos beneficiarios de estas tasas.

Estos ingresos se establecen en beneficio de organismos privados o públicos, pero no encargados de la prestación de servicios públicos propiamente dichos; un buen ejemplo de un ingreso parafiscal en Colombia es la llamada retención cafetera que deben pagar los particulares exportadores de café. El sistema y método para definir tales cobros y la forma de hacer su reparto debe ser fijado en la ley, ordenanza o acuerdo (art. 338 C. N.).

La Corte Constitucional en relación con este tema, en sentencia C-152 de 1997, ha dicho de las contribuciones parafiscales:

Según la Constitución y la ley orgánica de presupuesto, y de conformidad con la jurisprudencia de esta Corte, las características esenciales de las contribuciones parafiscales son: 1.ª Son obligatorias, porque se exigen, como todos los impuestos y contribuciones, en ejercicio del poder coercitivo del Estado; 2.ª Gravan únicamente un grupo, gremio o sector económico; 3.ª Se invierten exclusivamente en beneficio del grupo, gremio o sector económico que las tributa; 4.ª Son recursos públicos, pertenecen al Estado, aunque están destinados a favorecer solamente al grupo, gremio o sector que los tributa; 5.ª El manejo, la administración y la ejecución de los recursos parafiscales pueden hacerse por personas jurídicas de derecho privado (generalmente asociaciones gremiales), en virtud de contrato celebrado con la Nación, de conformidad con la ley que crea las contribuciones, o "por los órganos que forman parte del presupuesto general de la Nación"; 6.ª El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República; 7.ª Las contribuciones parafiscales son excepcionales. Así lo consagra el numeral 12 del artículo 150 al facultar al Congreso para establecer, "excepcionalmente, contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley".

Frente al principio esencial de la parafiscalidad:

Un principio esencial de la parafiscalidad es: jamás las rentas parafiscales pueden confundirse con las rentas fiscales ni, menos, con los ingresos corrientes de la Nación. Principio que se aplica a las dos clases de rentas parafiscales contempladas en el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto.

¹⁵ JUAN CAMILO RESTREPO. *Hacienda Pública*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 124 y ss.

En relación con la administración por parte de particulares la Corte dijo:

En tratándose de las contribuciones parafiscales administradas por particulares (como lo prevé expresamente el inc. 1.º art. 29 Estatuto Orgánico del Presupuesto), es posible que en el “manejo, administración y ejecución” de sus recursos, participen no sólo representantes del “determinado y único grupo social y económico” que las tributa, sino del Estado. Así se garantiza el justo equilibrio entre los intereses gremiales o de grupo o sector económico, y los generales. Debe existir, además, el mecanismo que permita, en caso de conflicto entre unos y otros intereses, la primacía de los generales. Pero la representación del sector público, del Estado, no puede llegar a eliminar, en la práctica, la de quienes aportan los recursos y tienen el derecho a disfrutar exclusivamente de los beneficios generados por los mismos.

Además, la participación de los aportantes de estos recursos parafiscales en su administración e inversión está basada en el derecho que la Constitución reconoce a todos de participar “en las decisiones que los afectan”. Si es de la esencia de la parafiscalidad que quienes aporten los recursos se benefician exclusivamente de ellos, forzosamente deben tener participación decisoria en lo relativo al manejo y a la inversión de tales recursos.

En torno al control fiscal el alto tribunal se pronunció de la siguiente manera: “El control fiscal de los recursos originados en las contribuciones parafiscales, para que se inviertan de conformidad con las normas que las crean, corresponde a la Contraloría General de la República”.

En relación con la destinación de los recursos parafiscales la Corte Constitucional manifestó:

La destinación exclusiva en favor del grupo, gremio o sector que tributa los recursos parafiscales no impide que se beneficien personas que no pertenecen a él. Sería absurdo y odioso, y a veces imposible, impedir que personas no contribuyentes se beneficiaran de obras como carreteras, redes eléctricas, puestos de salud, escuelas, etc. Sin embargo, esto no desvirtúa el principio de la destinación en beneficio de los productores de café: de una parte, ellos mismos se favorecen con esas inversiones; de la otra, en la medida en que se logra el equilibrio social y económico de las zonas cafeteras, se garantiza la paz y se mantiene un clima que permite el trabajo ordenado y fructífero de los cultivadores del grano, y contribuye a su bienestar. Todo esto, siguiendo un criterio de solidaridad social. Lo que se ha dicho en relación con la destinación de los recursos parafiscales, a partir del examen de las contribuciones que gravan a los productores de café, tiene validez en lo relativo a las demás contribuciones parafiscales impuestas a otros sectores, entre ellos los agropecuarios y pesqueros: cuota de fomento algodónero, cuota de fomento ganadero, cuota de fomento porcícola, etc.

Las contribuciones parafiscales tienen un sujeto pasivo:

Una condición esencial de la parafiscalidad, según la Constitución, la ley y la jurisprudencia, es la destinación exclusiva de los recursos al beneficio del sector, gremio o grupo que los tributa. Esa destinación es posible en la medida en que los sujetos pasivos conforman un grupo homogéneo, identificable tanto para la imposición del tributo como para beneficiarse con la inversión de sus propios recursos¹⁶.

Las sentencias de la Corte Constitucional C-167 de 1995 y C-651 de 2001 son claras en señalar el carácter peculiar que tienen los recursos parafiscales como recursos públicos y el tipo de administración especial que de los mismos hacen los particulares.

Se confirma lo anterior con las sentencias C-181 de 2002 y C-037 de 2003, donde la rectora de la jurisprudencia constitucional dijo con meridiana claridad que “la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública”.

Es preciso aclarar que aun cuando en teoría todas las personas mencionadas en los artículos 63 del C. P. de 1980 y 20 del C. P. de 2000 pueden ser sujetos agentes de los delitos del título estudiado, la naturaleza misma del tipo concreto determina su particularidad específica. Así por ejemplo el trabajador oficial no podría cometer el delito de prevaricato.

Sobre los supuestos anteriores –bien jurídico protegido y sujeto activo– se estudiará cada uno de los tipos legales contemplados en el Código, siguiendo en términos generales la sistemática esbozada anteriormente.

Haremos en cada caso el estudio analítico del tipo –con los problemas particulares que puedan presentarse en relación con esos elementos– haciendo abstracción del sujeto activo y del bien jurídico protegido, pero sí dando cuenta del instituto deformado por la conducta punible.

C. RETENEDORES Y RECAUDADORES DE IMPUESTOS, CONTRIBUCIONES O TASAS

El artículo 402 del C. P. de 2000 se refiere al sujeto activo determinado “agente retenedor o recaudador”, el cual puede ser un particular que restringidamente “administra bienes del Estado”¹⁷, pues las retenciones en el fuente, contribuciones y tasas hacen parte del patrimonio público y por tanto del presupuesto oficial.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-152 del 19 de marzo de 1997, M. P.: JORGE ARANGO MEJÍA.

¹⁷ La doctrina extranjera estima que el “cobro de impuestos, etc., por arrendamiento o por recaudación” y el “recaudador de los impuestos directos”, ejercen funciones administrativas públicas y por tanto deben ser considerados servidores públicos: MANZINI. *Tratado*, cit., pp. 100 a 102.

La Corte Constitucional ha dicho que la administración de recursos fiscales es una función pública, de conformidad con las sentencias C-181 de 2002 y C-037 de 2003.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 20 del C. P. de 2000, el particular que funja de agente retenedor o recaudador de la retención en la fuente, contribuciones o tasas lo hace en cumplimiento de funciones públicas y por tanto debe ser “considerado” servidor público para efectos penales.

D. EL ESPECIAL EVENTO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY 80 DE 1993

Finalmente la Ley 80 de 1993 –Estatuto Anticorrupción– consideró para efectos de la responsabilidad penal en materia de contratación estatal que el contratista interventor, consultor y el asesor son particulares que cumplen funciones públicas; veamos:

Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

De acuerdo con el artículo transcrito anteriormente, el Estatuto de Contratación de la Administración Pública los asimiló a particulares que ejercen funciones públicas, adquiriendo por ende la calidad de servidores públicos y perfilándose como eventuales sujetos activos, pero –como lo veremos más adelante– solamente en relación con los tipos penales de celebración indebida de contratos.

Nótese que no se afirma que son servidores públicos. Se dice que para efectos penales el contratista, interventor, consultor y asesor “se consideran particulares que cumplen funciones públicas” y por tal motivo “estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”. Sin duda se trata de una extensión de la autoría, toda vez que, comoquiera que el sujeto activo es determinado por el concepto de “servidor público”, quienes no ostenten tal calidad quedarían por fuera de la posibilidad jurídica de la realización típica.

Los particulares que cumplen funciones públicas están sujetos a la responsabilidad que puede derivarse del ejercicio de la actividad para la que han sido autorizados y que persigue una finalidad específica, por lo tanto el ejercicio de la función y la eventual responsabilidad en la que puede incurrir su titular, que

en este caso es el particular, se constituye en una garantía para los administrados (art. 6.º C. P.).

El texto final del artículo 63 del C. P. de 1980 eliminó la expresión “personas encargadas de un servicio público” que utilizaba el artículo original y que había sido duramente criticado por la doctrina, por cuanto interpretado sin las necesarias restricciones podía llevar al desconocimiento de la importancia del bien jurídico protegido.

Aclarando que esta “extensión” ya existía en el Código Penal de 1936, parecía totalmente inútil, pues el encargado de un servicio público, o lo era como funcionario, o como “contratista” del Estado, en cuyo caso si el objeto del contrato consistía en el cumplimiento de una función pública, tenía el carácter de trabajador oficial, categoría comprendida ya dentro del genérico concepto de “empleado oficial”.

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 se encuentra vigente, toda vez que no fue derogado por el artículo 474 del C. P. de 2000, habida cuenta que éste deroga en forma implícita sólo “lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales” de las normas complementarias, esto es, con los tipos penales “especiales”; pero no se extendió a la legislación complementaria que haya consagrado dispositivos amplificadores de los institutos penales.

III. FUNCIONARIOS DE DERECHO, DE HECHO Y EL USURPADOR

Una clásica jurisprudencia penal precisó, en términos diáfanos, todavía vigentes:

en un funcionario público deben concurrir, para ser lo que se denomina en la doctrina *funcionario de derecho*, los siguientes presupuestos: a. Decreto, elección, resolución, etc. y que se perfecciona con la confirmación en los casos pertinentes, el cual se demuestra por medio de copias de los actos respectivos; b. La *posesión*, consistente en el juramento que presta el interesado de *sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumben* (art. 251 C. de R. P. y M.), la que también se acredita mediante copia del documento en que ella conste, y c. la *investidura* vale decir, el efectivo ejercicio del cargo, la cual puede establecerse con certificaciones de la autoridad que tenga conocimiento de ella o con los demás medios ordinarios de pruebas, inclusive con los propios actos públicos del funcionario¹⁸.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. XCI, 1958, p. 576, citada por SARASTY MONTENEGRO. *Jurisprudencia*, t. II, cit., pp. 109 y 110.

El funcionario de derecho es aquel que reúne los requisitos de carácter legal y constitucional para el desempeño de sus funciones. El funcionario de hecho, en cambio, es aquel que ha sido nombrado sin cumplimiento de los requisitos constitucionales o legales o "ejerce el cargo sin el lleno de las prescripciones legales que para el caso se exigen"¹⁹; tanto el funcionario de hecho como el de derecho pueden ser sujeto activo de estos delitos.

Ejemplos enunciativos de funcionarios de hecho son el que ostenta una persona cuyo nombramiento es nulo por falta de un requisito de forma o fondo, se esté ejerciendo funciones antes de cumplir con todas las formalidades que la ley contempla para que el ejercicio de la función pública se realice, o cuando se sigue al frente del cargo aún después de haber cesado el período para el cual fue designado o elegido²⁰.

En el caso del funcionario de hecho no importa que posteriormente se declare la nulidad del nombramiento o la elección; si actuó y cometió un delito contra la Administración Pública que exija la cualificación y tenga relación con la función, existirá delito contra la Administración Pública con tal requisito. En cambio, si "el usurpador carece de un simple título putativo, que es lo menos que puede exigirse para que la persona que ejerce la función pública pueda conseguir la condición de funcionario y consiguientemente poder ser sujeto activo"²¹, cometerá un delito de usurpación de función pública.

La consecuencia de no ostentar la calidad de funcionario de derecho o de hecho es palmariamente clara según la jurisprudencia penal: "Quien se haya posesionado de un cargo y asumido la investidura, con absoluta carencia de título, no es más que un *usurpador*, cuyos actos públicos son jurídicamente inválidos, y no responde por estos, sino como particular y por el delito de usurpación de funciones"²².

¹⁹ BERNAL PINZÓN. *Delitos*, cit., p. 6.

²⁰ Ídem.

²¹ *Ibíd.*, pp. 7 y s.s.

²² Corte Suprema de Justicia. t. XCI, 1958, p. 576, citada por SARASTY MONTENEGRO. *Ob. cit.*, pp. 109 y 110.

CAPÍTULO TERCERO

*Los sujetos del ataque al bien
jurídico Administración Pública*

En principio se tiene que sólo los servidores públicos ostentan la calidad de sujetos activos de los delitos contra la Administración Pública.

No obstante, se constata que también múltiples delitos contra dicho bien jurídico pueden ser realizados por sujetos activos indeterminados, toda vez que la descripción típica no exige particulares características o cualidades (omisión del agente retenedor o recaudador, art. 402; cohecho por dar u ofrecer, art. 407; usurpación de funciones públicas, art. 425; simulación de investidura o cargo, art. 426; violencia contra servidor público, art. 429; perturbación de actos oficiales, art. 430; soborno transnacional, art. 433, y asociación para la comisión de un delito contra la Administración Pública cuando interviene un particular, art. 434 C. P. de 2000).

Igualmente, en los delitos especiales, esto es, en los delitos contra la Administración Pública de sujetos activos determinados, la intervención de sujetos no calificados resulta posible por la vía de la figura de la participación —determinación y complicidad (arts. 28 y 30 C. P.)—; inclusive podría pensarse en la autoría en lugar de otro (inc. 3.º art. 29).

I. AUTORES Y PARTÍCIPE EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE SUJETO ACTIVO INDETERMINADO

Para determinar la autoría y la participación en los delitos contra la Administración Pública de sujetos no calificados se siguen, en general, las mismas reglas señaladas para todos los demás tipos penales de sujetos activos indeterminados.

Autor es quien “realice la conducta por sí mismo”, y autor mediato “quien realice la conducta utilizando a otro como instrumento”. También es forma de autoría la llamada coautoría material impropia, la cual se presenta cuando varias personas intervienen en una conducta típica “mediando un acuerdo común” y “actúan con división del trabajo criminal”, dependiendo su calificación como tal de la importancia del aporte (art. 29 C. P.), pues si no es lo suficiente apta para configurar el dominio del suceso, podría quedar en la complicidad.

Son partícipes el determinador y el cómplice. Es determinador quien “determine a otro a realizar la conducta antijurídica”, y cómplice quien “contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma” (art. 30 C. P.).

Para facilitar el entendimiento de dichas figuras nos ocuparemos de lo que sobre el tema afirma la doctrina y jurisprudencia.

A. LA DOCTRINA

I. LAS FORMAS DE AUTORÍA

La doctrina extranjera especializada ha señalado que autor es quien realiza el hecho “prohibido u ordenado en el correspondiente tipo de la parte especial”. Pero también ha precisado que “la realización del hecho es el elemento común a las tres modalidades de autoría”, lo cual es denominado como principio de referencia al tipo¹.

Entiende que las tres modalidades de autoría, todas las cuales implican responsabilidad directa, principal e independiente, son la autoría inmediata, en la cual “el tipo penal se puede realizar por sí solo” (*dominio de acción*); la coautoría, por la que el tipo penal se realiza “conjuntamente” (*dominio funcional del hecho*), lo cual incluye la intervención en “división de trabajo durante la fase de ejecución del hecho”; y la autoría mediata, en la que el tipo penal se realiza por medio de “otra” persona (*dominio de la voluntad*)².

En principio el autor no requiere calidades, salvo que las mismas sean exigidas expresamente, puesto que en los llamados “delitos comunes” a los sujetos activos del delito no se “asignan particulares características”³.

También se habla por la doctrina de la “autoría accesoria”, la cual da cuenta de “situaciones en las que dos o más sujetos contribuyen complementariamente a la producción de un hecho sin haberse concertado para ello; no son coautores del tal hecho, sino autores únicos de su respectivo comportamiento”⁴.

Se habla de autoría mediata como un *aliud* y no un mero *plus*, respecto de la participación por determinación. El “hombre de detrás” o la “persona de detrás”, “es quien realiza el hecho a través de otro, sin tomar parte en su ejecución material”; quien ejecuta directa e inmediatamente el hecho se conoce como “instrumento humano”, “ejecutor inmediato”, “intermediario” u “hombre de delante”, es quien “ejecuta física y corporalmente el delito”⁵.

1 ESTEBAN JUAN PÉREZ ALONSO. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 1998, p. 384.

2 *Ibid.*, pp. 379, 384, 392 y 393.

3 EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO. “La autoría conforme al Código Penal en el nuevo derecho penal español”, en *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, GONZALO QUINTERO OLIVARES y FERMÍN MORALES PRATS (coords.), Navarra, Edit. Aranzadi, 2001, p. 575.

4 DE TOLEDO Y UBIETO. *Ob. cit.*, p. 586.

5 CAROLINA BOLEA BARDÓN. *La autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 145 y 146.

La autoría mediata ha venido siendo entendida como dependiente de la idea de "si el ordenamiento jurídico reprocha el delito al instrumento"; empero, una nueva doctrina con muy buen criterio señala que lo decisivo es "la comprobación de si existe una instrumentalización fáctica del ejecutor. La falta de libertad, y no la irresponsabilidad del instrumento, constituye el sustrato de la instrumentalización y, por lo tanto, la base sobre la que debe construirse el concepto de autoría mediata"⁶; criterio que parece compartir MUÑOZ CONDE, cuando enfatiza en el carácter de irresponsable del instrumentalizado, pero admitiendo que "generalmente no es responsable"⁷.

Estimamos que tal fenómeno se presenta no sólo cuando se actúa en error de tipo vencible y no existe el respectivo tipo culposos, caso en el cual, a pesar de existir cierta libertad del sujeto como premisa del contenido de la acción, la atipicidad surge por motivos de la no regulación expresa de la conducta culposa; sino también cuando por coacción o engaño el autor mediato instrumentaliza al ejecutor material, quien incurre en error de tipo vencible existiendo la correspondiente punición culposa, aun cuando estos ejemplos no existirán o poco abundarán en los sistemas de imputación de la culpa conocidos como de *numerus clausus* o de especies cerradas (2.ª parte art. 21 C. P.). En ambos eventos, como se realiza un tipo diferente por el ejecutor material, que se supone realizaría un tipo doloso, existirá una falta de libertad respecto del mismo, pero a su vez, de acuerdo a la regulación legal, podrá ser responsable.

2. LOS PARTÍCIPES

Los determinadores⁸ y cómplices "son partícipes en un hecho ajeno, sometidos, por tanto, al principio de accesoriedad", esto es, son responsables "indirectos, accesorios y dependientes de la infracción realizada por el verdadero autor", a quien inducen al delito o lo ayudan al mismo. Como dice PÉREZ ALONSO, en los "tipos de partícipe" no se imputa el hecho ajeno como propio, sino que se imputa "como propio la realización de un tipo accesorio, es decir, la con-

6 JOSÉ ULISES HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 1996, p. 351.

7 FRANCISCO MUÑOZ CONDE. *Problemas de autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes en el nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje al profesor ÁNGEL TORIO LÓPEZ, Granada, Edit. Comares, 1999, p. 858.

8 El determinador o "inductor" es quien "hace surgir la idea de cometer un delito en la persona inducida mediante una fuerza compulsiva que no anula, sin embargo, la capacidad de decisión del autor directo": NORBERTO DE LA MATA BARRANCO. "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales en el nuevo derecho penal español", *Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, cit., p. 1224.

tribución al hecho ajeno, estableciendo una responsabilidad dependiente”⁹, habida cuenta que “el propio fundamento de la participación supone que el hecho típico principal que comete el autor se convierte en presupuesto y punto de referencia de la responsabilidad del partícipe”¹⁰.

La determinación y complicidad son formas de intervención y contribución en un hecho ajeno, esto es, la posición del partícipe es secundaria respecto de la del autor, pues realiza un hecho dependiente del hecho principal a cargo del autor. Los tipos de participación son dependientes, toda vez que “en los tipos de la parte especial, referidos al autor, no pueden entenderse incluidas las conductas de los partícipes”. El injusto de la participación deriva del injusto del autor que realiza el hecho principal¹¹, esto es, que la punibilidad de la conducta del partícipe presupone “que el hecho principal haya alcanzado, al menos, el estado de la tentativa”¹².

La determinación y la complicidad, como formas de participación, sólo son punibles en su forma dolosa y se demarcan por “el principio de accesoriedad limitada que exige únicamente la presencia de un hecho injusto”; esto es, la responsabilidad del partícipe depende de la “realización de un hecho injusto por el autor”. Esto permite entender que “se puede inducir tanto a ejecutar un hecho doloso como imprudente, en este caso dirigiéndose el dolo del inductor a que el autor realice la conducta o se coloque en la situación de la que deriva la imprudencia que genera el resultado final”¹³; en cuanto a la complicidad en el delito culposo, se tiene que es “cómplice” quien coadyuva o coopera en la infracción al deber objetivo de cuidado, rompiendo obviamente la tendencia a considerar la teoría unitaria de autor que hoy en día impera en el delito culposo.

El partícipe “se limita a intervenir en un hecho que queda en manos de otra persona, siendo ésta la que decidirá en último término sobre su efectiva ejecución”¹⁴.

Se dice que los partícipes han de realizar “sus propios tipos”, que se obtienen del “enlace entre las normas que contienen las formas de participación que el ordenamiento acoja, con las expresivas de las conductas prohibidas a los

9 PÉREZ ALONSO. *La coautoría*, cit., pp. 376, 379, 382 y 385. De todos modos el mencionado autor, como es de esperarse, utiliza el léxico propio de su ámbito dogmático, y en vez de determinador y cómplice habla de “inductores y cooperadores”.

10 M^a. DEL CARMEN GÓMEZ RIVERO. *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, p. 165.

11 BOLEA BARDÓN. *La autoría*, cit., pp. 38, 39 y 42.

12 GÓMEZ RIVERO. *La inducción*, cit., p. 54. “El hecho ilícito debe haber sido consumado o al menos tentado”, afirma GUILLERMO J. FIERRO. *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Ediar, 1964, p. 22.

13 DÉ LA MATA BARRANCO. *La construcción de tipos específicos*, cit., pp. 1224, 1225 y 1228.

14 BOLEA BARDÓN. Ob. cit., p. 141.

autores", "tipos de participación cuya realización sólo cobrará relevancia jurídico penal en la medida en que igualmente la tenga el comportamiento del autor o coautores"¹⁵; esto es, la punibilidad de la participación "presupone por parte del autor principal, al menos, el inicio de la ejecución del hecho"¹⁶.

El autor actúa por influencia psíquica del determinador, la cual debe ser directa y eficaz, pero no implica que anule la voluntad del determinado, toda vez que éste debe mantener el dominio del hecho¹⁷. Si la influencia psíquica no es eficaz podrá constituirse en un cómplice en tanto refuerce la intención y el ánimo delictivo, y si anula la voluntad del autor, se convertirá el determinador en autor mediato.

El cómplice responde a una participación "periférica y accidental", de carácter secundario, pero "eficaz" como contribución a la ejecución del hecho¹⁸.

Determinación y complicidad son mecanismos mediante los cuales se amplía la punibilidad del tipo penal, toda vez que, de no existir jurídicamente su consagración, convertiría en atípicas las conductas cometidas, en tanto ellas "sólo alcanzan a quienes las realizan, los autores"¹⁹; pues la "participación se refiere a acciones de otras personas que son en todo momento atípicas"²⁰.

B. LA JURISPRUDENCIA

I. LA AUTORÍA

Autor material es "la persona física que ejecuta la conducta típica, es decir, aquella que mediante acción u omisión realiza el comportamiento a que se refiere el verbo rector del tipo legal"²¹. En términos generales, según la jurisprudencia colombiana, se tiene dicho que la autoría material está dada por la actividad que debe realizar el agente o sujeto activo del delito; esto es, autor

15 Así DE TOLEDO Y UBIETO. "La autoría", cit., p. 576.

16 GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO y JORGE BARREIRO AGUSTÍN. *Comentarios al Código Penal, Parte 1*, Madrid, Edit. Civitas, 1997, p. 170.

17 *Ibid.*, pp. 170 y 171. Si el "ejecutor material" decide en "forma autónoma la ejecución", la persona de detrás se convierte en partícipe, pues "la actuación dolosa del hombre de delante interrumpe una posible relación de autoría del hombre de detrás": BOLEA BARDÓN. Ob. cit., p. 140.

18 Así RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO. Ob. cit., p. 173.

19 PÉREZ ALONSO. Ob. cit., pp. 376, 379 y 385. DE TOLEDO Y UBIETO señala que las figuras de participación son "causas de extensión de la pena": "La autoría", cit., p. 580; así también, definiendo a las figuras de participación como "normas extensivas de la punibilidad", RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO. Ob. cit., p. 169.

20 FIERRO. Ob. cit., p. 30.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 9 de septiembre de 1980, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 138.

material “es quien realiza la conducta descrita en la respectiva norma penal” y “actúa de manera directa y personal”²².

La jurisprudencia penal ha manejado un concepto mixto de autoría, prácticamente mezclando en forma acrítica todas las posiciones dogmáticas, al señalar que autor es quien “realizó de manera directa y personal los elementos compositivos de los modelos penales violados queriendo los hechos como propios y teniendo además el control de la dirección de los acontecimientos típicos”²³.

Por el contrario, en la autoría mediata “el agente comete el delito a través de otra persona a quien no puede reprochársele su conducta, por cuanto actúa como un mero instrumento. Tal sería el caso de la violencia insuperable (*vis maior*), o el de la orden vinculante absoluta, o cuando el autor mediato coloca a la persona que actúa en situación de error insuperable respecto de la naturaleza de la acción ejecutada, o finalmente cuando la conducta se realiza utilizando a una persona como instrumento material, como sería el caso de quien empuja a una persona descuidada para dañar o lesionar. En este caso el único responsable es el autor mediato”²⁴.

La jurisprudencia reciente confirma la idea de que el instrumentalizado no es responsable, puesto que “no realiza conducta, o despliega conducta que no es típica, u obra en concurrencia de una causal de no responsabilidad –excluyente de antijuridicidad o de subjetividad– o es inimputable”²⁵.

La coautoría no aparecía regulada expresamente en un texto legal y ante los cuestionamientos por violación al principio de legalidad la jurisprudencia señaló que “es claro que no hubo omisión legislativa alguna y que el artículo 23 del Estatuto Penal de 1980 previó, dentro del concepto de autoría, la realización de la conducta por parte de una o varias personas. El sentido natural y obvio de las palabras no tornaba indispensable que en la disposición se incluyera la definición del coautor, cuando quiera que es una variable de la de autor”²⁶.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 28 de febrero de 1985, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal*, año 1985, Editora Jurídica de Colombia, p. 26, reiterada por sentencia del 18 de abril de 1985, M. P.: DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA, *ibíd.*, p. 26.

23 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 27 de junio de 1990, M. P.: JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, en *Jurisprudencia penal*, año 1990, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 369.

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 3 de junio de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, *CLXXIII*, p. 299.

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de septiembre de 2003, rad. 19.734, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 18.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 12 de septiembre de 2002, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en *Extractos de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Relatoria, 3.ª trim. de 2002, p. 179.

Los coautores materiales propios son aquellos "autores materiales que conjuntamente realizan un mismo hecho punible (donde) cada uno de ellos ejecuta simultáneamente con los otros o con inmediata sucesividad, idéntica conducta típica"²⁷, o realizan de manera completa la descripción típica.

Por el contrario, la coautoría material impropia es figura que se presenta cuando varias personas "realizan una misma y compleja operación delictiva con división del trabajo, de tal manera que cada una de ellas ejecuta una parte diversa de la empresa común"²⁸; esto es, cuando "varias personas proceden en una empresa criminal, con consciente y voluntaria división de trabajo para la producción del resultado típico, todos los partícipes tienen la calidad de autores, así su conducta vista en forma aislada no permita una directa subsunción en el tipo, porque todos están unidos en el criminal designio y actúan con conocimiento y voluntad para la producción del resultado comúnmente querido o, por lo menos, aceptado como probable"²⁹. Así también se ha dicho que "todos los participantes de un hecho criminal deben ser considerados como responsables del delito, así la actividad distribuida a cada uno de ellos haya sido diversa, puesto que [...] se trata en todos los casos de actividades diferentes, pero finalísticamente dirigidas a la consecución de un propósito común que es propio de todos los partícipes"³⁰; esto es, existe coautoría si se presenta "una verdadera repartición o distribución de funciones ilícitas o, dicho de otro modo, una asignación específica de trabajo delictivo, dentro de un todo concertado que todos asumían como propio con consciencia y voluntad"³¹. En fin, anota la jurisprudencia, en la coautoría impropia "cada cual actúa por su lado, pero

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 9 de septiembre de 1980, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 139.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 9 de septiembre de 1980, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 139.

29 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 28 de febrero de 1985, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal año 1985*, Editora Jurídica de Colombia, p. 25. Reiterada por sentencias de casación del 10 de marzo de 1993, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, del 21 de febrero de 1996, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal*, año 1996, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 157, y del 4 de febrero de 1999, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLI, en *Jurisprudencia penal*, año 1999, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 26 y 27.

30 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 17 de octubre de 1989, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal*, año 1989, 2.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 314.

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 7 de abril de 1994, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal*, año 1994, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 533.

todos colaboran con los demás en el propósito común” con división funcional del trabajo³².

En cuanto al grado de intervención y aporte en el delito, desechando la teoría del dominio del hecho y preconizando un concepto extensivo de autor que arropa la “complicidad secundaria”, se ha dicho:

... por muy importante que sea la participación del coadyuvante, jamás estará en el nivel del autor material; sin embargo, cuando la realización del hecho delictivo es conjunta, con división de trabajo, con un fin concertado, ejecutado por personas con capacidad de autores que asumen el hecho como suyo, o como dice MAURACH, con un “cooperar querido, consciente y con división de trabajo, de varios autores para la consecución de un resultado típico”, se estará frente a una coautoría impropia³³.

Posteriormente la Corte Suprema afirmó la tesis del dominio del hecho, aun cuando también sustentó marginalmente la decisión en la teoría subjetiva (*intensidad de la voluntad*) y en el grado del aporte (*la magnitud del aporte al hecho*), al señalar: “... son coautores todos aquellos que toman parte en la ejecución del delito, *codominando el hecho*, ejecutando la parte que les corresponde en la división del trabajo para obtener el resultado criminal, o sea que mancomunadamente ejecutan el hecho punible”³⁴.

La evolución de la jurisprudencia va mostrando cómo se pasa en la coautoría de la idea de *dominio del hecho* a la de *dominio funcional* en el desempeño de la actividad ilícita dividida:

La comunitaria empresa criminal fue cuidadosamente organizada y a cada uno de los intervinientes se le asignó en su desarrollo *un papel específico y determinante, revelador de dominio del hecho*³⁵. Los coautores actúan *con pleno dominio del hecho*³⁶. Resulta ilógico e

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 11 de mayo de 1994, M. P.: GUILLERMO DUQUE RUIZ, citada y reiterada por sentencia del 12 de septiembre de 2002, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en *Extractos de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Relatoría, 3.º trim. de 2002, p. 179.

33 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 10 de mayo de 1991, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal año 1991*, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 459, 464 y 465.

34 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 6 de abril de 1995, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal*, año 1995, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 299.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 1.º de julio de 1999, M. P.: MARIO MANTILLA NOUGUES, en *Jurisprudencia penal*, año 1999, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 7 y 8.

36 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 17 de mayo de 2001, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE, en *Jurisprudencia penal*, año 2001, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 338.

injurídico pretender que se responsabilice a cada interviniente en una empresa criminal únicamente por la tarea parcial que le correspondió cumplir, pues ello haría imposible la configuración de la coautoría impropia, ya que ésta emerge de un plan común, *del dominio colectivo del suceso*, de la distribución de funciones, cada una de las cuales es una pieza de la realización del resultado comúnmente querido, la que, como tal, no puede ser considerada aisladamente, pues podría aparecer como despreciable o ineficaz y, por ende, impune, y que sólo adquiere relevancia en el conjunto y con relación al plan criminal propuesto³⁷. Resulta característico de la denominada coautoría impropia que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible realice la conducta típica de manera conjunta pero con división de trabajo, por ello es inherente a esta figura la concurrencia de por lo menos dos elementos: uno subjetivo que generalmente es previo o concurrente con la comisión del hecho, consistente en la existencia de un acuerdo expreso o tácito para su acometimiento, y uno objetivo, que se manifiesta en la realización de actos orientados a su ejecución como cometido común, siéndoles por ello imputables a todos los partícipes el delito que típicamente se configure³⁸. Los actuales desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales se orientan por reconocer como característica de la denominada coautoría impropia que cada uno de los sujetos intervinientes en el hecho punible no ejecuta integral y materialmente la conducta definida en el tipo, pero sí lo hace prestando contribución objetiva a la consecución del resultado común en la que cada cual tiene *dominio funcional del hecho* con división de trabajo, cumpliendo acuerdo expreso o tácito, y previo o concurrente con la comisión del hecho, sin que para la atribución de responsabilidad resulte indispensable que cada interviniente lleve a cabo o ejecute la totalidad del supuesto fáctico contenido en el tipo o que sólo deba responder por el aporte realizado y desconectado del plan común, pues en tal caso una teoría de naturaleza objetivo formal, por ende excesivamente restrictiva, sin duda muy respetuosa del denominado principio de legalidad estricto, no logra explicar la autoría mediata ni la coautoría, como fenómenos expresamente reconocidos en el derecho positivo actual (art. 29 Ley 599 de 2000), los cuales a pesar de no haber sido normativamente previstos en la anterior codificación no pueden dar lugar a entender que no fueron objeto de consideración o que el sistema construyó un concepto de autor distinto del dogmáticamente establecido³⁹.

Recientemente la jurisprudencia ha dicho en vigencia del inciso 2.º del artículo 29 del Código Penal de 2000:

... para afirmar *coautoría* se necesitan acuerdo común, división del trabajo y observación del peso del aporte.

Acuerdo significa conformidad, asentimiento, reflexión y madurez de determinación.

37 Sentencia del 25 de abril de 2000, rad. 11.925, M. P.: JORGE ENRIQUE CÓRDOBA POVEDA.

38 Sentencia del 15 de diciembre de 2000, rad. 11.471, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 11 de julio de 2002, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Extractos de Jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Relatoría, 3.º trim. de 2002, p. 30. Reiterada por sentencia del 12 de septiembre de 2002, *ibíd.*, pp. 179 y 180.

División quiere decir separación, repartición.

Aportar, derivado de "puerto", equivale a llegar o presentarse a un lugar, hacer algo en pro de un fin común.

Las anteriores exigencias coinciden con las generalmente adosadas, antes y ahora, a la *coautoría*, vale decir, acuerdo y decisión plural; sentimiento de actuar en una obra propia inserta en una labor global, común; comportamiento signado por esa directriz, o codominio del hecho; y aporte de algo importante durante la ejecución del delito, todo ello, desde luego, mirado *objetiva y subjetivamente* [...] si una persona *actúa en comunidad dentro de la ejecución del hecho*, es *coautora* y no cómplice⁴⁰.

2. LA PARTICIPACIÓN

Se ha dicho: "llámase autor intelectual, instigador o determinador la persona física que realiza la conducta típica valiéndose de otra que materialmente la efectúa y con la cual se conecta por mandato, orden, coacción, consejo o asociación"⁴¹, esto es, "queriendo el delito no lo realiza por sí mismo"⁴². La determinación "se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable; se requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de conducta punible, y éste actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación"⁴³.

La misma jurisprudencia enseña que el cómplice es partícipe, definido como "aquella persona que sin ejecutar la conducta típica del autor contribuye de alguna manera a que éste la realice"⁴⁴.

Por decisión posterior la jurisprudencia penal precisó lo que entiende como determinación:

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 21 de agosto de 2003, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, Librería Jurídica Sánchez R., pp. 43 y 46.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 9 de septiembre de 1980, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 138.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 2 de marzo de 1981, M. P.: DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia penal 1981*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 113.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 3 de junio de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, CLXXIII, pp. 299.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 9 de septiembre de 1980, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 139.

El determinador, como una de las formas de participación en el delito, tiene una condición especial en la medida en que no ejecuta actos materiales para la obtención del resultado querido, sino que ejerce una influencia determinante en otra persona, encargada ésta de materializar la conducta descrita en el tipo penal. Su acción consiste pues en que a través de *instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio o cualquier otro medio idóneo, logra que otro realice material y directamente conducta de acción o de omisión descrita en un tipo penal*⁴⁵.

En decisión un poco extraña, la jurisprudencia penal siguió hablando de “autor intelectual”, aún en el ámbito de vigencia del Código Penal de 1980, en la cual distinguió claramente entre autor y determinador (arts. 23 y 24), pero sobre todo señaló que el último podía realizar aportes materiales del delito, lo cual debería conducir a una autoría material impropia como componente de la autoría intelectual:

El autor intelectual es aquel que no ejecuta directa o materialmente la acción contenida en el verbo rector, sino en quien nace la idea delictuosa y organiza, dirige y maneja su realización por parte de los demás intervinientes, siendo posible incluso la ejecución de aportes materiales al hecho. Ello significa que su participación en el hecho punible puede exteriorizarse con o sin contribución a los actos materiales, descritos en el tipo, concurriendo además con su voluntad, con la actividad de planear la idea criminosa y con otras actividades que trascienden el plano interno y conforman, con las demás, el complejo comportamental de la figura típica⁴⁶.

No obstante, muy pronto tal criterio fue rectificado, precisando conforme a la doctrina mayoritaria:

... es indispensable que el determinador no quiera ejecutar el acto por sí mismo y se vale entonces del “determinado” para que éste sea quien lo ejecute, limitándose él exclusivamente a hacer nacer en aquél la idea delictiva, por lo cual se le conoce también como “autor intelectual”, “instigador” o “inductor. Pero si, como en este caso, entre ambos realizan materialmente también —repítase— la conducta, la referida coautoría

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 30 de enero de 1991, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal*, año 1991, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 244 y 245. Se reitera la decisión del 1.º de diciembre de 1983, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 13 de mayo de 1998, M. P.: CARLOS MEJÍA ESCOBAR, en *Jurisprudencia penal*, año 1998, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 690. Posteriormente se ha dicho que autor intelectual equivale a determinador, no obstante el primer término ya no se utiliza; *id.* Sentencia del 21 de agosto de 2003, rad. 18.829, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 18.

surge nítida⁴⁷. Por determinador sólo puede ser tenido quien mediante inducción logra hacer nacer en otro la resolución de cometer el hecho delictivo, sin intervenir en su ejecución, pues si lo hace adquiere la condición de coautor⁴⁸.

Pero mucho más extraña es aquella decisión en la cual se equiparan no sólo desde el punto de vista punitivo sino sustancial las figuras del autor y el determinador, señalando que la calidad de partícipe sólo la tienen los cómplices. Lo más curioso de la jurisprudencia es que afirma que autor y determinador tienen carácter “principal” y la “accesoriedad” sólo se predica de la complicidad, con lo cual, en definitiva, las semejanzas a partir de la cuales se construyen géneros y especies, así como las diferencias, se establecen exclusivamente a partir del *quantum* de las penas:

Sabido resulta que según la intervención que una persona ha tenido en el hecho punible, es dable distinguir entre autores (art. 23 C. P.) y los demás partícipes, que el Estatuto Penal denomina cómplices (art. 24 C. P.). Los primeros tienen carácter principal, en tanto que los segundos actúan en forma accesoria, siendo lo normal que por razón de las características de su protagonismo en el delito, a aquellos se les sancione punitivamente con mayor drasticidad que a éstos⁴⁹.

Tal jurisprudencia hoy debe entenderse revaluada por la entrada en vigencia de la Ley 599 de 2000, toda vez que, su artículo 28 distingue entre autores y partícipes, siendo autores según el artículo 29 el autor material, el autor mediano y los coautores, así como también el autor en lugar de otro; y son partícipes, de conformidad con el artículo 30 del mismo estatuto, el determinador y el cómplice.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de diciembre de 1999, M. P.: ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 2.º sem., Señal Editora, p. 480.

48 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 22 de octubre de 2001, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2001, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 26. Posteriormente, también incluye como determinador, pero denominándolo “instigador en sentido estricto”, a quien “refuerza el germen delictivo ya surgido en otro”: id. Sentencia del 21 de agosto de 2003, rad. 18.829, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 18, lo cual desnaturaliza totalmente la figura de la determinación, toda vez que en tales eventos debe considerarse que existe una complicidad por refuerzo psicológico de la idea criminal surgida en otro.

49 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 17 de mayo de 2001, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE, en *Jurisprudencia penal*, año 2001, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 338.

C. NUESTRA POSICIÓN

La primera parte del artículo 29 inciso 1.º del Código Penal consagra la figura de la autoría inmediata, señalando que es "autor quien realice la conducta por sí mismo", lo que significa que se ha adoptado una teoría objetiva de la figura, pues se requiere que se lleve a cabo por el sujeto no sólo la realización formal sino también material del tipo, esto es, se recorra parte o toda la descripción y se penetre materialmente en la afectación del bien jurídico tutelado.

No obstante, no debe perderse de vista que la interpretación de la parte general debe ser especialmente sistemática, luego entonces otros fenómenos inciden en el asunto; de allí que, si se tiene en cuenta que la tentativa sólo puede cometerla quien tenga la calidad de autor y ésta requiere como mínimo de actos ejecutivos —lo que confirma la tesis objetiva formal, pues los actos preparatorios están por fuera del tipo— dirigidos inequívocamente a su consumación, tales requisitos unidos implican que la univocidad reclama que quien sea autor tenga en sus manos las riendas de la conducta, esto es, de él dependa si se continúa o no con la conducta, pues de lo contrario sería equívoca y en consecuencia la responsabilidad sería accesoria (arts. 27 y 30 incs. 2.º y 3.º C. P.). Además, si el dolo eventual significa que cuando se conoce el riesgo se deja en manos del azar la producción del resultado, de contera se deriva que el autor tiene bajo sus riendas la producción del resultado; con un argumento *a fortiori* podríamos afirmar que con más veras ello se predica del autor que procede con dolo directo o indirecto (art. 22 C. P.), pues de otra forma no se podría presentar el concepto de "dominabilidad del suceso".

En las formas de coautoría perfectamente puede hablarse de dominio funcional del suceso. En la coautoría propia porque rigen las mismas reglas que en la autoría inmediata, y en la impropia por cuanto, aplicándose las mismas *mutatis mutandi*, tiénese que a pesar de dividirse el trabajo criminal el aporte tiene que ser de tal importancia que su prestación sea decisiva para lograr los actos ejecutivos y consumativos (inc. 2.º art. 29 C. P.).

En la autoría mediata también rigen, salvo las especificidades, las reglas de la autoría inmediata. Empero, aquí el dominio del suceso tiene ocurrencia mediatamente, a través de otro que se ha instrumentalizado, bien por un mecanismo que implique pérdida total de la libertad o que signifique precariedad de dominar por sí mismo el suceso (dominio de la voluntad).

II. AUTORES Y PARTICIPES EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE SUJETO ACTIVO DETERMINADO

La autoría y participación en los tipos de sujetos activos determinados muestra particularidades especiales que, sin embargo, no rompen del todo las reglas fijadas para los delitos de sujetos activos indeterminados. Tales particularidades serán presentadas a continuación.

A. LA DOCTRINA

I. LA AUTORÍA

Los delitos contra la Administración Pública de “sujeto activo determinado” son tipos penales especiales, toda vez que para poder realizar la descripción típica el sujeto de la conducta requiere la calidad jurídica de “servidor público”, esto es, se produce “una selección del sujeto por consideraciones jurídicas”⁵⁰; de allí que la doctrina española denomine a esta categoría de punibles como “delitos de funcionario”, en tanto se caracterizan porque “su estructura típica exige que quien los realice tenga esa condición”⁵¹ y, por tanto, “sólo unos pocos pueden realizar lo injusto típico”⁵².

Quien no tenga la calidad de “servidor público” no podrá ser considerado autor de un delito “especial” contra la Administración Pública en ninguna de sus manifestaciones, es decir, quien no ostente tal calidad no podrá ser autor, coautor o autor mediato de un delito “especial”, por cuanto la tipificación de dichos delitos obedece a la existencia de un deber especial, dan cuenta de un especial injusto típico que lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico⁵³, vinculado necesaria, indefectible e inescindiblemente con el concepto de “relación especial de sujeción”.

HERNÁNDEZ PLASENCIA anota que para los delitos especiales “resulta irrelevante la aportación material, y lo fundamental está en la constatación de que el sujeto ha infringido un deber específico”⁵⁴, cuando se trata de la determinación del autor, coautores o autor mediato; para éste último se suman los requisitos

50 RAMÓN FERRER BARQUERO. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 199.

51 DE LA MATA BARRANCO. *La construcción de tipos específicos*, cit., pp. 1222 y 1223.

52 HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría*, cit., p. 303.

53 Así, citando a LANGER, CEREZO MIR y ROXIN, el profesor HERNÁNDEZ PLASENCIA. Ob. cit., pp. 304 y 305.

54 HERNÁNDEZ PLASENCIA. Ob. cit., p. 314.

propios de la instrumentalización de otro. Afirma ROXIN que lo importante para fundamentar la autoría mediata es la constatación de la infracción del deber sin tener que verificar el dominio del hecho, toda vez que la autoría se constituye “a través de la infracción al deber”, puesto que en los delitos de infracción a un deber, clasificación a la que pertenecen los delitos especiales, resulta suficiente para ser considerado como autor “que el que tiene el deber especial deje la ejecución de la acción a un tercero”⁵⁵.

No obstante que de lo expresado por ROXIN se desprende que en la autoría mediata en los delitos especiales el ejecutor material doloso no se desvirtúa como hombre de adelante, pensamos que no puede llegarse a ese extremo, pues en tales eventos si no hay engaño o coacción lo pertinente es atender a la determinación y el no calificado quedaría degradado a cómplice. Empero, sí resulta pertinente su anotación cuando se trata de restricción de la libertad del ejecutor material en la autoría mediata, lo que hace que se pierda el dominio de la ejecución del hecho y por error vencible o invencible lo conduzca a un tipo penal culposos o a la impunidad, pues recuérdese que en los delitos culposos la autoría no se explica por la institución del dominio del hecho.

La doctrina no encuentra problema en admitir la figura de la autoría mediata en los delitos especiales, toda vez que, independizados estos de los llamados delitos de *propia mano*⁵⁶, donde los mismos requieren “ser realizados directamente por su autor”, tal exigencia no se necesita en aquéllos en tanto el autor “puede servirse como mediador de otra persona”⁵⁷; empero, “el *extraneus* no puede ser autor mediato del delito especial —porque no reúne la condición típica de autoría de funcionario—, mientras que el *intraneus* sí puede ser autor mediato, si utiliza un *extraneus*”⁵⁸, esto es, “siempre que el *intraneus* emplee coacción o engaño sobre el *extraneus*”⁵⁹.

El administrador de recursos estatales que maneja la caja menor de la entidad estatal le ordena a la secretaria particular que tiene en el ejercicio de la investigación universitaria en una universidad privada que vaya hasta su oficina, y le entrega las seguridades donde se deposita el dinero, con el objeto de que se lo entregue a un tercero, diciéndole falsamente que con ello cumple un compromiso estatal, haciéndola incurrir en error. Se comete allí un peculado por apropiación en calidad de autor mediato, donde el *intranets* instrumentaliza a un *extraneus*.

55 Citado por BOLEA BARDÓN. *La autoría*, cit., pp. 416 y 417.

56 En los delitos de propia mano los sujetos activos son seleccionados “naturalmente”, “de acuerdo con la propia naturaleza del acontecimiento externo que la ley describe”: FERRER BARQUERO. *El delito*, cit., p. 198.

57 MUÑOZ CONDE. *Problemas de autoría y participación*, cit., p. 857.

58 MIR PUIG. Ob. cit., p. 72.

59 BOLEA BARDÓN. Ob. cit., p. 407.

FERRER BARQUERO estima posible “la responsabilidad del *intraneus* considerando un autor mediato” de un delito especial propio, mientras que “el ejecutor queda relegado a cómplice de ese delito especial”, al ser considerado un *instrumento doloso no cualificado*⁶⁰.

HERNÁNDEZ PLASENCIA indica que “el *intraneus* que induce a un *extraneus* a realizar un delito especial es autor mediato porque ha realizado el hecho infringiendo su deber a través de la actuación de otro”⁶¹.

La autoría mediata de un *intraneus* sobre un *extraneus* es posible si el ejecutor material actúa con afectación seria y profunda de la libertad, sea o no responsable, tal como sucede si existe en el ejecutor un error de tipo vencible que conduzca a la impunidad —no responsabilidad— o a la imputación por culpa —caso de que exista punición a tal título—, tanto si estamos frente a un delito especial propio que genera de todos modos impunidad por falta de calidad típica del hombre de adelante o ante un delito especial impropio, caso en el cual se efectuará la respectiva imputación por su comisión, sin que se pueda hablar en estos casos de rompimiento de la unidad de imputación, pues ella sólo opera en materia de participación. Esto es, aquí pensamos que en principio el ejecutor material actúa con muy poca libertad, pero la actuación sólo podría ser calificada como dolosa en un principio desde una perspectiva del lenguaje lato y no técnico, toda vez que un particular no podría actuar dolosamente ante un tipo penal especial contra la Administración Pública, en tanto dolo es saber y querer realizar el tipo penal, cosa que le es imposible finalmente al que actúa por error vencible.

El ejecutor material tiene *dominio de la ejecución material del hecho*, pero esta es sólo parte de la realización del tipo, restando por cubrir la cualidad, por lo cual no tendrá *dominio del hecho* como tal, pues en los delitos especiales contra la Administración Pública se requiere una especial relación de sujeción que vincula al autor con el bien jurídico de una manera especial y excluyente, pero será bastante para ser considerado como partícipe a nivel de complicidad; y el que en principio se consideró hombre de atrás será un determinador.

De lo contrario, cuando existe dolo en el ejecutor material de un delito especial —en rigor conocimiento y *dominio de la ejecución del hecho*, pues sólo puede conocer y querer a la vez los elementos diferentes a la autoría— éste deja de serlo y se convierte en determinado —autor inmediato— y el hombre de atrás pasa a ser determinador.

DE TOLEDO afirma que sólo es posible la autoría mediata en el prevaricato cuando un *intraneus* instrumentaliza a otro *intraneus*⁶².

60 FERRER BARQUERO. *El delito*, cit., p. 202.

61 HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría*, cit., p. 315.

62 DE TOLEDO. *La prevaricación*, cit., p. 421.

VÁSQUEZ ABAD en Colombia pregona la posibilidad de autoría mediata en delitos contra la Administración Pública, si el autor mediato (a quien llama autor intelectual) tiene la calidad típica de quien obrando bajo la hipnosis de aquél hace revelaciones de hechos reservados a los funcionarios públicos⁶³.

También SUÁREZ SÁNCHEZ afirma la posibilidad de presentarse la autoría mediata por parte del *intranseus* en los delitos especiales, con la única condición de que el mismo no sea a su vez un delito de propia mano⁶⁴.

Con excelente factura dogmática MÁRQUEZ CÁRDENAS afirma que “no hay obstáculo alguno para fundamentar la autoría mediata cuando un *intranseus* instrumentaliza mediante coacción o error a un *extraneus*, para que realice la conducta típica, pues el sujeto de atrás no solo realiza el hecho a través de otro sino que también reúne la condición personal exigida por el tipo”⁶⁵.

HERNÁNDEZ ESQUIVEL parece aceptar la autoría mediata en los delitos especiales cuando expone que “la vinculación de la relación de deber debe tenerla el autor mediato por ser la figura central del acontecer delictivo”⁶⁶.

Lo anterior se predica tanto de los delitos “especiales propios”, esto es, aquellos en los cuales el correspondiente delito contra la Administración Pública no tiene su correlativo comportamiento punible “común” —por ejemplo el prevaricato—⁶⁷, como de los delitos “especiales impropios”, es decir, de aquellos delitos contra la Administración Pública que sí tienen su correlato en el catálogo de delitos comunes —tal como sucede con el peculado respecto del hurto o abuso de confianza—.

También es autor “quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado” (inc. 3.º art. 29 C. P.).

63 VÁSQUEZ ABAD. *Tratado*, cit., p. 111.

64 ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 242.

65 ÁLVARO MÁRQUEZ CÁRDENAS. *La autoría mediata en el derecho penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 330. En contra FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho penal, Parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, p. 541.

66 ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Autoría y participación”, en *Lecciones de derecho penal, Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 276.

67 Otros destacan al delito “especial propio” como aquel en que “no existe una figura paralela comisible por cualquiera”: así OCTAVIO GARCÍA PÉREZ. “Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código Penal”, en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al profesor JOSÉ CEREZO MIR, Madrid, Edit. Tecnos, 2002, p. 1263.

Se trata en este aparte por cuanto “la cláusula de actuar en nombre de otro en derecho penal se ha de limitar a los delitos especiales”⁶⁸, teniendo naturaleza de cláusula de extensión de la autoría.

Se busca con tal modalidad de imputación solventar necesidades penales no cubiertas por la imposibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, como también cubrir lagunas de punibilidad que puedan surgir en el evento de responsabilizar al autor físico que actúa en nombre de otro o de una persona jurídica sin tener las calidades típicas en los delitos especiales.

Es así como se “posibilita la extensión de la responsabilidad penal al sujeto —persona física— que actúa en nombre de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de otro, siempre y cuando concorra en ésta —*persona jurídica, intraneus*— y no en el sujeto que actúa en su nombre —*persona física, extraneus*— la cualidad subjetiva requerida en el correspondiente tipo penal”⁶⁹.

Tal sucede con el tipo penal del artículo 402 del C. P., si el retenedor o el recaudador de ciertos impuestos, contribuciones o tasas es una persona jurídica y quien realiza la acción es su representante legal sin tales atributos (inc. 3.º art. 29 C. P.).

2. LA PARTICIPACIÓN

También resulta verdaderamente problemática la imputación cuando un partícipe (determinador o cómplice) no tiene la calidad de servidor público.

Comoquiera que el concepto de participación es de “referencia”, esto es, no se puede hablar de participación sin referirse al mismo tiempo a aquello en lo que se participa⁷⁰, ya que “presupone la comisión por otra persona de un hecho que domina, que le pertenece, a cuya realización contribuye el partícipe”⁷¹, algún sector de la doctrina prefiere en tales eventos considerar impune la conducta —casos de los delitos “especiales propios e impropios”— o considerar un “tratamiento individualizado”, esto es, “romper la unidad del título de imputación” —caso de los delitos “especiales impropios”⁷²; es decir, reconocen la

68 M.ª BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO. *Las actuaciones en nombre de otro en derecho penal*, Burgos, Universidad de Burgos, 2002, pp. 48 y 52.

69 *Ibíd.*, p. 48.

70 ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1990, p. 326.

71 DE LA MATA BARRANCO. *La construcción de tipos específicos*, cit., p. 1223.

72 Para tal evento cfr. PÉREZ. *Ob. cit.*, p. 413, y M.ª GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *La responsabilidad penal el coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 61. DE LA MATA BARRANCO entiende como fenómeno de la doble imputación el “hacer responder a cada sujeto del delito del cual pueda ser sujeto activo —el *extraneus*, del delito común, cuando exista, y el *intraneus*, del delito especial—”, aunque estima que

imposibilidad de efectuar una imputación de un delito “especial” a quien no tenga la calidad de servidor público si se trata de la categoría jurídica de los delitos contra la Administración Pública, renunciando definitivamente a cualquier castigo por imposibilidad jurídica de imputación en los “especiales propios” o proponiendo el castigo por el delito común correlativo para el partícipe no calificado⁷³, tal como sucedería si un particular interviene en un peculado, caso en el cual recibiría el tratamiento de “autor o cómplice de un hurto o de un abuso de confianza”.

Otro sector, seguramente mayoritario, no acepta ninguna de las anteriores conclusiones y precisa que la exigencia de la calidad típica “servidor público” sólo se requiere para las tres modalidades de autoría, esto es, para la autoría, coautoría y autoría mediata, aun cuando respecto de ésta existen algunas reservas; no así para los partícipes, es decir, determinadores y cómplices, habida cuenta que ellos no realizan la descripción típica y por tanto no requieren dicha calidad en tanto su responsabilidad es accesoria⁷⁴. Esa “accesoriedad implica la punición del partícipe por la misma figura del delito que realiza el autor”, esto es, se aplica el mismo tipo y el mismo precepto al autor y al partícipe⁷⁵.

En concreto, pues, mantener la unidad de imputación supone que “la responsabilidad del partícipe debe venir determinada por la calificación que reciba el hecho en el autor principal”⁷⁶, es decir, se debe respetar lo que FIERRO ha denominado principio de “identidad del tipo”, al reclamar que las distintas conductas típicas y no típicas deben apuntar a algo jurídicamente unitario⁷⁷.

HERNÁNDEZ PLASENCIA enseña que “las normas de los delitos especiales se dirigen sólo a los autores, mientras que las normas de la participación no tienen en cuenta para nada la especialidad o no del delito”⁷⁸.

deben aplicarse las reglas generales de la participación y por ende conservar “la unidad del título de imputación y el carácter accesorio de la participación”: ob. cit., p. 1226.

73 Se propone la punición de la conducta del partícipe bajo el entendido que “sólo es accesoria respecto al tipo de acción injusta realizada por el autor, sin que ello impida castigarle por otra, si esa incluye la acción realizada por el autor y contempla, además, las características personales del partícipe, ora sea para agravar, ora se para atenuar su responsabilidad criminal”: TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN et ál. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. 1, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 284 y 285. En nuestro medio se afirmó por un sector de la doctrina nacional que “la accesoriedad no es en relación con determinado tipo penal, sino con el carácter de punible, cualquiera sea el artículo que la describa, y en la hipótesis considerada, la conducta del autor es punible, así no lo sea en relación con el tipo concreto que creyó el partícipe”, propiciando con ello el rompimiento de la unidad de imputación: ALBERTO HERNÁNDEZ ESQUIVEL. “Concurso de personas en el delito”, en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 49, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 95.

74 Así FERRER BARQUERO. *El delito*, cit., pp. 204 a 206. También PILAR OTERO GONZÁLEZ. *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 99.

75 VIVES ANTÓN et ál. Ob. cit., pp. 284 y 285.

76 GÓMEZ RIVERO. *La inducción*, cit., p. 156.

77 FIERRO. Ob. cit., pp. 313 y 314.

78 HERNÁNDEZ PLASENCIA. *La autoría*, cit., p. 304.

CÓRDOBA RODA entiende que en términos generales se predica la posibilidad dogmática de la participación del *extraneus* en los delitos especiales, toda vez que, como bien lo ha precisado la jurisprudencia española, “el partícipe no infringe el deber específico del autor” y la responsabilidad debe ser atenuada respecto al autor⁷⁹.

Así, entonces, la teoría de la participación en los delitos especiales posibilita la punición como partícipe de un delito “a quien de ninguna manera podría ser imputado como autor, en virtud de faltarle un requisito personal esencial”⁸⁰.

En la doctrina colombiana el tema de la participación en los delitos contra la Administración Pública de sujeto activo determinado por la calidad de servidor público es prácticamente desconocido, encontrando que la mayoría de autores guardan silencio o sólo tocan el tema de manera tangencial.

Por ejemplo, cuando ARENAS trata el tema del peculado, señala que un particular puede ser cómplice de dicho delito, por la vía de la comunicabilidad de circunstancias. Igual posición asumía en el tráfico de influencias⁸¹. Actualmente tal posición es negada por ESCOBAR LÓPEZ, quien manifiesta que la figura de la “comunicabilidad de circunstancias” se aplica para las agravantes personales y materiales, y no para una “circunstancia de su existencia como delito”, de conformidad con el artículo 61 del C. P.⁸², o como con más rigurosidad dogmática refiere SALAZAR MARÍN, cuando afirma que tal artículo no aplica para los “elementos personales que fundamentan el ilícito”⁸³.

MOLINA ARRUBLA no es claro, pues parece referirse al determinador como “sujeto activo” del delito, lo cual resulta equivocado, pues tal calidad sólo la ostenta el autor, salvo que utilice la expresión en términos no técnicos. Así mismo sólo admite la intervención del *extraneus* en los delitos especiales en calidad de determinador y no de cómplice⁸⁴, cuando es más fácil admitir ésta figura en tan excepcionales situaciones.

Sin embargo ello no es novedoso, puesto que VÁSQUEZ ABAD hacía mucho tiempo venía contemplando la posibilidad de admitir la complicidad del particular tanto en el delito de prevaricato activo como pasivo, pues el delito es consumado por quien tiene la calidad y quien lo ayuda recibe el castigo por tal concepto,

79 JUAN CÓRDOBA RODA. “El delito de prevaricación judicial”, en *la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al profesor JOSÉ CEREZO MIR, Madrid, Edit. Tecnos, 2002, pp. 1228 y 1229.

80 FIERRO. *Teoría*, cit., p. 53.

81 ARENAS. *Comentarios al Código Penal colombiano*, cit., p. 146, y *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 55.

82 ESCOBAR LÓPEZ. *Función*, cit., p. 260.

83 SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe*, cit., pp. 174 y 175.

84 MOLINA ARRUBLA. *Delitos*, cit., pp. 18 y 19.

sin que pueda oponérsele la idea de una circunstancia excluyente de responsabilidad “en quien no puede cometer el delito porque le falta una condición esencial para su existencia”, lo cual se salva con la intervención del funcionario. El ejemplo manejado en el segundo evento consiste en que “un particular conviene con un funcionario público que aquél oponga algún obstáculo para que éste tenga alguna excusa o disculpa con el pretexto de retrasar, rehusar u omitir un acto a que legalmente está obligado el funcionario”⁸⁵.

Hoy, modernamente, HERNÁNDEZ ESQUIVEL admite que en los delitos especiales, tanto propios como impropios, “la realización del delito del obligado especialmente lo convierte en autor y, por importante que sea la contribución fáctica de quien no posea la calificación, siempre será partícipe”⁸⁶; y SUÁREZ SÁNCHEZ enseña que “el particular o *extraneus* en delito especial puede actuar como determinador o cómplice, pero al carecer del elemento personal exigido por el tipo, de ninguna manera podrá ser autor (directo o mediato) ni coautor”⁸⁷.

B. LA JURISPRUDENCIA

I. LA AUTORÍA

La calidad requerida para ser sujeto calificado de un delito contra la Administración Pública es la de servidor público, en los llamados tipos especiales.

La jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tiene establecido sobre el punto:

Los delitos oficiales o de responsabilidad son los que se cometen por los funcionarios públicos, por razón o motivo de funciones inherentes al cargo que desempeñan, en tanto que los delitos comunes son los que se realizan sin tener en cuenta para nada la calidad de empleado o las atribuciones de las cuales se halla investido. En estos casos, el delito se configura por la simple violación de la norma penal, en tanto que en los otros la infracción se caracteriza por la violación de la ley condicionada a la calidad de la persona —empleado público— y al ejercicio de funciones derivadas de dicho cargo.

La consideración abstracta del delito como entidad jurídica independiente del agente activo del mismo no es lo que configura propiamente el delito de responsabilidad; es la relación y valoración conjunta de esos elementos —delito y persona investida de funciones públicas— la que en cada caso concreto determina el delito oficial. En tratándo-

85 VÁSQUEZ ABAD. *Tratado*, cit., pp. 108 a 110.

86 HERNÁNDEZ ESQUIVEL. *Autoría y participación*, cit., p. 286.

87 ALBERTO SUÁREZ SÁNCHEZ. “El interviniente”, en *Derecho Penal y Criminología* n.º 72, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 27.

se de cargos de responsabilidad la ley penal no puede violarse sino por la persona que ejerce determinadas funciones y a pesar de que la infracción propiamente tipificada en las disposiciones penales que reprimen los delitos de responsabilidad, el hecho cae dentro de esa escala por consideración especial de la persona —funcionario público— que lo ejecuta y a quien la ley ha investido de un fuero especial⁸⁸.

Los juicios de responsabilidad se refieren solamente a las infracciones cometidas por exceso o defecto en el desempeño de los menesteres propios de un empleo o cargo público, de suerte que conocidas las funciones inherentes al empleo o cargo podrá decirse si hubo ilicitud por extralimitación u omisión en su ejercicio. Como regla práctica puede sentarse la de que constituyen delitos de responsabilidad los que el Código considera como propios y exclusivos de los empleados o funcionarios públicos, pues si no son tales, serán delitos comunes...⁸⁹.

Posteriormente precisó que la “especial condición del agente no permite titular de comunes las infracciones penales que así se ejecuten, y esa nota característica obra para calificarlas o tipificarlas como delitos propios a los funcionarios del Estado”⁹⁰.

La jurisprudencia ha dicho que nos encontramos ante un delito especial cuando está presente la calidad funcional de quien realiza la conducta y además resulta “indispensable que el hecho haya sido cometido con desvío o abuso de la función pública, de tal manera que sea el ejercicio irregular de la actividad oficial la causa o la razón del proceder del agente”⁹¹, esto es, la “realización de la conducta se cumpla dentro de la esfera de las facultades legales del empleado o con ocasión de las mismas, así sea en forma imperfecta o diferente”⁹².

En un principio parece que se rechazara la posibilidad de intervención de los particulares en los delitos contra la Administración Pública, abriéndose camino la solución sustancial procesal de la doble imputación en aquellos eventos en los cuales la misma conducta cometida puede ser vista desde la óptica de un peculado para el servidor público y de un hurto para el particular, lo que se ha denominado para el delito contra la Administración Pública como “delito especial impropio”.

En efecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia habló en 1959 de una categoría denominada “delito de responsabilidad” y señaló que es aquel que sólo puede ser cometido por servidor público “dentro de la esfera

88 Auto del 19 de agosto de 1947, LXIII, p. 785.

89 Auto del 28 de mayo de 1948, LXIV, p. 229.

90 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de julio de 1959, M. P.: GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, XCI de 1959, p. 202.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de febrero de 1985, M. P.: LUIS ENRIQUE AJDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal de 1985*, Editora Jurídica de Colombia, p. 171.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 5 de marzo de 1985, M. P.: DANTE FIORILLO PORRAS, en *Jurisprudencia penal de 1985*, Editora Jurídica de Colombia, p. 218.

de su actividad administrativa, con abuso de su poder, con ocasión o en razón de su cargo": "Un mismo hecho cometido en un caso por persona particular ajena a la Administración Pública, y en otro por quien está vinculada a esta, es para el primero un delito contra la propiedad (hurto, robo, etc.), y para el segundo un delito oficial, lesivo de la Administración (concusión, peculado, etc.)"⁹³, de la cual pareciera desprenderse la teoría de la doble imputación.

2. LA PARTICIPACIÓN

Posteriormente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia precisó que no resulta cierto que por no tener una persona "la calidad de funcionario público no pueda coparticipar en el delito de peculado, pues bien puede prestarse, por quien no tiene esa calidad de funcionario, esa ayuda necesaria o no necesaria para que se cometa esa infracción punible"⁹⁴, esto es, a título de cómplice⁹⁵. La jurisprudencia penal avanza en el tema y determina:

Cuando un tipo penal exige un sujeto activo cualificado, la conducta en éste descrita sólo se adecuará en forma directa a la pertinente disposición cuando el agente reúna, en el momento de la realización del hecho, la totalidad de las exigencias típicas. Sin embargo, es posible que personas que no tengan la calidad exigida por la ley para el autor material puedan responder en calidad de cómplices o determinadores de un hecho punible realizado por quien sí posee tal cualificación.

La cualificación no se exige para el determinador ni para el cómplice, pues ninguna de estas personas realiza materialmente la conducta descrita en el tipo. Aquél determina a otro a obrar y el cómplice contribuye a la realización del hecho punible, pero ninguno de ellos debe recorrer con su acción u omisión la legal descripción comportamental. Tradicionalmente, aun cuando no en forma unánime, se ha aceptado la posibilidad de que una persona en quien no concurre la exigencia legal pueda ser cómplice de un delito propio. La Sala estima que las mismas razones que se dan respecto del cómplice son de recibo para resolver la situación del determinador, ya que éste no es realmente autor sino persona que provoca en otro la realización del hecho punible, bien a través del mandato, del convenio, de la orden, del consejo, de la coacción. Es perfectamente posible que un particular planea un peculado y determine a un funcionario a que se apropie de los bienes cuya administración se le ha encomendado, así como es posible que un sujeto en quien no concurre relación de parentesco con la víctima de un incesto, determine a un pariente de ésta a que realice sobre ella actos eróticos-sexuales. De

93 Corte Suprema de Justicia. XCI, 1959, p. 202, citada por SARASTY MONTENEGRO. *Jurisprudencia*, cit., p. 109.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 5 de marzo de 1976, M. P.: HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, CLII, 2.ª parte, p. 70.

95 *Ibíd.*, p. 884.

no aceptarse este planteamiento la conducta del determinador carecería de significación jurídico penal a menos que por sí misma configurase delito autónomo.

[...] la determinación que se presenta en los casos del mandato, asociación, consejo, orden no vinculante, coacción superable, requiere la presencia de una comunicación entre determinador y determinado, de manera que entre ellos se establezca una relación en virtud de la cual el determinador sabe que está llevando al determinado a la realización de conducta punible y ésta actúa con conciencia de lo que está haciendo y de la determinación. En este caso si se trata de tipo con sujeto activo cualificado, tal condición sólo se exige para quien materialmente realiza la conducta y no para quien ha sido determinador, pues del autor es de quien debe erigirse la calidad⁹⁶.

La jurisprudencia se consolida con la decisión del 29 de octubre de 1993, mediante la cual se dejó claramente delimitado que en los delitos especiales la calidad típica sólo se exige para el autor y no para los partícipes:

No sucede lo propio con el determinador. Su rol se limita a hacer nacer en otro la decisión de delinquir, esto es, la de inducir dolosamente al autor material a cometer el injusto, quien consciente y voluntariamente acepta realizar el hecho disvalioso. Nada interesa, por consiguiente, que en su caso incumpla las especiales calidades inherentes al acto del tipo propio o especial. Esto es del todo indiferente⁹⁷.

Implícitamente la jurisprudencia dejó planteada la posibilidad de admitir la determinación de un sujeto calificado (magistrado) sobre otro *intraneus* (juez) en un delito especial propio —abuso de autoridad—, al afirmar:

En torno a la participación criminal, la legislación penal colombiana vigente se ha acogido a la tesis monista, según la cual el delito en el que intervienen varias personas conserva una unidad jurídica, puesto que la división de actividades en procura de un único resultado en nada altera la unidad de reato [...] No basta entonces que una persona aconseje a otra acerca de la realización del hecho ilícito, sino que es indispensable que tal conducta sea por tal modo determinante en la acción u omisión del ejecutor material, que pueda predicarse la unidad de infracción delictiva entre determinador y determinado; que exista una efectiva conjunción entre las dos actividades que confluyen a la violación de la ley o, dicho de otro modo, que quien ejerce la influencia lo haga de tal modo que, en caso de suprimir su intervención, otro hubiera sido el resultado de la conducta del ejecutor material⁹⁸.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 3 de junio de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, CLXXIII, pp. 228 y 299.

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 29 de octubre de 1993, M. P.: JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, CCXXVII, 2.º sem. de 1993, 2.ª parte, pp. 337, 346 y 347.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 30 de enero de 1991,

C. NUESTRA POSICIÓN

Dado el concepto de especial relación de sujeción propio de los delitos especiales, por lo cual surgen deberes para el servidor público que tienen un *plus* respecto de los que gobiernan a los simples particulares, puesto que no son aquellos que tienen origen simplemente por la existencia de un derecho que obligue a respetarlo —derecho y deber como contracasas de la misma moneda⁹⁹—, sino como consecuencia de una obligación intensificada o incrementada en su valor y exigencia jurídicos¹⁰⁰, el servidor público siempre será autor si están dadas las otras características típicas cualquiera que sea su aporte.

Por tanto resulta imposible hablar de coautoría material impropia. Siempre será autor inmediato o coautor propio.

Igualmente, siguiendo las reglas señaladas cuando se trató el tema en el ámbito de los delitos comunes, aquí también se aplica la autoría mediata. No obstante, el autor mediato debe tener la calidad de servidor público mas no el instrumentalizado, que puede serlo¹⁰¹ o no. De todos modos dependerá, como debe ser, de la estructura típica de cada delito.

La accesoriedad limitada en estos eventos es calificada, pues sólo se puede ser, en los delitos especiales, determinador o cómplice de un servidor público.

III. EL CONCEPTO DE “INTERVINIENTE” EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE SUJETO ACTIVO DETERMINADO PARA LOS EFECTOS DE LA REBAJA PUNITIVA DEL INCISO FINAL DEL ARTÍCULO 30 DEL C. P. NUESTRA POSICIÓN

La jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia comprendía bajo la categoría de autores a “todos los que contribuyen eficien-

M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal*, año 1991, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 245.

99 Filosóficamente, por demás perteneciente a los conceptos del Estado liberal, correspondiendo a lo que KANT llamó “obligación jurídica primaria”.

100 Por ello la doctrina habla de los simples deberes derivados de los derechos como correspondientes a la familia de “pareja de opuestos”, técnica jurídica en la cual aquél “suele aparecer típicamente como el complemento o correlato del término con el cual se lo presente en oposición”: GENARO CARRIO. Presentación a W. N. HOHFELD. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 9.

101 Así la aclaración de voto del magistrado YESID RAMÍREZ BASTIDAS a la sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, rad. 19.866, M. P.: JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS.

temente en la comisión de la conducta punible” y diferenciaba entre autores intelectuales “si determinan a otro u otros a que físicamente la cometan” y autores mediatos si el o los que físicamente cometen la conducta punible “apenas actúan como medio material, sin conocer ni querer el fin delictivo”, sin “ser responsables de ella”; y finalmente autor material, quien ejecuta independientemente la conducta punible. También, bajo la categoría de la “coparticipación criminal” que cobija a los anteriores incluía a los “autores por cooperación”, en tanto “prestan un auxilio necesario al cumplimiento de un fin delictivo”, y si la “ayuda no era necesaria” tomará el nombre de complicidad¹⁰².

Como se puede ver, todos los que de una u otra forma participaran en el delito eran considerados “copartícipes”; no obstante, tal expresión apenas daba cuenta del entendimiento del fenómeno desde el punto de vista “empírico” o “práctico”, puesto que la expresión no tiene categoría dogmática.

Empero, mucho antes había clasificado a los copartícipes en “participación principal”, en la cual “hay, fuera del auxilio físico indispensable, un vínculo psicológico original que une a los partícipes”; y “participación secundaria”, en donde “ese vínculo puede surgir *ex post facto* o hacerse presente en forma accidental”¹⁰³.

Se desprende de la anterior jurisprudencia que los “partícipes principales” eran los autores, coautores y eventualmente algunos tipos de autoría mediata donde medie un vínculo psicológico entre el hombre de atrás y el hombre instrumentalizado, así el mismo se encuentre viciado por ignorancia, error inevitable o *vis absoluta*. Por el contrario, los “partícipes secundarios” serían aquellos que no ostentaran las calidades de autor, es decir, su participación sería accidental en tanto pueden o no acceder a la realización típica sin que ella se desvirtúe o sufra alguna mengua, pero donde de todos modos algún vínculo psicológico debe existir entre ellos y el autor, tal como sucedería con la determinación y la complicidad; a lo cual se deben sumar el “encubrimiento” y la “receptación” en las que el vínculo psicológico tiene ocurrencia con posterioridad a la comisión del delito, pues si tuviera ocurrencia con anterioridad se ubicaría en la complicidad.

Allí sí, de acuerdo a la definición y por apuntar claramente a la diferenciación de fenómenos, se proponía una categoría dogmática denominada genéricamente “participación”.

102 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia de abril 30 de 1962, M. P.: HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, XCVIII, 1962, pp. 534 y 535, citada por SARASTY MONTENEGRO. *Jurisprudencia*, cit., t. I, pp. 229 y 230. Ya en 1951 dicha corporación había utilizado la expresión “coparticipación” para calificar la “típica participación criminosa de un sujeto, o sea, para reputarlo como autor principal, cómplice necesario, o colaborador simplemente accesorio o secundario”: LXIX, 1951, citada por SARASTY MONTENEGRO, *ibid.*, p. 337.

103 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 23 de febrero de 1955, M. P.: RICARDO JORDÁN JIMÉNEZ, LXXIX, 1954, p. 601, citada por SARASTY MONTENEGRO. *Ob. cit.*, t. II, pp. 78 y 79.

Copartícipes y partícipes eran expresiones que denotaban, antes que todo, una intervención plural de personas en el delito. Con tal fin fue redactado el artículo 28 del Proyecto de Ley de Código Penal actual que señalaba como copartícipes a “los coautores y partícipes”, norma que posteriormente fue modificada por la de “concurso de personas en la conducta punible”.

En el Código Penal de 1980 no se consagró una figura de tal calado, no empee, resulta claro que ningún problema existía para su desarrollo¹⁰⁴.

Sólo hasta la vigencia del Código Penal de 2000 es cuando surge la problemática a partir de la interpretación que debe dársele a la expresión “interviniente” de que da cuenta el inciso final del artículo 30.

Cuando en un delito especial contra la Administración Pública interviene un particular, cualquiera que sea su intervención y por muy importante que resulte, jurídicamente es imposible considerarlo como autor material. Autor material sólo puede ser, en estos eventos, quien ostente la calidad típica.

Un sector de la doctrina extranjera entiende que cuando nos encontramos frente a delitos especiales el tratamiento tiene que ser diferencial.

Si se trata de delito especial propio, esto es, no existe el “correlativo tipo común que puede cometer un particular” —por ejemplo el prevaricato—, “rige el criterio de la accesoriedad de la participación, si bien los *extranei* no pueden ser autores en sentido estricto ni autores mediatos, pero sí cabe la inducción, la cooperación necesaria y la complicidad”¹⁰⁵, se recuerda nuevamente.

Si se trata de delito especial impropio, esto es, cuando “existe el correlativo tipo común que puede cometer un particular” —por ejemplo peculado y hurto—, rige el criterio de la doble imputación. El servidor público responderá por el peculado y el particular por el hurto, afirmaban algunos.

No obstante, la doctrina avanza hacia el reconocimiento que “parece jurídicamente más correcto aplicar las mismas reglas de accesoriedad dentro de la unidad del título de la imputación también en los delitos impropios”¹⁰⁶.

104 Es cierto que tal problemática no surgió en vigencia del Código Penal de 1980; no obstante, la jurisprudencia era certera en señalar que obligatoriamente “cuando se trata de deducir agravantes, en las cuales se dio una conjugación o unidad de conocimiento y voluntad, las consecuencias de las mismas deben cargarse por igual” al determinador y al autor material: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 10 de junio de 1993, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal*, año 1993, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 409. Lo que bien podría indicar *a contrario sensu, mutatis mutandi*, que cuando el determinador no tenga la calidad de autoría que implica un reproche punitivo mayor, no debe imputársele el mismo.

105 J. A. CHOCIÁN MONTALVO y A. CALDERÓN CEREZO. *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Barcelona, Edit. Bosch, 2000, p. 1052.

106 Ídem.

Al particular que interviene, siguiendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia; de Colombia sólo puede imputársele el delito especial en calidad de “determinador o cómplice”¹⁰⁷. Se ha rechazado radicalmente la teoría de la doble imputación.

Obviamente, la ponderación de la tasación punitiva tiene que ser diferente a la realizada sobre el autor, habida cuenta que éste no sólo lesiona el bien jurídico, sino que además infringe particulares deberes funcionales.

Si ello es así, resulta de elemental justicia la rebaja de pena consagrada en el artículo 30 inciso final del C. P. de 2000, propuesta que materializa la jurisprudencia de la Corte Constitucional al afirmar:

... encaja dentro del criterio de exigir una mayor responsabilidad en el ejercicio de sus funciones por parte del empleado oficial, que sustenta el régimen de responsabilidad de todos los servidores oficiales de conformidad con la preceptiva constitucional (arts. 6, 89, 95, 209 C. N.)¹⁰⁸ [...] La diferencia en el *quantum* de la pena, bien que se trate de un sujeto activo simple o de uno cualificado por su condición de empleado oficial, obedece, entre otras razones, a que el delito cometido por persona indeterminada reviste la misma gravedad y produce los mismos efectos independientemente de quien lo cometa. El delito perpetrado por un empleado público en ejercicio de sus funciones o de su cargo o con ocasión de ellos, en cambio, además de vulnerar determinados bienes jurídicos tutelados, lesiona los valores de la credibilidad y de la confianza públicas, lo cual justifica que la pena a imponer sea mayor¹⁰⁹.

Posteriormente la rectora de la jurisprudencia constitucional ha reiterado que “la posibilidad de prever castigos más drásticos para los servidores públicos se acomoda sin dificultad, en tanto la ejerza el legislador, a las reglas de *responsabilidad diferencial* contempladas por el artículo 6.º de la Constitución Política”¹¹⁰. Recientemente se ha reiterado tal posición al afirmarse que “la condición del servidor público frente a los bienes del Estado es distinta a la de cualquier particular, y que su responsabilidad, de acuerdo con el artículo 6.º de la Constitución Política, se enmarca dentro de principios precisos que son mucho más exigentes en cualquier circunstancia, en atención precisamente a dicho mandato constitucional”¹¹¹.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia por sentencia del 25 de abril de 2002 ha precisado los alcances del inciso final del artículo 30 del C. P., señalando que tal rebaja de pena obedece al criterio de “proporcionalidad”

107 Sentencia del 3 junio de 1983.

108 Sentencia C-087 de 1997.

109 Sentencia C-345 de 1995.

110 Sentencia C-157 de 1997.

111 Sentencia C-551 del 30 de mayo de 2001, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

que comportan “las diversas graduaciones del tratamiento diferencial”, habida cuenta que “el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico demanda para su configuración” y que reclama del “autor especial”, toda vez que “de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección” que impone la calidad de “tipo especial”, cuestión que no se aplica para quienes no ostentan la calidad típica requerida¹¹².

Empero, al conceptualizar sobre la expresión “interviniente” sugiere unos alcances demasiado extensos, para lo cual basta transcribir lo siguiente:

La Ley 599 de 2000 dispone en su artículo 30:

“Partícipes. Son partícipes el determinador y el cómplice.

“Quien determine a otro a realizar la conducta antijurídica incurrirá en la pena prevista para la infracción.

“Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

“Al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurra en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”.

El determinador, entonces, responde por la pena prevista en la respectiva disposición. Pero si se trata de persona que no reúne la calidad especial exigida por el tipo penal (en este caso la de servidor público) los extremos de la sanción varían en la cuarta parte.

Estima la Sala necesario efectuar algunas precisiones acerca de la aplicación de los artículos 28, 29 y 30 del C. P., a propósito del inciso final del artículo últimamente citado.

Dicho inciso consagra una disminución punitiva para el interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal, concurre a la realización del hecho punible.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, casación 12191, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR, en *Jurisprudencia y Doctrina*, Bogotá, Edit. Legis, pp. 1215 y ss. Reiterada por auto del 20 de junio de 2002, M. P.: JORGE CORDOBA POVEDA, en la cual incluso se fue más allá de lo inicialmente decidido, toda vez que se afirmó que “al particular que concurra en la comisión de un delito de sujeto activo calificado no sólo se le atenuará la pena en una cuarta parte, por ser interviniente sin la calidad especial exigida por el tipo, sino que no se le extenderá el lapso de prescripción en una tercera parte, según la nueva ley penal (arts. 30 y 83)”: *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2002, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 206.

Los puntos de partida de la norma en cuestión son entonces dos: Que se trate de un delito que fundamenta su existencia en una calidad especial, aspecto éste que se vincula con la presencia de deberes especiales que se concretan en el ámbito de protección del respectivo bien jurídico tutelado. Y que se trate de concurrencia o pluralidad de intervinientes, que pueden hacerlo, en principio, bajo cualquier modalidad de autoría (art. 29) o bajo cualquier modalidad de participación (incs. 1.º, 2.º y 3.º art. 30).

No regula esta norma, en consecuencia, hipótesis que tienen que ver con el nacimiento de agravantes o atenuantes por causa de la calidad del sujeto ya que éstas encuentran regulación en el artículo 62 del C. P. que trata sobre su comunicabilidad.

El de interviniente no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos. La norma, en este sentido zanja *de lege data* toda disputa entre las distintas soluciones dogmáticas para disponer, de un lado, el carácter unitario de la imputación alrededor del tipo especial y, de otro, la rebaja punitiva que se explica y funda en que el particular no infringe ningún deber jurídico especial de aquellos que la necesidad de tutela particular del respectivo bien jurídico, demanda para su configuración. De ahí que se pueda ser interviniente a título de autor, en cualquiera de las modalidades de autoría (art. 29), o se pueda ser interviniente a título de partícipe (determinador o cómplice).

La Sala considera, además, que para que haya lugar a la configuración del tipo especial basta con que alguno de los concurrentes que toman parte en su realización ostente la calidad especial y, por supuesto, infrinja el deber jurídico especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, sea cual fuere la posición desde donde se ubique. Si el sujeto calificado, por así decirlo, realiza materialmente la conducta descrita, exclusiva o concurrentemente con otros, o lo hace instrumentalizando a otro, o es instrumento de alguien que actúa sobre su voluntad (forzándolo o induciéndolo a error), o si actúa en relación con organización de la que se predica la calidad especial, el tipo especial surge. Y establecido lo anterior habrá que mirar, para determinar el marco dentro del cual opera la pena, la conducta del particular que concurre al hecho, así: *si interviene como coautor, como autor mediato, como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de persona jurídica, de ente colectivo sin tal atributo o de persona natural cuya representación voluntaria se detente (art. 29 C. P.), o si lo hace como determinador (instigador) de otro que actúa dolosamente, o como determinado (instigado), la pena será la prevista para el delito de acuerdo con los incisos final y 2.º de los artículos 29 y 30 respectivamente, rebajada en una cuarta parte (inc. 4.º art. 30). Pero si se trata de un particular que interviene participando como cómplice de una de estas infracciones, su pena es la que corresponde a la naturaleza secundaria de su grado de participación (inc. 3.º art. 30 C. P.), a su vez disminuida en una cuarta parte tal cual lo prevé el inciso final de la misma disposición. Empero, si el particular es utilizado como instrumento de otro (sujeto calificado) o de otros (dentro de los cuales se encuentra un sujeto calificado) su compromiso penal es ninguno al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 del C. P.*

Las disposiciones, así entendidas, realizan los propósitos del legislador frente a 3 distinciones básicas y guardan correlación con ellas. Por una parte se preserva el postulado de la unidad de imputación, evitando que los concurrentes al hecho respondan por delitos diferentes. Por otro lado, permite conservar la distinción entre formas de intervención principales y accesorias. Y por otro lado guarda o mantiene la correspondencia punitiva que condujo al legislador a adscribir grados de compromiso y consecuencias punitivas distintas para los autores y coautores, y para los determinadores, por una parte, y para los cómplices por la otra, dado que en este último evento la participación además de accesoria es secundaria, menor y, por supuesto, menos grave.

Ello también, finalmente, permite conservar, en términos de esa proporcionalidad, los fundamentos de las distinciones hechas por el legislador para justificar la diferencia de trato, es decir, para que produzcan efecto jurídico las diversas graduaciones del tratamiento diferencial entre quienes tienen a su cargo deberes jurídicos específicos que los vinculan con los tipos especiales, porque de ellos se espera una actitud de compromiso especial frente a su protección, y quienes no los tienen. Y entre quienes concurren al hecho llevando a cabo aportes de conducta que el legislador disvalora por igual (autores y determinadores) y quienes lo hacen en menor grado y medida (cómplices).

Todo lo anterior supone que el servidor público o el sujeto calificado en cuya condición y deber jurídico especial se fundamenta la realización objetiva del tipo no puede actuar como determinador o cómplice, por definición. Su participación no se concibe sino a título de autoría en cualquiera de sus modalidades o, en último extremo y residualmente, por comisión por omisión (al tener el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia con los demás) (*cursiva fuera de texto*).

Como puede verse, la jurisprudencia extiende a la coautoría y autoría mediata un beneficio punitivo que sólo puede tener quien, por no reunir la calidad típica requerida, no puede precisamente ser autor, toda vez que la coautoría y la autoría mediata son formas de autoría y como tal requieren también sujeto activo calificado, si así lo dispone el tipo penal respectivo. Esto es, en los delitos especiales los particulares no pueden ser autores, tampoco coautores ni autores mediatos por falta de la calidad típica.

Así mismo, tampoco tal beneficio lo podría recibir el "instigado" o determinado, pues si se trata de un delito especial tal calidad sólo la puede tener el autor y éste deberá ser siempre calificado.

En resumen, aplica una rebaja de pena a sujetos que sí infringen un deber especial, en tanto están sujetos a deberes especiales por razón de su vinculación a la Administración Pública en razón de una relación especial de sujeción.

Empero, posteriormente, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, por sentencia del 8 de julio de 2003, ha recortado incomprensiblemente los alcances del inciso final del artículo 30 del C. P., afirmando:

Finalmente, condenado el procesado, como cómplice, razón por la cual el a quo interpretó le correspondía una disminución punitiva de una cuarta parte, de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 30 del C. P., o le comportaría una rebaja de una sexta parte a la mitad, de acuerdo con el inciso 3.º de la misma norma, más otra equivalente a la cuarta parte por tratarse, según criterio de la Corte expuesto en providencia del 25 de abril de 2002, de interviniente que no tiene la calidad especial exigida en el tipo penal, resulta, sin embargo, procedente hacer un reexamen de tales posiciones en aras de definir qué se entiende por interviniente en ese contexto y cuál es ciertamente la pena que corresponde a quien, actuando como determinador o cómplice, no reúne las calidades requeridas en la descripción típica y cuál la que debe imponerse a quien ejecutando como suya la acción contenida en el verbo rector carece también de dichas calidades.

En efecto, definiendo el artículo 29 de la Ley 599 de 2000 como autor a “quien realice la conducta punible por sí mismo o utilizando a otro como instrumento”, también a “quien actúa como miembro u órgano de representación autorizado o de hecho de una persona jurídica, de un ente colectivo sin tal atributo, o de una persona natural cuya representación voluntaria se detente, y realiza la conducta punible, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurren en él, pero sí en la persona o ente colectivo representado”, y como coautores a “los que, mediando un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte”, e incluyendo el artículo 30 del C. P. vigente, por su parte, bajo el título de partícipes al determinador y al cómplice, para, en el inciso 2.º, señalar que a aquél corresponde la pena prevista para la infracción, y en el 3.º que éste (el cómplice) incurrirá en la pena prevista para el punible disminuida de una sexta parte a la mitad, al tiempo que en el inciso final dispone que “al interviniente que no teniendo las calidades especiales exigidas en el tipo penal concurre en su realización, se le rebajará la pena en una cuarta parte”, podría todo lo anterior significar, en principio, que el término interviniente por hallarse en ese contexto, sólo se refiere a determinadores y cómplices o que, por su acepción gramatical, como lo señalara la Sala en aquella decisión, “no es, entonces, un concepto que corresponde a una categoría autónoma de coejecución del hecho punible sino un concepto de referencia para aludir a personas que, sin reunir las calidades especiales previstas en el respectivo tipo especial, toman parte en la realización de la conducta, compartiendo roles con el sujeto calificado o accediendo a ellos”.

Sin embargo, bajo el necesario supuesto de que en el delito propio los extraños, valga decir el determinador y el cómplice, no requieren calidad alguna, pues aquél no ejecuta de manera directa la conducta punible y el cómplice tiene apenas una participación accesoria, surge evidente la exclusión que a tales partícipes hace el inciso final del precitado artículo 30, ya que si a éstos no se les exige calidad alguna, valga decir que su condición o no de servidor público no tiene incidencia alguna en la participación que respecto a la conducta punible despliegan, ningún sentido lógico tiene el que se les dispense un adicional tratamiento punitivo definitivamente más favorable precisamente por una calidad que resulta intrascendente en sus respectivos roles, en cuanto al determinador, no siendo servidor público, condición que para nada importa en el des-

pliegue de la instigación, se le estaría rebajando la pena en una cuarta parte y al cómplice, cuya condición o no de servidor público tampoco comporta ninguna trascendencia en la ejecución del papel accesorio, se le estaría favoreciendo igualmente con una rebaja de esa proporción pero sumada a la que correspondería por su participación, prevista entre una sexta parte a la mitad.

Es que, siendo absolutamente claro el artículo 30 en señalar que al determinador le corresponde la pena prevista en la infracción y al cómplice esta misma rebajada en una sexta parte a la mitad, si ellos carecen de la cualificación especial que el tipo penal no exige para que su participación se entienda consumada, en nada desnaturaliza los propósitos del legislador, pues aún se mantiene la unidad de imputación, se conserva la distinción entre formas de intervención principales y accesorias y se guarda la correspondencia punitiva frente a los diversos grados de compromiso penal.

Por eso, cuando dicha norma utiliza el término intervinientes no lo hace como un símil de participantes ni como un concepto que congloba a todo aquél que de una u otra forma concurre en la realización de la conducta punible, valga decir determinadores, autores, coautores y cómplices, sino lo hace en un sentido restrictivo de coautor de delito especial sin cualificación, pues el supuesto necesario es que el punible propio sólo lo puede ejecutar el sujeto que reúna la condición prevista en el tipo penal, pero como puede suceder que sujetos que no reúnan dicha condición también concurren a la realización del verbo rector, ejecutando la conducta como suya, es decir como autor, es allí donde opera la acepción legal de intervinientes para que así se entiendan realizados los propósitos del legislador en la medida en que, principalmente, se conserva la unidad de imputación, pero además se hace práctica la distinción punitiva que frente a ciertos deberes jurídicos estableció el legislador relacionándolos al interior de una misma figura y no respecto de otras en que esa condición no comporta trascendencia de ninguna clase.

Pero además, tal entendimiento, ya dinamizado en relación con hechos punibles de sujeto activo que no requiera calidades y frente a un criterio de política criminal, tiende a hacer real el principio de igualdad pues, de iterarse el criterio ya expresado de la Sala en la decisión antes citada, no se entendería porqué razón a un determinador de peculado, por ejemplo, se le beneficiaría con una rebaja de la cuarta parte de la pena, mas no así a un instigador de un delito de hurto, o porqué a un cómplice de concusión se le rebajaría en principio la pena de una sexta parte a la mitad, y luego en una cuarta más por no ser servidor público. Más aún, tampoco se entendería porqué a un particular, cómplice de peculado se le harían tales rebajas mientras que a un servidor público cómplice del mismo delito no se le haría sino la primera, cuando ciertamente su condición nada tendría que ver con su participación, pues ella, en tal caso, la ley la encuentra carente de trascendencia.

Por tanto, al determinador de un delito, con o sin la condición exigida para el sujeto activo, le corresponde la pena prevista para la infracción; al cómplice de un delito propio, que obviamente no necesita condición alguna y en definitiva careciendo o no de ella, le corresponde la pena prevista para la infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

Pero al coautor, pues necesariamente el inciso final tiene como supuesto el concurso de sujetos, que realizando como suyo obviamente el verbo rector del tipo penal especial, no cuente sin embargo con la cualidad que para el sujeto activo demanda la respectiva norma, la pena que le corresponderá será la prevista para la infracción disminuida en una cuarta parte, de conformidad con el inciso final del precitado artículo 30. Así, *v. gr.*, si con un servidor público, un particular concurre a apropiarse en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado, la pena que le corresponderá será la del peculado, por conservarse la unidad de imputación, disminuida en una cuarta parte; he ahí el trato diferencial, por no poseer la cualidad exigida para el sujeto activo.

Además, así entendida esa acepción, se explica porqué conductas como el peculado por extensión ya no encuentran una específica regulación en la Ley 599 de 2000, pues aquella opera como un amplificador del tipo penal¹¹³.

El giro jurisprudencial hace inoperante el inciso final del artículo 30 del C. P. con base en los siguientes deleznales argumentos:

1. A los partícipes no se les exige cualificación alguna, sin que ello desnaturalice los presupuestos de la unidad de imputación.
2. Hacer tal diferenciación punitiva –rebaja punitiva para el determinador y cómplice– desconoce el principio de igualdad, pues no es explicable por qué se le debe rebajar la pena al determinador y cómplice de un peculado y no a los de un hurto.
3. La ley al utilizar la expresión “interviniente” no lo hace como símil de “partícipe”.
4. La norma en comento va dirigida a los coautores sin cualificación de un delito especial.
5. El peculado por extensión, que operaba como un amplificador del tipo penal, desapareció, lo cual explica la nueva interpretación.

La disposición cuestionada no tiene que ver en esencia con la “unidad de imputación”, sino con la idea del injusto complejo que comporta la realización de un delito especial, al lesionar el bien jurídico tutelado y el deber especial que cobija al autor especial¹¹⁴. Ya ello ha sido explicado suficientemente con anterioridad, pero transcribamos lo esencial:

La intervención del extraño como partícipe en los delitos especiales amerita, en aras de la justicia material, que los marcos abstractos de las respectivas penas sean disminuidos tanto en sus mínimos como en sus máximos.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 2.ª instancia 20.704 del 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE.

¹¹⁴ Cfr. MÁRQUEZ CÁRDENAS. *La autoría*, cit., pp. 337 y ss.

En efecto, el injusto en los delitos especiales se caracteriza por cuanto, además de presentarse una puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado, dada la específica vinculación del autor con un deber, éste también resulta lesionado. Es decir, el injusto es una sumatoria de puesta en peligro o lesión del bien jurídico e infracción a un deber.

Conforme a ello se han establecido unos marcos punitivos que oscilan entre un mínimo y un máximo. Ejemplos claros de esta fenomenología son los delitos contra la Administración Pública y de justicia.

Un particular, por ejemplo, puede acceder a la comisión de uno cualquiera de los llamados delitos especiales; no obstante, jamás podrá ser autor, habida cuenta que no tiene las calidades típicas. Sin embargo, la imputación del injusto deberá efectuársele, según el caso, a título de determinador o cómplice. En una u otra modalidad la pena se deduce conforme al marco punitivo aplicable al autor.

Resulta entonces que, si ello es así, a quien no tiene las calidades típicas y por tanto no le compete un deber especial, se le está cargando un injusto que sólo parcialmente puede atribuírsele. Esto es, en su cuenta sólo le es computable la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado, toda vez que un bien jurídico puede ser afectado por cualquiera; no obstante, también se le computa el *plus* del injusto producto de la sumatoria a lo anterior de la infracción a un deber. Sin duda alguna su situación se le está agravando sin consideración a que, por ser un extraño, no le compete la observancia de un deber especial.

Significa lo anterior que a quien no puede infringir un deber por cuanto no lo vincula, de todos modos se da por supuesta su ocurrencia, lo que supone herir gravemente el sentido de justicia que informa la antijuricidad. Ello contraría la *justicia material*, por tanto, en aras de la equidad debe buscarse un remedio.

Si el injusto del autor en los delitos especiales es la sumatoria de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado y la infracción a un deber, tenemos aquí la configuración del injusto a plenitud. Empero, cuando en estos delitos accede un extraño como partícipe, tal injusto no se configuraría, respecto a él, con plenitud, toda vez que sólo tendría aptitud para poner en peligro o lesionar el bien jurídico tutelado; por tanto, la conclusión es obvia: existe un injusto incompleto¹¹⁵.

Así, se ha dicho que en “los delitos especiales falta para el *extraneus* un momento de antijuricidad personal”¹¹⁶ o un “elemento o calidad personal cons-

115 BARBOSA CASTILLO y GÓMEZ PAVAJEAU. *Bien jurídico*, cit., pp. 138 a 140. Tal forma de pensar estaba implícita en la doctrina cuando se afirmaba que el aumento del contenido del injusto en los delitos especiales impropios respecto de su correlativo común estribaba en que en estos existe un “interés de la comunidad por la pureza del desempeño de un cargo público” y por tanto sólo el sujeto cualificado infringe el “deber especial”: ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG. *Autor y cómplice en derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966, pp. 252 y 254.

116 MÁRQUEZ CÁRDENAS. *La autoría*, cit., p. 346.

titutivo a su vez de un elemento normativo del tipo que *fundamenta el injusto*¹¹⁷. Igualmente el Tribunal Supremo español, en sentencia del 24 de junio de 1994, afirmó que por exigencia del principio de proporcionalidad se aplica al *extraneus* —no funcionario— que interviene en un delito especial la atenuante analógica numeral 6 del artículo 21 del C. P., toda vez que “no actúa con la potencialidad y fuerza de antijuridicidad que caracteriza a quien sí posee esta condición”¹¹⁸; lo cual coincide con la tesis de RAMOS TAPIA, quien además de señalar que es tesis mayoritaria la necesidad de la rebaja especial de pena en España, justifica la menor punición en “la inalcanzabilidad o inaccesibilidad que para el mismo —*extraneus*— tiene el bien jurídico”, esto es, “el *extraneus* no quebranta el deber especial que vincula al autor”¹¹⁹; puesto que, como dice ROXIN, “la caracterización del autor como sujeto especialmente obligado sitúa al partícipe en una mayor distancia de la que existe en los delitos comunes”¹²⁰.

Como dice PEÑARANDA RAMOS, en los delitos especiales “el hecho principal vincula al partícipe con una institución que a él por lo demás no afecta (no tiene el *status*)”, por tanto se explora la necesidad de reconocer una rebaja punitiva para determinador y cómplice que intervienen en delitos especiales¹²¹.

En fin, pues, el partícipe *extraneus* no infringe el deber especial al cual se encuentra sometido quien se halla vinculado a una relación especial de sujeción, tal como acontece con el sujeto activo determinado en los delitos contra la Administración Pública¹²².

El concepto de igualdad que maneja la jurisprudencia colombiana es propio de una idea formal y no material, midiendo con un mismo rasero a todos,

117 SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe*, cit., pp. 174 y 175.

118 No está de acuerdo con la rebaja de pena pero cita la jurisprudencia GONZÁLEZ CUSSAC. Ob. cit., p. 135. En esencia, la jurisprudencia, condensada en las sentencias del Tribunal Supremo español del 12 de febrero de 1992, 21 marzo de 1992, 2 febrero de 1994, 24 junio de 1994, 20 mayo de 1996, 10 enero de 1997, 12 febrero de 1997, 25 marzo de 1997, 5 junio de 1998, 29 julio de 1998, 12 julio de 1999, y 15 julio del 2002, enseña que la menor gravedad del injusto del *extraneus* que participa en un delito especial respecto de la del *intraneus*, amerita una rebaja de pena; cfr. OTERO GONZÁLEZ. *La circunstancia*, cit., p. 98.

119 MARÍA INMACULADA RAMOS TAPIA. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 210, 521 y 522.

120 Citado por RAMOS TAPIA. Ob. cit., p. 520.

121 PEÑARANDA RAMOS. *La participación*, cit., pp. 333 y ss.

122 En contra un sector minoritario de la doctrina que indica que “el contenido del desvalor de la participación depende siempre del hecho principal realizado por el autor y por eso debe seguir la misma calificación jurídica de éste [...] la pena del *extraneus* que colabora en un delito especial debe ser igual que la del *intraneus* que colabora igualmente en un delito especial porque en ninguno de los dos casos se infringe un deber específico propio sino que se contribuye a que el autor *intraneus* lo infrinja [...] el *extraneus* que colabora en un delito especial debe tener más pena que el que colabora en un delito común, pero la misma del *intraneus* que coopera en un delito especial”: OTERO GONZÁLEZ. Ob. cit., pp. 99 a 101.

como aquella criticada norma que por llevar al extremo el principio de igualdad prohibía a todos sin distinción dormir bajo los puentes de París, olvidando que eran los pobres de solemnidad quienes desarrollaban dichas conductas.

Un peculado es un peculado y un hurto es un hurto. El primero atenta contra el bien jurídico de la Administración Pública y el segundo contra el patrimonio económico. El peculado es delito especial propio y el hurto es delito común. El primero requiere sujeto activo cualificado y el segundo indeterminado. El injusto del peculado se funda en la lesión del bien jurídico y la lesión al deber oficial, el del hurto sólo en lo primero.

Igualdad es distinguir lo igual de lo desigual. Tratar lo igual como igual y lo desigual como desigual.

Pero además, no explica la jurisprudencia penal colombiana por qué a un "coautor" no calificado sí se le reconocerá la rebaja punitiva del artículo 30 inciso final y lo mismo no tiene ocurrencia respecto del "cómplice" no calificado que participa en el mismo delito, situación desventajosa frente a un criterio de intervención menos drástico o menos censurable.

Es cierto que la expresión interviniente no equivale sin más a "partícipe", pero no es menos cierto que lo primero es un género y lo segundo una especie, esto es, partícipe es una especie de interviniente.

Ya vimos cómo esas reglas son seguidas por el derecho penal español tal como lo reporta CHOCLÁN, y hace referencia que a ello se suman MUÑOZ CONDE y FEIJÓO SÁNCHEZ. Pero además, se insiste, respecto a la participación de un *extraneus* en un delito especial propio —prevaricato— que para los inductores, cooperadores necesarios y cómplices el tratamiento debe ajustarse a una "responsabilidad atenuada al no infringir los partícipes ningún deber específico, por lo que la jurisprudencia es partidaria de la aplicación de la atenuante por analogía del artículo 21.6", haciendo mención a la decisión del 12 de febrero de 1997 del Tribunal Supremo español¹²³, lo cual ya planteaba desde hacía mucho tiempo GIMBERNAT ORDEIG desde una perspectiva *de lege ferenda*¹²⁴.

Recientemente se suma a tal posición C. MIR PUIG al precisar que tal responsabilidad debe atenuarse, incluso sin romper la unidad de imputación, pues la falta de la relación personal que fundamenta la punibilidad del delito especial hace del reproche por ilicitud efectuado al partícipe una minoría ante el realizado al autor calificado¹²⁵.

123 CHOCLÁN et ál. *Derecho penal*, cit., p. 1055.

124 GIMBERNAT ORDEIG. *Autoría y complicidad*, cit., p. 292.

125 C. MIR PUIG. Ob. cit., pp. 75 a 78.

En Colombia, no obstante, sin ser muy claro sobre cuál era el tipo de atenuación que debía efectuarse, en vigencia del Código Penal de 1980, SALAZAR MARÍN planteaba una rebaja de pena al partícipe *extraneus* en un delito especial, habida cuenta que no quebranta “las relaciones de confianza y lealtad debidas al Estado”¹²⁶. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ apreciaba en tal situación una laguna de punibilidad, que sólo es corregible a través de una reforma que consagre una rebaja punitiva para el partícipe *extraneus*¹²⁷.

Así también —parcialmente de acuerdo con lo que aquí se propone— lo establece el Código Penal Alemán en su numeral 2 artículo 28 al cobijar con el concepto de “interviniente” tanto a los “autores” como a los “partícipes”. De allí que tal norma, en su numeral 1, similar a la colombiana, disponga que “si faltan las características personales especiales en el partícipe (instigador y cómplice), que fundamentan la punibilidad del autor, entonces se debe atenuar la pena, de conformidad con el artículo 49 párrafo 1.”¹²⁸.

Tal es el sistema seguido por el Código Penal de 2000. En efecto:

En la exposición de motivos que presentó el Fiscal General de la Nación con el Proyecto de Ley de Código Penal se dejó expresamente claro que “la determinación y complicidad son formas de la figura de responsabilidad accesoria de la participación”¹²⁹.

El artículo 30 trata el tema de los “partícipes”. El inciso 3.º disponía que al “partícipe que no teniendo la calidad de servidor público, acceda a la realización de un tipo penal con tal exigencia, se le rebajará la pena en una cuarta parte”¹³⁰.

Para justificar la diferencia punitiva, en la exposición de motivos para el primer debate ante la Comisión Primera del Senado, se citó expresamente la sentencia C-345 de 1995 de la Corte Constitucional¹³¹ ya anteriormente referenciada. El texto se aprobó conforme lo había presentado el Fiscal General¹³².

El texto no sufrió modificaciones y como venía fue aprobado por la plenaria del Senado de la República¹³³.

En la comisión primera de la Cámara, para primer debate, se cambió la expresión “partícipe” por la de interviniente, no para restringir la aplicación de la

126 SALAZAR MARÍN. *Autor y partícipe*, cit., pp. 175 y 176.

127 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Derecho penal, Parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1997, p. 622.

128 *Código Penal Alemán*, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 63. Así, señalando que en el derecho alemán no hay duda de la rebaja de pena que corresponde al *extraneus* en los delitos especiales, se pronuncia GÓMEZ RIVERO. *La inducción*, cit., p. 145.

129 JAIRO LÓPEZ MORALES. “Antecedentes del nuevo Código Penal”, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000, *Gaceta del Congreso* n.º 189, 6 de agosto de 1998, pp. 21 y 22.

130 LÓPEZ MORALES. “Antecedentes del nuevo Código Penal”, cit., *Gaceta del Congreso*, n.º 189, p. 64.

131 *Ibid.*; *Gaceta del Congreso* n.º 280, 20 de noviembre de 1998, pp. 188 y 189.

132 *Ibid.*, *Gaceta del Congreso* n.º 10, 3 de marzo de 1999, p. 378.

133 *Ibid.*, *Gaceta del Congreso* n.º 126, 27 de mayo de 1999, p. 510.

rebaja de pena sino para ampliar su cobertura, pues nótese cómo se habla de “la calificación que debe darse a la persona que toma parte en la realización de un delito con sujeto calificado”, toda vez que antes sólo podía recibir el calificativo de “cómplice”, con lo cual se enfatiza que la discusión gira en torno de la “participación”. Por ello se dice, con espíritu de ampliación y no de restricción, que la fórmula adoptada se explica “previendo que quien interviene en un delito especial reciba una pena menor a la del autor del delito, pues al carecer de la condición exigida no lesiona el bien jurídico de la misma manera que el sujeto calificado”¹³⁴. En la ponencia para segundo debate ante la plenaria de la Cámara se insistió en la fórmula y se dejó expresa constancia que se “da un importante avance en cuanto al tratamiento de la participación y autoría, aclarándose aspectos que hoy resultan oscuros y por tanto han sido duramente cuestionados”¹³⁵, en referencia clara a la “determinación” y la pena que merece el “partícipe” que como *extraneus* interviene en un delito especial.

Con tal fórmula y manteniendo los motivos continuó el curso del debate hasta su aprobación final.

Pues bien, si así son las cosas, cómo es posible que la jurisprudencia penal distinga donde no es dable distinguir. Esto es, si el artículo 30 habla de “partícipe”, cómo pensar que una expresión más amplia –interviniente– no se refiera a él. Cómo es posible que sin más ni más se desconozca la llamada interpretación *sedes materiae*, según la cual se “le atribuye un significado a un enunciado a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte”¹³⁶.

Pero además, tal interpretación produce un efecto anulatorio de la disposición. Prácticamente, asumiendo el papel del legislador, la deroga. De allí que nos preguntemos cuándo se puede ser coautor de un delito especial sin la calificación legal requerida, si el coautor es autor; esto es, quien realiza el tipo (art. 29 C. P.) es autor; y como tal debe tener la cualificación especial si se trata de un delito especial.

Al señalar que cuando un sujeto ejecuta la “conducta como suya” sin tener la condición cualificada que exige el delito especial actúa como coautor¹³⁷, la jurisprudencia está incurriendo en un despropósito sólo comparable con volver a la vieja distinción entre *animus auctoris* y *animus socii*¹³⁸.

¹³⁴ Ibid., *Gaceta del Congreso* n.º 432, 11 de noviembre de 1999, p. 620.

¹³⁵ Ibid., *Gaceta del Congreso* n.º 510, 3 de diciembre de 1999, p. 879.

¹³⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-205 del 11 de marzo de 2003, M. P.: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de 2.ª instancia 20.704 del 8 de julio de 2003, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE.

Olvida la rectora de la jurisprudencia penal que en los delitos de funcionario, esto es, en los delitos especiales propios e impropios, la "lesión del bien jurídico requiere la condición de funcionario", tal como lo apunta S. MIR PUIG¹³⁹. Cuando se da "la realización de propia mano y plenamente responsable de todas las características típicas de una disposición penal, es siempre autoría"¹⁴⁰.

La doctrina más especializada ha dicho contundentemente que la diferenciación entre autores y partícipes en materia de delitos especiales "propios e impropios" debe de tener una clara consecuencia dogmática, definida como una "*accesoriedad punitiva*": "La principal consecuencia jurídico-dogmática de tal delimitación no debe ser sólo el sometimiento al principio de accesoriedad, sino que éste debe ir acompañado de un diverso tratamiento penológico; si se quiere llamar así, de una accesoriedad punitiva"¹⁴¹.

De allí que PÉREZ ALONSO afirme categóricamente que el inductor —en nuestro medio jurídico "determinador"— responde por su participación en el delito especial propio, "pero con una pena atenuada en un grado y proporcionada a la del autor por no reunir la condición especial, pese a la importancia de su intervención"; así mismo, el cómplice simple —en nuestro medio "cómplice"— también responde por su participación, "pero atenuada en dos grados y proporcionada a la del autor", en tanto no reúne la condición especial y "por la menor entidad objetivomaterial de su contribución"¹⁴².

Igualmente CÓRDOBA RODA ha señalado con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español que "el partícipe no infringe el deber específico del autor" y como tal, entonces, la responsabilidad debe ser atenuada respecto de éste¹⁴³.

En consecuencia, debe concluirse que la expresión "interviniente" consagrada en el inciso final del artículo 30 del C. P. tiene una especial connotación jurídica; por tanto, la misma tiene que ver con la intervención de todos aquellos sujetos que no ostentan la calidad de autores en los delitos especiales, quienes sólo participan en la lesión "externa" del bien jurídico en tanto les falta la calidad típica de los llamados delitos de infracción de deber, pues no están

138 HANS-HEINRICH JESCHECK. *Reforma del derecho penal en Alemania, Parte general*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1976, p. 63.

139 SANTIAGO MIR PUIG. *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal en la ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al profesor JOSÉ CEREZO MIR, Madrid, Edit. Tecnos, 2002, p. 89.

140 JESCHECK. *Reforma del derecho penal*, cit., p. 63.

141 PÉREZ ALONSO. *La coautoría*, cit., p. 418.

142 *Ibid.*, p. 414.

143 CÓRDOBA RODA. *El delito de prevaricación judicial*, cit., 1229.

sujetos a una relación especial de sujeción o a un vínculo particular de carácter jurídico con el titular del bien jurídico tutelado.

En un principio la rebaja punitiva se había limitado a los partícipes, esto es, a los determinadores y cómplices. Posteriormente se amplió, variando la expresión por “interviniente”, cobijando entonces, si se quiere ser lógico, otra u otras situaciones.

Dicho vínculo jurídico material también lo encontramos en la figura jurídica del “actuar por otro”, consagrada en el inciso 3.º artículo 29 del C. P., siempre y cuando “los elementos especiales que fundamentan la penalidad de la figura punible respectiva no concurran en él”¹⁴⁴.

El artículo 31 del C. P. español consagra la figura equivalente, de la cual ha dicho la doctrina, coincidiendo con la participación, que es “una simple cláusula de referencia” y tiene su campo de aplicación en los delitos especiales propios¹⁴⁵; extiende la responsabilidad penal a los sujetos no cualificados puesto que, de no existir la fórmula, la conducta del autor en lugar de otro “debería quedar impune por no reunir los requisitos exigidos por el tipo”¹⁴⁶; criterios que rigen, como se vio en su lugar, para la figura de la participación.

En fin, pues, el inciso final del artículo 30 del C. P. tiene aplicación para los partícipes¹⁴⁷ y el autor en lugar de otro cuando el tipo penal que se imputa es de sujeto activo cualificado, esto es, se trata de un delito especial propio o impropio —siempre manteniendo la unidad de imputación—, cuyas cualidades típicas de autoría se echan de menos para el autor en lugar de otro, el determinador y el cómplice.

No debe perderse de vista la tajante afirmación que la doctrina especializada hace en torno al punto: “La accesoriedad en sentido estricto, de acuerdo con su origen y su inspiración liberal, es únicamente un factor de limitación de la responsabilidad”¹⁴⁸, toda vez que se reconoce el efecto limitador de la punibilidad que tiene el principio de accesoriedad¹⁴⁹. También, agregamos, cuando el partícipe lo es de un delito especial, una limitación cuantitativa de la punibilidad como expresión de la accesoriedad punitiva.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ propone que la rebaja de que da cuenta el inciso final del artículo 30 del C. P. es aplicable al determinador en los delitos especia-

¹⁴⁴ Así también lo sugiere MANUEL SALVADOR GROSSO GARCÍA. *El concepto de delito en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 232.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO y BARREIRO. *Comentarios*, cit., pp. 176 y 177.

¹⁴⁶ VIVES ANTÓN et ál. *Comentarios*, cit., p. 291.

¹⁴⁷ Así SUÁREZ SÁNCHEZ. *Ob. cit.*, p. 29.

¹⁴⁸ PEÑARANDA RAMOS. *La participación*, cit., p. 336.

¹⁴⁹ GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ. *La responsabilidad*, cit., p. 60.

les y de propia mano, no así al cómplice, quien sólo recibirá la rebaja del penúltimo inciso del artículo mencionado¹⁵⁰.

En primer lugar creemos que, si la rebaja de pena se funda en que *los extraneus* determinador y cómplice no infringen el deber especial en los delitos especiales, pues si bien inciden, influenciando o contribuyendo, en la afectación del bien jurídico tutelado Administración Pública no se les puede reclamar por el quebrantamiento del deber especial a cargo del sujeto a la especial relación de subordinación o sujeción, toda vez que a los particulares sólo los cubre el deber genérico de respetar la Constitución y la ley (art. 6.º C. N.), ello se predica tanto del determinador como del cómplice y ambos deben recibir la rebaja de pena tal cual como se desprende tanto de una interpretación lógica, teleológica, sistemática como histórica del inciso final artículo 30 del C. P.

En segundo lugar, el injusto de los delitos de propia mano no es complejo, por consiguiente, la limitación para ser autor no deriva de la aptitud que se tenga para afectar la especial relación de sujeción, lo cual sólo puede entenderse en términos de imputación jurídica. La limitación para ser autor de los delitos de propia mano es más de carácter naturalístico y por tanto no afectan ni la graduación del injusto ni la de la culpabilidad. En estos casos debe seguirse las reglas de la punibilidad de la participación en general.

Finalmente, creemos que de la mano del inciso final artículo 30 del C. P., y especialmente por razones de analogía *in bonam partem* (inc. 3.º art. 6.º C. P.), también podría extenderse la rebaja de pena a los particulares que ejerzan funciones públicas y sean considerados servidores públicos para efectos penales (particulares que ejercen funciones públicas en general, administradores de recursos parafiscales –inc. 2.º art. 20 C. P.–, quienes realizan labores de interventoría en los contratos estatales, presten servicios públicos de los enlistados en el art. 366 C. N., los que administren recursos del Estado y los notarios –arts. 53 y 58 Ley 734 de 2002–), como también a aquellos particulares que sin ejercer funciones públicas, dada la especial posición que tienen frente al Estado, son considerados particulares que ejercen funciones públicas y por tal vía también asimilados a servidores públicos (contratista, asesor y consultor particulares que intervienen en la contratación estatal –se excluye el interventor por ser considerada expresamente su función como pública–, art. 56 Ley 80 de 1993).

Tampoco tales sujetos se encuentran vinculados por una relación especial de sujeción como los servidores públicos, o al menos, si ella existe, no es tan

150 FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. *Manual de derecho penal, Parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 2002, pp. 457 a 460.

intensa como en éstos, razón por la cual no infringen los especiales deberes que sujetan al titular natural de los delitos contra la Administración Pública.

Finalmente, debe decirse que el antes llamado "peculado por extensión" no desapareció por razones vinculadas con el concepto de interviniente, puesto que los motivos estribaron en que tal figura delictiva no afectaba al bien jurídico Administración Pública como tampoco al patrimonio público como tales¹⁵¹, trasladándose en consecuencia la descripción típica al título de los delitos contra el patrimonio, en la modalidad de abuso de confianza calificado (art. 243 C. P. de 2000), toda vez que bien podía argumentarse falta de antijuridicidad material de seguir el antiguo tratamiento, especialmente por desconocer su subprincipio de funcionalidad externa¹⁵².

151 Así de manera absolutamente clara la exposición de motivos; cfr. GÓMEZ MÉNDEZ. *Proyecto de Ley*, cit., pp. 53 y 64.

152 CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *El principio de la antijuridicidad material*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 222 a 224.

CAPÍTULO CUARTO

*La comisión por omisión en los delitos
contra la Administración Pública¹*

El Estado tiene unos fines que han justificado su existencia a lo largo de la historia, divididos tradicionalmente en esenciales y no esenciales. Los primeros son casi indiscutidos pues consisten en la defensa militar y en la Administración de Justicia, mientras que los segundos varían con el concreto estado de desarrollo de la sociedad de que se trate. Así, se habla de un Estado gendarme o de un Estado intervencionista, según la menor o mayor incidencia de la intervención en la vida de los asociados, respectivamente.

Para cumplir con sus fines el Estado reparte su actividad en órbitas de competencia bien delimitadas, siguiendo la regla ya usual en nuestra tradición jurídica de división del poder. Se habla entonces de función ejecutiva, función legislativa y función judicial.

En este aparte nos limitaremos al estudio del ejercicio de una parte de la función ejecutiva²: la *administrativa*. La función administrativa consiste en la actividad por la cual las autoridades públicas proveen a la satisfacción de las necesidades de interés general de los asociados utilizando, si es el caso, las prerrogativas del poder público.

El titular de la función administrativa es el Estado, aunque en la práctica nos encontramos con que esa función es ejercida por diferentes sujetos, unos públicos y otros privados. Dentro del Estado la norma general es que las autoridades que conforman la rama ejecutiva sean quienes ejerzan la función administrativa, pero excepcionalmente otras ramas pueden ejercer dicha función, como la legislativa y la judicial. Para efectos de este aparte podemos decir que la función administrativa del Estado es ejercida por la rama ejecutiva, bien directamente o bien a través de la descentralización³.

A su turno, el derecho administrativo es la disciplina del derecho público interno que regula la función administrativa, tanto desde el punto de vista de la estructura como de la actividad que realiza el Estado. En desarrollo de su objeto de estudio aborda la estructura con la que el Estado cumple su función administrativa (parte estática) y regula también la actividad administrativa misma (parte dinámica). En esta última se hace referencia, entre otros aspectos, a los instrumentos jurídicos por medio de los cuales el Estado cumple con su función administrativa, es decir, estudia todo lo relacionado con la teoría del acto administrativo y con la teoría de los contratos estatales.

¹ Colaboraron en la investigación de este acápite LUIS ANTONIO LIZARAZO VARGAS, JAIRO MARTÍNEZ CUBILLOS y ORLANDO DE LA VEGA MARTÍNIS, asesores de la Viceprocuraduría General de la Nación.

² En efecto, es sabido que la función ejecutiva tiene dos especies: la gubernativa y la administrativa. Cfr. JAIME VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, 11.ª ed., Bogotá, Temis, 1997, pp. 37 a 41.

³ Omitimos tratar la posibilidad de ejercicio de estas funciones por parte de los particulares, tal como está previsto en los artículos 123 y 210 numeral 2 de la C. N., pues ese tema desborda el objeto de esta temática.

Significa lo anterior que el específico tema objeto de este aparte se enmarca, en un primer momento, en la teoría general del derecho administrativo con claras repercusiones en los ámbitos de los derechos penal y disciplinario. Sin embargo, una vez agotado el tema de la delegación en general y específicamente en materia contractual, para efectos de establecer el baremo de responsabilidad del delegante y del delegatario deberemos ubicarnos, en un segundo momento, en una parte de la teoría general del derecho sancionador, contribuyendo así en la construcción del *status* de la responsabilidad del funcionario público por razón de la omisión en el ejercicio de las funciones de su cargo cuando se encuentra ante los fenómenos del control jerárquico y de tutela, como también en la delegación que, como toda dogmática, proporcione al obligado seguridad jurídica y a la sociedad confiabilidad en las decisiones, pues además, tal y como demostró SCHÜNEMANN, "el razonamiento sistemático y la elaboración de un sistema son irrenunciables para una cultura desarrollada y racional"⁴.

I. DE LA REPARTICIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

En los sistemas de organización administrativa, como es apenas lógico, incide la concreta estructura administrativa, pues no es lo mismo hablar de descentralización, desconcentración o delegación, tal como veremos.

1. En efecto el Estado, como persona jurídica que es, necesita de órganos para manifestar su voluntad y de ahí surge su organización administrativa, la cual hace referencia a tres temas: a. Al establecimiento de las potestades públicas que le corresponden a cada uno de los órganos que conforman la organización administrativa; b. A la limitación del ámbito de competencias en que se ejercen las potestades públicas, y c. Al establecimiento de las relaciones entre los diversos órganos que conforman la estructura del Estado, es decir, el control de tutela o el control jerárquico.

Desde el punto de vista teórico se plantean dos formas o sistemas de organización administrativa: el sistema de la centralización administrativa y el sistema de la descentralización administrativa⁵.

2. La centralización administrativa hace referencia a la forma de ordenamiento de los órganos administrativos en los que existe un sólo nivel decisorio y los demás órganos dependen de ese nivel. Implica entonces que exista un

4 BERND SCHÜNEMANN. "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Estudios en honor de CLAUS ROXIN en su 50.º aniversario, B. SCHÜNEMANN (comp.), JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (trad.), Madrid, Edit. Tecnos, 1991, p. 42.

5 En lo que sigue cfr. VIDAL PERDOMO. *Derecho administrativo*, cit., pp. 29 y ss.

sólo nivel de decisión y que las relaciones entre los diversos órganos que se ordenan sean de carácter jerárquico. El superior jerárquico tiene, frente a los demás órganos que le están jerárquicamente subordinados, el poder de mando.

3. La descentralización es el sistema opuesto y consiste en el traslado de competencias que se hace a personas jurídicas públicas diferentes en el Estado y respecto de las cuales se ejerce un control de tutela. La descentralización la hace directamente el ordenamiento jurídico que distribuye las competencias entre los diversos órganos del Estado. Al haber transferencia de competencias administrativas vemos entonces que existen diferentes niveles de decisión, es decir, el nivel decisorio está repartido en distintas personas jurídicas con cierto grado de autonomía, lo cual no implica independencia ya que la relación existente entre esas personas jurídicas y los órganos centrales de la Administración son relaciones de tutela, es un control de tutela que implica que las decisiones que con autonomía pueden tomar esas personas jurídicas deben estar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y con las políticas y programas del Gobierno.

4. Frente a la centralización o descentralización administrativa encontramos otros conceptos encaminados a atenuar la rigidez del control jerárquico: nos referimos a la desconcentración y a la delegación.

5. La desconcentración es un mecanismo establecido en la ley gracias al cual se "desconcentra" el nivel decisorio, trasladándose ese poder a otros niveles. Se mantiene la relación jerárquica pero se desconcentra el poder decisorio. Vale la pena resaltar que a diferencia de lo que sucede en la descentralización, en la desconcentración se trasladan las funciones a órganos jerárquicamente subordinados y que son dependencias de una misma persona jurídica. Es decir, el control es jerárquico y no de tutela.

La ley concentra y desconcentra las competencias administrativas, lo que significa que si la ley desconcentra una función, el titular de esa competencia no puede asumirla a menos que la ley vuelva a concentrarla.

6. La delegación administrativa de funciones es un fenómeno distinto. A través de esta figura, y estando autorizado por la ley, el titular de una competencia administrativa traslada su ejercicio a un funcionario o ente jurídicamente subordinado. Sólo se puede trasladar el ejercicio de la competencia y no la titularidad, por lo que en cualquier momento el titular de la misma puede recoger la delegación y reasumir el ejercicio. Los requisitos de la delegación son: a. Autorización legal previa; b. Que se realice por el titular de la competencia, quien la puede recoger en cualquier momento, y c. Que se traslade el ejercicio de la competencia y no la titularidad de la misma.

7. Resumiendo podemos decir que en la centralización predomina la relación de jerarquía, en la descentralización el control de tutela, en la desconcentración la relación jerárquica pero con varios niveles decisorios, y en la delegación

la relación de jerarquía frente al traslado del ejercicio de una competencia en un subordinado, permaneciendo la titularidad de la función.

II. FUNDAMENTOS DE LA "COMISIÓN POR OMISIÓN" EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La doctrina admite sin dificultad la autoría en los delitos de comisión por omisión. Al situar la ley a un individuo en una posición de garante, funcionalmente con ello busca "prevenir la infracción que otros concretos sujetos pudieren cometer" y "prevenir la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico"⁶. Esto es, del ordenamiento jurídico emanan "ciertas expectativas que como deberes funcionales se esperan de determinados servidores públicos, si dichos deberes jurídicamente exigibles predicen la posibilidad de impedir un resultado, su omisión resulta equivalente a producirlo. Por lo tanto, se debe destacar que la función pública en la medida en que es reglada, permite configurar los deberes jurídicamente exigibles"⁷.

Debe tenerse muy claro que "la responsabilidad del garante solamente surge cuando esté prevista en una ley"⁸. Empero, esa responsabilidad es principal y no accesoria en su versión de accesoriedad máxima —conducta típica, antijurídica y culpable de otro—, como pretende NIETO⁹.

Significa lo anterior que el deber jurídico tiene como fuente el ordenamiento jurídico: en principio la Constitución Política, la ley y los decretos con fuerza de ley. Pero comoquiera que nos encontramos en el campo de las funciones, también el reglamento, puesto que constitucionalmente es admitida la fijación de funciones por tal vía (arts. 122 inc. 1.º y 123 inc. 2.º C. N.). Por tanto, aquí el concepto de legalidad se utiliza en términos amplios, para dar cabida al reglamento.

Desde el punto de vista penal la "comisión por omisión" está regulada en el artículo 25 del C. P. de 2000. Se caracteriza la comisión por omisión por ser constitutiva de un tipo penal en blanco, donde, para integrar su contenido, debe recurrirse a la técnica de las normas de reenvío.

El inciso 2.º artículo 10.º del C. P. da a entender que las normas de reenvío sólo pueden tener origen en la Constitución o en la ley, lo cual opera para los eventos diferentes a la responsabilidad en la Administración Pública, pues cons-

6 ÁNGELES DE PALMA DEL TESO. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Edit. Tecnos, 1996, p. 104.

7 ASÍ EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN. "Cambios fundamentales y filosofía de la reforma", en *Código Disciplinario Único*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002, p. 33.

8 ALEJANDRO NIETO. *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1994, p. 378.

9 *Ibíd.*, p. 379.

titucionalmente los reglamentos están autorizados en principio para imponer funciones de conformidad con los artículos 122 inciso 1.º y 123 inciso 2.º de la Carta.

En materia disciplinaria la comisión por omisión está regulada en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, no obstante, al igual de lo que sucede en materia penal con las diferentes posiciones de garante en materia de Administración Pública, las mismas tienen que ser indagadas en la Constitución, la ley y los reglamentos, por lo cual se ha adoptado un sistema abierto.

De allí que sean la Constitución y la ley las que determinen las posiciones de garante, bien la primera por sí misma o mediante la autorización al reglamento o también directamente por parte de la ley (inc. 2.º art. 25 C. P.).

La función pública en Colombia se ejerce de conformidad con las competencias constitucionales y legales que otorgan a determinadas autoridades la autonomía e independencia necesaria para cumplir con las gestiones que les corresponde. Las mismas pueden atribuirles a otros servidores públicos mediante la “descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones” (art. 209 C. N.).

No obstante lo anterior, no puede decirse que se rompa todo vínculo entre quien originariamente tenga la función y quien finalmente resulte competente por efectos de la descentralización, desconcentración y delegación. La norma superior es clara: “Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado” (1.ª parte inc. 2.º art. 209 C. N.).

Los controles jerárquico y de tutela implican que los jefes de la Administración en sus respectivas dependencias tienen que “dirigir la actividad administrativa”, por tanto, no resulta posible que se marginen de la gestión que cumplen sus subalternos, compitiéndoles un deber de vigilancia (art. 208 C. N.).

En cuanto a la delegación, si bien se afirma que exime de responsabilidad al delegante (inc. 2.º art. 211 C. N.), ello resulta comprensible en lo que tiene que ver con la responsabilidad individual y propia del delegado, pues lo que se ha querido es prohibir una responsabilidad solidaria, pero no las que puedan derivarse de la principal, accesoriedad y de la comisión por omisión atribuibles al delegante. Tan cierto es lo anterior que el delegante puede reasumir en cualquier momento, reformando y revocando los actos del delegado (ídem), por lo que no cabe duda que le compete un control sobre la actividad de éste; de allí que el artículo 10.º de la Ley 489 de 1998 haya establecido que los delegantes “deberán informarse en todo momento sobre el desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado e impartir orientaciones generales sobre el ejercicio de las

funciones delegadas”, y que se deriven consecuencias en el específico campo de la delegación en materia contractual (parág. 4.º art. 2.º Ley 678 de 2001).

Nótese cómo el artículo 8.º de la Ley 489 de 1998 desarrolla el principio de desconcentración, radicando competencias y atribuciones en servidores de sedes distintas de donde se ejercen las originarias, *sin perjuicio de las potestades y deberes de orientación e instrucción* que les corresponde ejercer a los jefes superiores. Allí se coloca a estos en una posición de garante.

También en igual sentido el artículo 7.º de la misma ley, cuando desarrolla el principio de descentralización, velando por el establecimiento de disposiciones “de delegación y desconcentración de funciones [...] *sin perjuicio del necesario control administrativo*”. El artículo 68 *ibídem* aun coloca a las entidades descentralizadas bajo “la suprema dirección del órgano de la Administración al cual están adscritas”.

Así, se tiene que los jefes de la Administración en todas sus dependencias se encuentran en una posición de garante frente a otras personas que ejercen descentralizada, desconcentrada y delegadamente la función administrativa. Tienen que evitar en lo que les sea posible que estas desvíen la función pública.

Si están enterados y tienen conocimiento de lo que está sucediendo y no actúan pudiendo hacerlo, dentro del propio ámbito de dominio, incurrirán en comisión por omisión a título de dolo tanto en materia penal como disciplinaria. Si, por falta de seguimiento y control, no conocen lo que sucede, y sucede, siendo previsible o cognoscible, incurrirán en comisión por omisión a título de culpa sólo en materia disciplinaria, salvo que en lo penal el tipo respectivo contemple el castigo por culpa.

III. LOS FUNDAMENTOS DE LA “COMISIÓN POR OMISIÓN” EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SEGÚN LA PRAXIS DISCIPLINARIA, PENAL Y CONSTITUCIONAL

El Procurador General de la Nación, EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN, al ocuparse del tema en materia disciplinaria expresó:

... ciertamente el inciso 2.º artículo 211 de la C. N. señala que la “delegación exime de responsabilidad al delegante”, empero, tal afirmación no puede ser tomada descontextualizada, toda vez que la misma se expresa dentro del sistema general de responsabilidad que asume la Carta, pues el artículo 6.º *ibídem*. —que por demás es un principio fundamental del Estado— precisa que todo servidor público responde por las acciones y omisiones en el ejercicio de sus funciones, dando cuenta de un sistema de responsabilidad personal o individual. Esto es, lo expresado en el artículo 211 no es más que una fórmula mediante la cual se prevé la exclusión de lo que en otros ámbitos del derecho

sancionador administrativo se denomina como responsabilidad "solidaria", con claros tintes objetivistas, en orden a afirmar la responsabilidad de tipo individual y subjetiva de que dan cuenta los artículos 6.º y 29 *ibídem*, donde cada quien responde por lo suyo.

El delegado por sus actos y el delegante por su control. Ese control es expresión de los llamados controles de tutela y jerárquico que emanan del inciso 2.º artículo 208 de la Carta, puesto que tienen que ver con la "dirección de la actividad administrativa" a cargo de los Ministros del Despacho.

La vinculación del control jerárquico es tan intensa que obliga inclusive cuando se trata de la desconcentración de funciones, fenómeno que impone una relación de mayor independencia que en la delegación, puesto que se ordena por ley, va de órgano superior a órgano medio o inferior, se ejerce exclusivamente por el órgano desconcentrado y el superior jerárquico responde por virtud de los poderes de supervisión propios de la relación jerárquica (Corte Constitucional. Sentencia T-024 de 1999). Por el contrario, en la delegación la relación es más estrecha, puesto que si se puede asumir en cualquier momento el conocimiento del asunto (art. 211 C. N.), resulta obvio entender que para ello tiene que estar permanente y constantemente pendiente del control del delegado, toda vez que éste actúa "bajo las orientaciones generales que le indique el titular de la función" (Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1999). También la doctrina, en cabeza de PEDRO ALFONSO HERNÁNDEZ, sostiene tal posición.

Finalmente, si se tiene que en la delegación opera el control jerárquico, también debe predicarse que "el control se extiende a todos los aspectos del acto" (Corte Constitucional. Sentencia C-497A de 1994)¹⁰.

La Corte Constitucional ha reiterado su tradicional jurisprudencia sobre el tema que nos ocupa, en la cual ha dicho que "en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentre en una cierta subordinación frente a quien delega"¹¹; agregando que al "delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las funciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación". Se conserva para el delegante el "deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal" que emana del artículo 209 de la C. N., lo cual se fortalece con el "vínculo permanente y activo" que surge entre delegante y delegatario que impone al primero

¹⁰ Procuraduría General de la Nación. Auto de única instancia del 19 de abril de 2002, rad. 001-50569 de 2001. También "Responsabilidad del delegante", en *Ámbito Jurídico*, n.º 130. año VI, Bogotá, Edit. Legis, 2003, p. 15A.

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-272 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

deberes de “revisión y el seguimiento de las decisiones” que tome el segundo, en fin, “seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular”. Aclara que la delegación no propicia el desatenderse del cumplimiento de las funciones y menos aún es mecanismo para desconocer los principios que rigen la función administrativa, aun cuando precisa que no patrocina la responsabilidad objetiva, toda vez que delegante y delegatario responden “por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás”¹².

La Viceprocuraduría General de la Nación también se ha pronunciado sobre el tema en materia disciplinaria:

La Corte Constitucional ha reiterado la jurisprudencia expuesta en sentencia C-272 de 1998, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, por medio de la cual ha dicho que “en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentre en una cierta subordinación frente a quien delega”, agregando que al “delegar se establece un vínculo funcional especial y permanente entre delegante y delegatario para el ejercicio de las funciones delegadas. Es especial en cuanto surge a partir del acto de delegación, de forma adicional a la relación jerárquica o funcional que exista entre ellos, y es permanente en cuanto permanece activo mientras rija el acto de delegación”. Se conserva para el delegante el “deber de dirección, instrucción y orientación que corresponde al jefe de la entidad u organismo estatal” que emana del artículo 209 de la C. N., lo cual se fortalece con el “vínculo permanente y activo” que surge entre delegante y delegatario que impone al primero deberes de “revisión y el seguimiento de las decisiones” que tome el segundo, en fin, “seguimiento y control de la actuación administrativa, en general, y del ejercicio de la delegación, en particular”. Aclara que la delegación no propicia el desatenderse del cumplimiento de las funciones y menos aún es mecanismo para desconocer los principios que rigen la función administrativa, aun cuando precisa que no patrocina la responsabilidad objetiva, toda vez que delegante y delegatario responden “por sus decisiones y no por las decisiones que incumben a los demás”¹³.

Allí tenemos representado el deber jurídico. La posibilidad de actuar está más que suficientemente demostrada, pues un alcalde que ha delegado “todo” queda sin oficios importantes, debiendo entonces cumplir con el control que le compete en la delegación, pues como ha dicho la Corte Constitucional “la delegación no es un mecanismo para desprenderse de las funciones del cargo y menos aún para utilizarse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia, la igualdad o la imparcialidad”¹⁴.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-372 del 15 de mayo de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

¹³ Ídem.

¹⁴ Ídem.

En consecuencia las faltas cometidas por los delegados se le imputan por comisión por omisión, pues el artículo 211 de la C. N., al disponer que el delegante no responde por las actuaciones del delegatario, "no significa que aquél no responda por sus propias acciones u omisiones en relación con los deberes de dirección, orientación, instrucción y seguimiento, las cuales serán fuente de responsabilidad cuando impliquen infracción a la Constitución y a la ley"¹⁵.

Ello lo confirma el inciso 5.º artículo 26 de la Ley 80 de 1993 al prohibir trasladar a otro organismo o dependencia la responsabilidad de la dirección de la actividad contractual¹⁶.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia igualmente ha abordado el tema y en una primera oportunidad señaló que de conformidad con el artículo 211 de la C. N. se exime de *responsabilidad administrativa* al delegante siempre y cuando sea ajeno al acto doloso y esté su comportamiento exento de culpa, mas no de la penal¹⁷. Posteriormente se precisó:

Dentro de un Estado social y democrático de Derecho, participativo y pluralista, fundado en la prevalencia del interés general, fórmula adoptada por el artículo 1.º de la C. N. y que encuentra reiteración en todo el texto constitucional, y que tiene como fines esenciales los de satisfacer las necesidades de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes (art. 2.º), los servidores públicos, además de estar al servicio del Estado y la comunidad, deben ejercer sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento (art. 123.2).

Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los decretos del Gobierno y las ordenanzas de las asambleas departamentales son atribuciones específicas de los gobernadores de departamento, según reza el artículo 305.1 ibídem.

Como representantes legales y jefes de la administración departamental, están llamados, como los que más, a observar los mandatos superiores, y por tanto la función administrativa que ellos ejercen se justifica en la medida que esté al servicio de los intereses generales y se desarrolle con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones (art. 209 C. N.).

Es con fundamento en estos principios que la Ley 80 de 1993 establece en su artículo 3.º que los servidores públicos tendrán en consideración en todas las actividades rela-

¹⁵ Ídem.

¹⁶ Viceprocuraduría General de la Nación. Auto de primera instancia del 17 de febrero de 2003, rad. 154-78729 de 2002, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de julio de 2001, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2001, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 88.

cionadas con la contratación pública, que las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, siempre dentro de un marco de transparencia, economía y responsabilidad.

En virtud del principio de responsabilidad (art. 26 *ibíd.*):

"1. Los servidores públicos están obligados a 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.

"2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.

"3. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos.

"4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.

"5. La responsabilidad de la dirección o manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma".

Dentro de ese contexto normativo, entonces, es el gobernador del departamento el garante del cumplimiento íntegro del ordenamiento jurídico en los actos de la administración seccional; de modo que tiene la obligación de responder por los asuntos de su competencia con apego absoluto a la Constitución y a la ley, especialmente en relación con aquellos que giran en torno a la custodia y destinación de los recursos que le pertenecen.

No se trata del cumplimiento de cualquier papel dentro de la Administración, sino del rol de garante de primer orden en el desarrollo de las tareas de la administración seccional, pues al fin y al cabo es su representante legal y el ordenador del gasto.

El papel que tiene que cumplir presupone en el gobernador la existencia de conocimientos y capacidades especiales para el cabal ejercicio de las funciones que le fueron confiadas por voto popular, y por ende está en la obligación de adaptar su comportamiento a los dictados de la Constitución y la ley, sin defraudar las expectativas depositadas en él por los asociados, pues de lo contrario, de pasar de ser el garante del respeto

y efectividad de los principios y deberes que rigen su función, incursiona en el campo del derecho penal al comportar su conducta riesgos jurídicamente desaprobados que desbordan el ámbito de lo permitido y se traducen en resultados relevantes¹⁸.

IV. ASPECTOS LEGALES DE LA DELEGACIÓN EN GENERAL Y MUY ESPECIALMENTE EN MATERIA CONTRACTUAL

Delimitadas las formas de organización administrativa debemos ahora concentrarnos en la figura de la delegación en materia contractual, retomando las características de la figura ya explicadas, aplicables a la delegación en general.

1. En primer lugar se requiere de autorización legal previa. Así se desprende de la lectura del párrafo 1.º artículo 211 de la C. N., cuyo tenor literal es el siguiente:

La ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

En igual sentido se manifiesta la Ley 489 de 1998, relativa a la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, cuyo artículo 9.º dispone:

Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.

Finalmente tenemos que la Ley 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, prevé en su artículo 12:

Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de septiembre de 2002, rad. 17-392, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2002, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), pp. 237 y ss.

Significa lo anterior, entonces, que está autorizada la delegación en general y especialmente en materia contractual, siempre que se cumplan los requisitos legales para ello.

2. En segundo lugar encontramos que la delegación debe ser realizada por el titular de la competencia, quien la puede recoger en cualquier momento. Esto significa que en el momento en que el titular de la competencia lo considere conveniente, por las razones que sea, puede recogerla y reasumir su ejercicio. Así está regulado en la Ley 489 de 1998, párrafo 2.º del artículo 12, según el cual:

... la autoridad delegante puede en cualquier momento reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario, con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

Nótese cómo esta potestad, también consagrada en la Constitución Política, es una clara manifestación del control jerárquico que ejerce el delegante sobre el delegatario, el cual le está subordinado.

3. Finalmente, y en estrecha comunidad con la anterior característica, encontramos que se traslada el ejercicio de la competencia y no la titularidad de la misma, con lo cual, en términos generales, el responsable sigue siendo el delegante como titular de la función, como garante del correcto ejercicio de la función de la cual es titular. Este punto, como veremos después, es fundamental para establecer el baremo de responsabilidad del delegante y del delegatario.

Por lo pronto se puede concluir que en materia contractual la ley autoriza la *delegación*, la cual debe efectuarse sobre órganos jurídicamente subordinados al delegante, quien mantiene entonces no sólo la titularidad de la función de contratación, sino también un estricto control jerárquico, el cual le permite reasumir la función delegada cuando las circunstancias así lo impongan o en el momento en que lo considere conveniente.

Bajo este marco analizaremos a continuación los baremos de responsabilidad penal y disciplinaria del delegante y del delegatario.

V. DE LA RESPONSABILIDAD PENAL Y DISCIPLINARIA POR DELEGACIÓN

El presente aparte se dividirá en dos: una primera donde abordaremos tangencialmente el tema de los fundamentos de la responsabilidad penal y disciplinaria, especialmente en lo relacionado con la contratación estatal a cargo de ciertos servidores públicos, y una segunda que versará sobre las particularidades de este tipo de responsabilidad, especialmente en los casos de delegación, en los que por

expresa disposición constitucional y legal pareciera que la responsabilidad recaerá únicamente en el delegatario, lo cual es parcialmente incorrecto.

A. FUNDAMENTOS

1. La responsabilidad penal y disciplinaria en materia de comisión por omisión se funda principalmente, a tenor de lo dispuesto en los artículos 25 del C. P. y 23 del C. Único Disciplinario, en la infracción del deber. En efecto, para la organización estatal resulta indispensable el que sus servidores no actúen como ruedas sueltas sino que, por el contrario, aúnen fuerzas para la consecución de los fines superiores de la Administración, que mediante acciones positivas y de fomento construyan un mundo en común con la función pública, mundo regido por el deber, pues resulta que la institución estatal, como ya vimos, logra buena parte de sus fines mediante la acción de los servidores adscritos a la función administrativa. Por ello se habla de relaciones especialmente intensas —relaciones especiales de sujeción— que sujetan a dichos servidores con la Administración, las cuales han sido definidas en los siguientes términos:

... aquellas relaciones jurídico-públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que la encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de ley y, sólo con base en ésta, puede limitarse el ejercicio de derechos fundamentales, y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos¹⁹.

De ahí que en caso de defraudación de expectativas normativas en este ámbito surja la responsabilidad penal y disciplinaria, las cuales tienen fundamento institucional, pues tal y como ha puesto de presente la más autorizada doctrina:

Aquí se trata de aquellos deberes que están relacionados con *instituciones* para la formación de un mundo común total o parcial con un beneficiario, y que obligan en virtud de solidaridad a causa de una conexión positiva entre ámbitos vitales [...] El hecho de que en estas instituciones el individuo sea portador de un estatus especial, como madre o servidor público, etc., lleva a que los deberes sean definidos, precisamente, a través de los roles que deben ser ejecutados por los participantes en estas relaciones especiales²⁰.

19 CASTILLO BLANCO. *Función pública*, cit.

20 JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 86 y 87.

El artículo 25 del C. P. al señalar que la figura de la comisión por omisión surge de que “el agente tenga a su cargo la protección en concreto de un bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o la ley”, puesto en contacto con las normas mencionadas, estructura indiscutiblemente la responsabilidad por comisión por omisión en materia de delitos contra la Administración Pública.

Así, sobre este tópico la jurisprudencia de la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades, remitiéndose, para efectos de la imputación y de las responsabilidades penal y disciplinaria, a las finalidades que guían a las autoridades de la República, quienes no sólo han de responder por la infracción de la Constitución y la ley, sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo cual es entendible en razón a que:

La atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado, y ese vínculo determina no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades con miras a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado²¹.

Resumiendo: el servidor público con facultad de contratación es garante institucional por el correcto cumplimiento de los fines de la contratación. También lo es, en términos generales, el delegante de la función pública respecto de la actividad que despliega el delegado, así igualmente para quienes resulten competentes para ejercer los controles jerárquico y de tutela.

2. Sentado ya que la contratación estatal se ubica en el ámbito institucional, no está de más recordar que ella es una herramienta que juega un papel de primera línea en el desarrollo de la actividad administrativa, en la medida en que es un instrumento jurídico por medio del cual el Estado cumple con su función administrativa. Por ello la regulación del tema también está regida aquí por principios que imponen deberes a los servidores a cargo de esta función, deberes de los cuales se deriva, como es apenas lógico, responsabilidad de carácter penal y disciplinario.

También se predica ello de la delegación en general.

3. Esos fines, en materia administrativa, han sido claramente definidos en los artículos 23 y siguientes de la Ley 80 de 1993, así: principio de transparencia, principio de economía y principio de responsabilidad. Pero también para

21 Sentencia C-252 de 2003, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

cualquier otra actividad, toda vez que son imperativos impuestos por el artículo 209 de la C. N.

El principio de responsabilidad resulta bastante interesante a efectos de este aparte, pues en su consagración legal (art. 26 Ley 80 de 1993) se dice que, en virtud de dicho principio, lo fundamental es lograr "el cumplimiento de los fines de la contratación", para lo cual el servidor público debe constantemente ejercer vigilancia sobre la actuación delegada, puesto que de conocer que se está manejando por fuera de los cauces legales y no proceder a los respectivos controles le compete responsabilidad a título de dolo.

Además, se establece un baremo de responsabilidad en los siguientes términos (num. 4 art. 26 *ibíd.*):

Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética a la justicia.

A su turno, la administración de bienes ajenos es regulada en el Código Civil en el régimen del *guardador*, título XXII y siguientes, en donde se consagra su responsabilidad en los siguientes términos (art. 481):

El tutor o curador administra los bienes del pupilo, y es obligado a la conservación de estos bienes y a su reparación y cultivo. Su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive.

Por su parte el artículo 63 de la misma obra define la culpa leve en los siguientes términos:

[Párrafo 2.º] Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Claro está, como quiera que en materia de responsabilidad disciplinaria no se consagra la culpa leve como título autónomo de imputación subjetiva, pues los pequeños descuidos son tolerados para no paralizar la función pública, tenemos que el entendimiento racional de esta cuestión es trasladar en cabeza del funcionario con capacidad contractual las reglas de administración de bienes ajenos del Código Civil pero con un nuevo baremo de responsabilidad: la culpa grave o gravísima, obvio, sólo en materia disciplinaria por vía general o ex-

clusivamente en materia penal cuando exista la imputación a título de culpa. De esta forma se armoniza la Ley 80 de 1993, el Código Civil y los códigos Penal y Disciplinario.

4. Como vemos, entonces, el servidor público está regido por el deber en todos sus campos de actuación y con mayor razón en el relativo a la contratación estatal, aspecto en el que la ley ha querido que el servidor sea en extremo cuidadoso al equiparar las reglas de administración de bienes ajenos, normalmente más exigentes, con las reglas de contratación. Este aspecto no puede ser ajeno a la facultad de delegación que ya vimos, es viable en materia contractual; ahora lo abordaremos desde la óptica de la responsabilidad penal y disciplinaria.

B. PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD POR DELEGACIÓN

1. En principio pareciera que el delegante es irresponsable de conformidad con lo reglado por el párrafo 2.º artículo 211 de la C. N. y el párrafo 2.º artículo 12 de la Ley 489 de 1998. Sin embargo, de la línea jurisprudencial, doctrinaria y legal expuesta en precedencia se tiene que ello no es así, pues el servidor público con facultades de contratación, como también en la delegación en general y respecto del ejercicio del control jerárquico y de tutela, permanece todo el tiempo como titular de la función y, por tanto, como garante de su correcto funcionamiento, al punto tal de ejercer mando y control jerárquico frente al delegatario, pudiendo reasumir la función en el momento en que él así lo quiera, tal y como lo establecen estas mismas normas citadas.

De ahí que la misma Ley 489 de 1998 en su inciso 2.º artículo 1.º establezca la responsabilidad individual del delegante al prever que tanto el Presidente de la República como los ministros, los directores de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas deberán informarse en todo momento del desarrollo de las delegaciones que hayan otorgado, al igual que impartir las orientaciones generales sobre el correcto ejercicio de las funciones delegadas, estableciéndose un estrecho vínculo funcional, de carácter especial y permanente, entre delegante y delegatario en lo que al ejercicio de las funciones delegadas concierne.

Dicho en otros términos, lo anterior significa que por el simple hecho de haber delegado una o algunas funciones no debe el servidor público permanecer ajeno al desarrollo de la actividad trasladada al delegatario, pues partiendo del deber de "información permanente" surge la posibilidad de reasumir la competencia. Ello en la medida en que la actividad contractual, como modalidad de la gestión pública que es, debe guiarse siguiendo los principios de mora-

lidad, eficacia, celeridad, economía, imparcialidad y publicidad, tal como lo prescriben los artículos 209 y 123 de la C. N.

Súmele a ello el deber de “buen padre de familia” como administrador de *bienes ajenos*, tal como lo equipara la Ley 80 de 1993, y tenemos el deber que pesa sobre sus hombros de velar por el cumplido fin de la contratación estatal, incluso en casos de delegación de competencias a subordinados, toda vez que en estos eventos el ejercicio del control jerárquico implica un seguimiento, por lo menos periódico, a las funciones delegadas.

Además, la responsabilidad que se predica del delegante no sólo proviene de las normas analizadas sino también del incumplimiento de los principios de la función administrativa contemplados en los artículos 6.º, 121 y 209 de la C. N., tal como lo dedujo la Corte Constitucional en sentencia C-372 de 2002:

En efecto, no puede darse al artículo 211 de la C. N. una lectura aislada y meramente literal para considerar que la delegación protege o aparta total y automáticamente a la autoridad delegante de todo tipo de responsabilidad en relación con el ejercicio indebido o irregular de la delegación, pues con esta interpretación se dejarían de lado los principios de unidad administrativa y de titularidad de los empleos públicos, como fundamento de la competencia de las autoridades públicas. La delegación no es un mecanismo para desprenderse con fines contrarios a los principios que rigen la función administrativa como la moralidad, la eficacia o la imparcialidad [...] Por ello, es necesario efectuar un análisis sistemático de la Constitución con el fin de establecer los límites fijados por el constituyente en materia de responsabilidad del delegante, pues la expresión del artículo 211 sobre la materia no agota los diferentes escenarios en los cuales el delegante puede ser considerado sujeto responsable, pues existen otras normas constitucionales y legales que le imponen deberes de dirección, orientación, seguimiento y control de la actuación administrativa en general, y de ejercicio de la delegación en particular²².

Dicho en otras palabras: al delegante sí le cabe responsabilidad, y no por los actos del delegatario, sino por los suyos propios pues él sigue siendo el titular de la función, la cual debe vigilar, materializándose entonces su responsabilidad en su deficiente control sobre el subordinado, siempre y cuando no sea posible predicar en su favor una prohibición de regreso. A este punto dedicaremos el resto del trabajo.

Es importante en materia penal la configuración de la comisión por omisión a título de dolo eventual cuando en delegatario o encargado del control deja todo librado al azar y no se preocupa en lo más mínimo por la gestión del delegado. Esto es, cuando se asume la posición de que no controlo ni vigilo,

22 Sentencia C-372 de 2002, M. P.: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

pase lo que pase, estoy asumiendo responsabilidad penal a título de dolo eventual por dejar la producción librada al azar (art. 22 C. P.).

2. Antes de empezar con el tratamiento de este instituto jurídico bien vale la pena delimitar aún más el objeto de análisis, pues no se profundizará aquí en la teoría general de la comisión por omisión, sino sólo en una modalidad suya: la que presupone a un garante, al titular de una función específica, en caso de traslado del ejercicio de una competencia a un órgano subordinado.

Lo anterior pues, debido a la organización funcional del derecho penal de la comisión por omisión y del derecho disciplinario, regidos por la infracción del deber, no cabe diferenciar entre coautores y partícipes cuando se trata de servidor público vinculado con la función, punto de primera importancia en este tema, pues muy a pesar de que la delegación presupone una división funcional del trabajo, tal como sucede en la coautoría impropia y en la participación, dichas figuras no aplican a la comisión por omisión respecto de la responsabilidad del delegante y delegado. Es decir, o se es responsable penal y disciplinariamente a título de autor o no se es responsable, con lo cual nos apartamos un poco del entendimiento doctrinal del instituto de la prohibición de regreso que, como se sabe, es el eje que limita la accesoriedad en las corrientes funcionalistas²³.

Con ese marco conceptual veamos ahora sí las incidencias que la exclusión al tipo objetivo puede tener en materia de delegación. Nos referimos fundamentalmente a la prohibición de regreso.

3. Como se dijo, el mundo del derecho penal de la comisión por omisión y del derecho disciplinario está regido por el deber, y del deber se derivan roles de conducta que cabe esperar de cada servidor público. En efecto, "Si las personas entran en contacto no como seres salvajes, sino como miembros de una sociedad, ello sucede en roles más o menos perfilados. Cabe entender estos roles como un haz de expectativas recíprocas y de las correspondientes posibilidades de reacción"²⁴.

Así, cada servidor público tiene a su cargo una serie de funciones y responde de ellas, es el llamado a evitar resultados lesivos que afecten a la organización administrativa o, dicho en otros términos, es el garante de la función pública en su órbita de competencia.

23 Cfr. GÜNTHER JAKOBS. *Derecho penal, Parte general*, 2.ª ed., JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads.), Madrid, Marcial Pons, 1995.

24 GÜNTHER JAKOBS. "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del riesgo permitido, la prohibición de regreso y el principio de confianza", en *Estudios de derecho penal*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ (trads.), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Edit. Civitas, 1997, p. 211.

Por supuesto, el deber está limitado por el rol, con lo cual es posible decir que cada servidor responde únicamente de sus acciones, es decir, en virtud del principio de autorresponsabilidad²⁵. Ello, en principio, avala la irresponsabilidad del delegante, quien no tendría por qué responder de las acciones del delegatario.

Sin embargo el problema estaría mal planteado, pues, tal como se afirmó atrás, el delegante sí responde por una acción propia: la no vigilancia sobre las acciones del delegatario que le impone el ejercicio de los controles jerárquico y de tutela. Recordemos que una afirmación tal es válido hacerla en el marco de la responsabilidad institucional.

Por ello creemos que la cuestión debe plantearse correctamente en el ámbito de la prohibición de regreso, donde se discute lo relativo a "cuándo alguien que crea una determinada situación es garante de que otro no la continúe hasta producir una consecuencia delictiva"²⁶. Es decir, aterrizado el anterior concepto al presente estudio, *¿cuándo el delegante debe velar por que el delegatario no desvíe su aporte hasta una consecuencia nefasta para la Administración?*

La respuesta viene dada por los deberes que se le imponen al delegante al ser el titular de la función y al ejercer el control jerárquico sobre el subordinado. Así, no resulta de recibo el total desentendimiento o actitud desobligante, esto es, la asunción de una posición de displicencia del delegante frente a la función delegada, de la cual es titular y sobre la que tiene que informarse constantemente para verificar su cabal cumplimiento como garante que es del mismo. Aquí, tal como lo plantea la Ley 80 en su numeral 4 artículo 26, debe apelarse a los postulados del comportamiento ético y justo.

De lo contrario no encontraría explicación la facultad de reasumir el ejercicio de la competencia delegada, uno de cuyos eventos es, sin lugar a dudas, el caso de incumplimiento de la función delegada por parte del delegatario. Obviamente en esta situación la no asunción de la función conlleva responsabilidad para el delegante, así como también acarrea las mismas consecuencias la no vigilancia de la misma.

Cosa distinta sucede cuando el delegante cumple con su control jerárquico y vigila el ejercicio de la función delegada y, sin embargo, el delegatario desvía claudestramente la función hacia consecuencias no deseadas por la administración, eventos en los que sí es predicable la prohibición de regreso al delegante. En efecto, "Nadie tiene que ser obligado a establecer una comunidad; si otro la quiere producir unilateralmente, tomando arbitrariamente como punto de partida de su conducta un comportamiento del primero, éste no resulta afectado por ello"²⁷.

25 Cfr. YESID REYES ALVARADO. *Imputación objetiva*, 2.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1996, p. 21.

26 JAKOBS. Ob. cit., p. 215.

27 Ibid., p. 216.

CONCLUSIONES

1. Los fines esenciales del Estado justifican su existencia y por tanto deben ser logrados. Para ello se acude a la teoría del acto administrativo y a la contratación estatal.

2. Igualmente, para el logro de sus funciones, el Estado acude a técnicas de organización administrativa, tales como la descentralización, la desconcentración y la delegación.

3. El fundamento de la responsabilidad penal y disciplinaria del servidor público es la relación especial de sujeción con la Administración que le impone deberes. El quebrantamiento de éstos genera entonces responsabilidad en virtud de una institución.

4. La forma de canalizar penal y disciplinariamente dicha vinculación con los deberes es la figura de la comisión por omisión. Si quien tiene el deber jurídico de impedir un resultado no lo hace pudiendo hacerlo, es como si lo hubiese producido.

5. Se puede incurrir en comisión por omisión en cualquiera de los delitos o faltas contra la Administración Pública que comporten la realización de un resultado en términos materiales o jurídicos.

6. Si se conoce que se va a producir un resultado antijurídico en la actividad a cargo del delegado y el delegante no toma ninguna medida de prevención o control, incurrirá en dolo; si deja que las cosas sucedan al capricho del azar, cuando, como posible o probablemente, se ha previsto un resultado, sin llevar a cabo alguna actitud positiva de prevención o control, existirá dolo eventual.

7. La contratación estatal es una herramienta del Estado para el logro de los fines esenciales de la Administración y, por tanto, está especialmente regulada la actividad de los servidores con dicha potestad.

8. En materia penal sólo puede responderse en comisión por omisión por modalidad dolosa de imputación; por culpa, sólo cuando se regule expresamente la figura. En materia de contratación el servidor público debe comportarse como en la administración de bienes ajenos regulada en el Código Civil, con la aclaración que el título mínimo por el que responde es por el de culpa gravísima y grave toda vez que la culpa leve del Código Civil es atípica en materia de responsabilidad penal o disciplinaria.

9. En los eventos de delegación la diligencia exigida al delegante se concreta en la relación de control jerárquico, la cual supone una vigilancia siquiera periódica que permita conocer el estado real de la ejecución de la competencia delegada.

10. Como garante que es, el delegante responde penal y disciplinariamente cuando no ejerce el control jerárquico sobre el delegatario o cuando ejerciéndolo no toma las medidas correctivas tendientes al cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

11. Si pese a estas medidas el delegado desvía arbitraria y clandestinamente el aporte del delegante hacia un curso dañoso para la Administración, sin que éste tenga la posibilidad de enterarse de lo que está sucediendo, sólo aquél responde, pues en favor del delegante se configura una prohibición de regreso.

CAPÍTULO QUINTO

*Prohibición de doble imputación respecto
de la calidad de servidor público*

La Sala de Casación Penal ha venido sosteniendo por vía general, sin hacer excepciones, incluso desde la vigencia del artículo 36 del C. P. de 1936, que “no representa igual gravedad la violación de la ley llevada a término por un particular, a la consumada por un funcionario público y, más, si él está investido de la facultad de administrar justicia”¹.

Posteriormente ha reiterado que “la aplicación de la circunstancia genérica de agravación punitiva del numeral 11 artículo 66 del C. P. de 1980 no vulnera el principio *non bis in idem*, por no ser predicable de todo servidor público por el sólo hecho de serlo, sino de aquellos que por jerarquía o representación social merecen especial admiración y respeto de los asociados”².

Pacífica jurisprudencia se repite afirmando:

[en] cuanto se refiere al agravante genérico por el cargo de fiscal que desempeñaba [...] para cuando cometió el delito objeto de condena, necesario se torna observar, como lo afirmó la Corte en sentencia del 21 de noviembre de 1990, con ponencia del magistrado GUILLERMO DUQUE RUIZ y últimamente en la del 2 de junio de 1999, de la cual fue ponente el Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, “es cierto que el artículo 140 del Código Penal exige la condición de servidor público como componente típico del delito de concusión, además que los jueces tienen tal calidad, pero, si se quiere justificar la doble imposición con efectos punitivos, una es la causa para deducir la tipicidad básica como presupuesto de la pena, y otra diferente la que se requiere para situar la agravante de la misma. En efecto, el proceso de adecuación típica del delito de concusión exige el abuso de la condición básica de servidor público o de la función, pero dentro de la gama de servidores oficiales existen algunos que se destacan en la sociedad por el cargo mismo, el poder, el oficio o el ministerio que ejercen, posiciones que entonces tienen un mayor grado de exigibilidad, en el sentido de proteger y abstenerse de violar la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de las personas, porque obviamente tal situación privilegiada del actor cuenta para facilitar la comisión del delito, aunque para su realización baste la sola condición oficial”³.

Hasta el momento parece inamovible tal posición, no obstante, estimamos que el punto tiene que ser reevaluado ante la nueva redacción que se ha dado del fenómeno jurídico por la Ley 599 de 2000.

- 1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de enero de 1979, M. P.: ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHIANDÍA (comp.), cit., p. 27.
- 2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 4 de diciembre de 1997, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal*, año 1997, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 582, reitera la sentencia del 21 de junio de 1995, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.
- 3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 9 de julio de 2002, M. P.: CARLOS GÁLVEZ ARGOTE, en *Extractos de jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia*, Relatoría, 3.º trim. de 2002, p. 18.

En efecto, el nuevo Código Penal varió el *nomen iuris* de la figura, puesto que la misma en el Decreto 100 de 1980 recibía el nombre de “cosa juzgada” y trataba de la aplicación de la norma a fenómenos que se encontraban enjuiciados en tiempos diferentes, toda vez que se hablaba de un hecho anterior que recibió pronunciamiento en sentencia ejecutoriada y que nuevamente se somete a juicio (art. 9.º *ibíd.*); cuestión que resulta desbordada por el contenido del artículo 8.º de la Ley 599 de 2000, habida cuenta que ahora se trata el tema en términos rigurosamente materiales, pues se habla de “prohibición de doble incriminación” y respecto a “cualquiera que sea la denominación jurídica que se le dé o se le haya dado”, lo que indica que opera ante la aspiración de efectuar una doble incriminación en los siguientes eventos: a. En un nuevo proceso cuando ya anteriormente otro concluyó con sentencia ejecutoriada por la misma conducta punible; b. Ante dos procesos por la misma conducta que marchan simultánea o paralelamente en su desarrollo procesal, en igualdad o desigualdad de etapas, y c. Ante un mismo proceso en el cual se pueda presentar una doble imputación, ya sea por doble incriminación de una misma conducta o bien teniendo la misma conducta como relevante para la tipificación de un acto delictivo más grave y a la vez como agravante genérico o específico⁴.

Precisamente, en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate ante la comisión primera del Senado de la República se dejó dicho que los principios básicos del sistema penal consagrados en el Código Penal de 1980 “se actualizan en cuanto a su contenido, interpretación y alcance”⁵, toda vez que, como se señaló en el segundo debate, el “principio exclusivamente vinculado con la cosa juzgada aparece verdaderamente insuficiente frente a la garantías constitucionales”⁶, lo cual está representado en la nueva visión del principio de la prohibición de doble incriminación.

La expresión “se le dé o haya dado” da cuenta que la doble incriminación puede verse desde el pasado hacia el presente y desde el presente sobre el presente.

Por tanto, tener en cuenta la calidad de servidor público para tipificar algunos delitos contra la Administración Pública y a la vez agravarlos por razón de la calidad de servidor público, así se haga una distinción en torno a la importancia del cargo, resulta una doble incriminación materialmente hablando. La “actuación como servidor público” se está tomando doblemente para producir

4 ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. *Exposición de motivos del proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional, p. 16.

5 LÓPEZ MORALES. “Antecedentes del nuevo Código Penal”, cit., *Gaceta del Congreso*, n.º 280 del 20 de noviembre de 1998, p. 156.

6 LÓPEZ MORALES. “Antecedentes del Nuevo Código Penal”, cit., *Gaceta del Congreso* n.º 63 del 23 de abril de 1999, p. 483.

efectos punitivos, realizándose una doble incriminación vista desde el presente y sobre el presente en un mismo proceso.

Con ello se quiebra materialmente el contenido del artículo 8.º de la Ley 599 de 2000 que dispone:

Prohibición de doble incriminación. A nadie se le podrá imputar más de una vez la misma conducta punible, cualquiera sea la denominación jurídica que se le dé o haya dado...

Así las cosas, cuando nos encontremos ante delitos contra la Administración Pública cuyo sujeto activo resulte cualificado en razón de tener el carácter de servidor público, no puede computársele para efectos de agravar la pena el aparte del numeral 9 artículo 58 del C. P. de 2000 cuando se refiere a la posición distinguida del agente del delito por virtud del "cargo".

CARLOS MIR PUIG, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, es del mismo parecer, toda vez que expresa que "si el funcionario *actúa ejerciendo la función pública*, no es de aplicación la agravante, pues si se aplicara se incurriría en el *bis in idem* prohibido, pues su cualidad de funcionario ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al fijar el tipo de injusto y la correspondiente pena"⁷.

7 C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 29.

CAPÍTULO SEXTO

Prejudicialidad

Al interior de la Administración de Justicia la rama judicial está compuesta por varias jurisdicciones, entre las que se encuentran la ordinaria y la contenciosa administrativa (caps. 2.º y 3.º tit. VIII C. N.).

La jurisdicción ordinaria comprende la Administración de Justicia penal, civil, agraria, familia y laboral (arts. 234 y 235 C. N.).

Cuando un funcionario judicial conoce de un asunto penal deferido a sus competencias es muy factible que también se involucren aspectos que tengan que ver con la Administración de Justicia civil, de familia, agraria, laboral y contencioso administrativa.

La vinculación del tema a decidir perteneciente a otra órbita jurídica —civil, laboral, agrario, de familia y administrativo— puede oscilar entre una mera relación tangencial o un vínculo estrecho entre aquellos y lo penal, de lo cual depende que pueda cuestionarse la aptitud del funcionario penal para pronunciarse si antes no lo ha hecho el competente en razón de la especialidad de la materia.

Por ejemplo, expresiones como matrimonio válido, relaciones de consanguinidad, título no traslativo de dominio, posesión y otros hacen parte de la estructura de los tipos penales y por lo general toman el nombre de “elementos normativos del tipo”, cuya caracterización depende de una especial valoración jurídica a desempeñar por el funcionario judicial encargado de efectuar el proceso de adecuación típica de los hechos en la norma penal, lo cual realiza con plena autonomía y teniendo como directriz el orden jurídico.

No obstante, la determinación de si una resolución, dictamen o concepto son “manifiestamente contrarios a la ley” en el prevaricato, o si en la celebración indebida de contratos se desconocieron los “requisitos legales esenciales”, no es asunto de poca monta, pues tiene que ver nada más y nada menos que con el cumplimiento del principio de legalidad cuyo control constitucional ha sido asignado a la jurisdicción contencioso administrativa (arts. 237.1 y 238 C. N.), de tal modo que el asunto penal y el administrativo aparecen “tan íntimamente ligados al hecho punible que es racionalmente imposible su separación”¹.

El Código de Procedimiento Penal de 2000 (Ley 600) no ha consagrado norma alguna sobre el fenómeno jurídico de la “prejudicialidad” de lo contencioso administrativo a lo penal.

El artículo 43 del CPP trata el tema de las “decisiones extra-penales”, pero tales reglas no son aplicables al fenómeno que desarrollamos, toda vez que se circunscribe a las cuestiones extrapenales que “no sean elementos constituti-

1 Cfr. C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 37.

vos de la conducta punible", y resulta claro que los arriba mencionados son elementos constitutivos del tipo penal.

En consecuencia, no existiendo en el Código de Procedimiento Penal una norma especial que trate el tema de la prejudicialidad y comoquiera, además, que el Código de Procedimiento Civil otorga prevalencia a la decisión del juez penal (num. 1 art. 170), en todo caso el funcionario judicial tiene plena autonomía para resolver sobre las cuestiones extrapenales que sean constitutivas de la conducta punible, de tal forma que el funcionario penal puede "condenar o absolver libremente en conciencia, sin que pueda alegarse que infringió la autoridad de la sentencia no penal sea cual fuere el contenido de su decisión"².

Tal sistema ha sido denominado como de "prejudicialidad no devolutiva", toda vez que el funcionario judicial decide con plena autonomía las cuestiones extrapenales constitutivas de los elementos del delito; por el contrario, sistema que es rechazado por nuestra organización judicial, se presenta "prejudicialidad devolutiva" cuando el tema requiere un juicio previo al penal.

2 Cfr. C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 40.

CAPÍTULO PRIMERO

Peculado

La palabra peculado deriva de *pecus*, ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaba su ordenamiento económico esencialmente en el pastoreo.

Para la época de los emperadores romanos, esta forma de pago se sustituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre a los cuales el Estado acuñaba la cabeza de la *pecus*, o sea de un buey, y a esta moneda se le denominó con el mismo nombre que le dieron los umbro-sabélicos: la *pecus*, de donde se tiene que, etimológicamente hablando, pecular es apropiarse del peculio ajeno, en su connotación de ganado y dinero.

La tipificación de las apropiaciones de dineros públicos y toda defraudación contra la caja pública como peculado tuvo lugar con la *lex Julia*, la cual, según dice CARMIGNANI, se promulgó bajo el régimen de CAYO JULIO CÉSAR, y llevaba como título *Peculatus et de sacrilegiis et de residuis*, por la afinidad de estos delitos entre sí, estableciéndose como pena la privación o “interdicción del agua y del fuego”, sanción que luego fue sustituida por la deportación.

Más tarde los administradores públicos que cometían este delito y sus auxiliares eran castigados con la muerte; se otorgaba además la acción del cuádruplo del dinero sustraído, la que tenía lugar también contra los herederos, pero no más allá del año después de la muerte de su causante¹.

El tiempo amplió este concepto: para la época del *Digesto* de ULPIANO, el *peculatus* era el hurto de dinero del pueblo romano, que era el que pertenecía al Estado romano, en su generalidad. Hurtar dinero del municipio —escribe PAPINIANO— no es *peculatus* sino hurto común; TRAJANO y ADRIANO extendieron el *peculatus* a todo hurto de dinero público, así fuera municipal.

Así queda durante la Edad Media y así llega al Código Toscano, sobre el cual CARMIGNANI escribió sus *Elementos*².

Para el maestro CARRARA el peculado, llamado peculado propio, es decir el que realizan los funcionarios públicos, en el ejercicio del cargo (concepto novedoso propio del desarrollo de la Administración Pública), no es un caso de conducta atentatoria contra el objeto jurídico Administración Pública, sino contra el objeto jurídico de la fe pública, y dice: “la fe pública toma otra forma particular cuando la nación y sus legítimos representantes tienen confianza en la probidad de un individuo y la manifiestan confiándole el dinero público. Si él se apropia delictuosamente de ese dinero, en todo

1 GIOVANNI CARMIGNANI. *Elementos de derecho criminal*, ANTONIO FORERO y JORGE GUERRERO (trans.), Bogotá, Edit. Temis, 1982, p. 9.

2 FRANCISCO J. FERREIRA DELGADO. *Delitos contra la Administración Pública*, 2.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1985, p. 12.

o en parte, quebranta la fe pública, es decir, la fe que tuvo en él toda la sociedad al poner en sus manos un capital procedente del patrimonio de todos los ciudadanos y que debía servir para beneficio de todos ellos, y así traiciona la confianza de todos. No puede dudarse, por lo tanto, que el peculado propiamente dicho es un título de delito que pertenece también a la presente clase”³.

I. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA EN COLOMBIA

A. CÓDIGO PENAL DE 1837

Con la colaboración del general SANTANDER se expide el Código Penal de 1837, redactado por JOSÉ IGNACIO DE MÁRQUEZ, con gran influencia del Código Penal francés de 1832.

Lo que hoy denominamos como peculado, delito contra la Administración Pública, en aquel código se encontraba en el título x: “Delitos y culpas contra la Hacienda Nacional”; pero algunas de las figuras, cuando el sujeto activo estaba encargado de bienes de provincias, cantones o distritos, hacían parte del capítulo III del título undécimo, que regulaba “los delitos y culpas de funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones”⁴.

B. CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CUNDINAMARCA

Desde 1858, como lo señalan diferentes autores, en virtud de la Federación continuaron rigiendo simultáneamente el Código Penal Federal y los de los Estados. En 1873 el Congreso expidió la Ley 112 del 26 de junio para los Estados Unidos de Colombia. “Unificada la legislación civil y penal, en virtud de la Ley 57 de 1887, se adoptó para toda la República el código del extinguido Estado Soberano de Cundinamarca, pero con algunas reformas introducidas en la misma ley que lo adoptó. Posteriormente fue modificado por las leyes 67 y 153 de 1887 y por la Ley 134 de 1888”⁵.

C. CÓDIGO PENAL DE 1890

El Código Penal de 1890 fue elaborado por JUAN PABLO RESTREPO, y es casi una copia del Código Penal anterior; en él los delitos de peculado se tipificaron en

3 AUGUSTO IBÁÑEZ GUZMÁN. *La Administración Pública, objeto jurídicamente tutelado*, tesis de grado, 1985, p. 176.

4 ANTONIO JOSÉ CANCINO MORENO. *El peculado*, Bogotá, Edit. Temis 1983, pp. 1 y 2.

5 *Ibíd.*, p. 2.

el título noveno, que regulaba los ilícitos contra la Hacienda Pública, cambiando la expresión "Hacienda del Estado" por la de "Hacienda Pública".

D. LEY 109 DE 1922

Posteriormente se expidió la Ley 109 de 1922, que se conoce como Proyecto CONCHA, ya que fue JOSÉ VICENTE CONCHA quien, en 1912, inició la reforma penal al presentar el mencionado proyecto, que se convertiría en ley diez años después pero sin alcanzar a entrar en vigencia.

E. PROYECTO DE LA COMISIÓN DESIGNADA POR LA LEY 81 DE 1923

Luego, la Ley 81 de 1923 creó una comisión para que estudiara modificaciones al Proyecto CONCHA, que no había alcanzado a entrar en vigencia. "Esta comisión, en el título tercero, tipificó y reglamentó los delitos contra la cosa pública, de tal suerte que no existió modificación en este aspecto en relación con el anterior proyecto"⁶.

F. CÓDIGO PENAL DE 1936

Trece años más tarde se elaboró la Ley 95 de 1936 por una comisión integrada por RAFAEL ESCALLÓN, PARMENIO CÁRDENAS, CARLOS LOZANO Y LOZANO y CARLOS REY; dicha comisión tomó como base el Código italiano de ROCCO, el proyecto de FERRI de 1921 y los trabajos de la comisión colombiana de 1925.

En este estatuto apareció por primera vez la expresión "delitos contra la Administración Pública".

En el acta 115 de la comisión, sobre el bien jurídico a tutelar, aparece lo siguiente:

"Se comenzó por estudiar el nombre que debe darse al título y a este respecto el doctor CÁRDENAS manifestó que no le parecía claro ni apropiado el término empleado por la anterior comisión, es decir, la expresión 'cosa pública'; en su opinión es demasiado vaga y general, y en esa forma puede comprender infracciones que no deben ser tratadas en esta parte del Código. Tampoco estima conveniente la designación que tiene el actual Código Penal colombiano de 'delitos contra la Hacienda Nacional' (Código de 1890), porque en esta forma se restringe demasiado el concepto de los delitos que

6 Ibid., p. 4.

tratan de estudiarse, pues quedarían muchos sin ser contemplados, como por ejemplo, el delito cometido por un juez que dispone del dinero correspondiente a un remate, delito que no puede decirse que sea contra la Hacienda Pública, porque se trata de un delito especial. En consecuencia, se adoptó provisionalmente por título el siguiente: 'Delitos contra la Administración Pública'⁷.

Es por ello que en el Código de 1936 y en el actual el bien jurídico que se protege en los delitos de peculado es la Administración Pública. Este código es, en términos generales, el precedente legal inmediato de los delitos contra la Administración Pública.

G. CÓDIGO PENAL DE 1980

Más tarde, al presentarse el proyecto de 1978 a consideración del Senado de la República, en virtud de la ley de facultades (Ley 50 de 1978), se integró otra comisión con el fin de presentar el proyecto definitivo del estatuto penal, con base en los principios y lineamientos del anteproyecto de 1974 y del proyecto de 1978, y así el Gobierno Nacional expidió el nuevo Código Penal, mediante el Decreto 100 del 23 de agosto de 1980, que como bien se sabe entró a regir el 29 de enero de 1981.

En él se incluyeron las siguientes modificaciones:

Se eliminó la expresión "o permita que otro lo haga", por ser ella un caso de coparticipación, ajeno, por lo tanto, a la parte especial de un código penal.

Así mismo se suprimió la frase "bienes públicos", pues se consideró que la enumeración taxativa era limitativa; se pensó que era más acertado hacer una referencia de carácter general: "bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte". La frase "recaudo, custodia, ordenación, administración o disponibilidad jurídica" quedó reducida a la de "administración o custodia".

Se estableció que las funciones del servidor público son netamente normativas; se tuvo en cuenta la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, que el proyecto de 1978 sólo contemplaba para el peculado por aplicación oficial diferente y peculado culposo⁸.

H. ESTATUTO ANTICORRUPCIÓN

Con la Constitución de 1991 y con el plan de modernización del Estado se estableció la inminente necesidad de adoptar medidas que contribuyeran a

⁷ *Ibíd.*, p. 6.

⁸ *Actas del Nuevo Código Penal colombiano, Parte especial*, LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN (ed.), acta n.º 82, vol. II, pp. 269 y ss.

erradicar la corrupción administrativa; es así como se presentaron al Congreso Nacional dos proyectos de ley, tendientes ambos a lograr el objetivo señalado: el proyecto 018 de 1993, "por medio del cual se adopta el Estatuto contra la Corrupción", y el proyecto 036 de 1993, "por medio del cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública".

El primero, presentado a consideración del Congreso por los senadores ANDRÉS PASTRANA ARANGO, EFRAÍN CEPEDA SARAVIA, EDUARDO PIZANO DE NARVÁEZ, GUSTAVO A. GALVIS HERNÁNDEZ, JAIME EDUARDO RUIZ LLANO, JORGE A. HERNÁNDEZ RESTREPO, MARISTELLA SANÍN POSADA y CLAUDIA BLUM DE BARBERI; y el segundo presentado por el Gobierno del presidente CÉSAR GAVIRIA TRUJILLO.

Para condensar estos dos proyectos en uno solo se tomó como base el presentado por el gobierno GAVIRIA, es decir, el 036 de 1993. Las iniciativas fueron acumuladas en la Cámara de Representantes e hicieron su tránsito por esa corporación, siendo objeto de estudio en la comisión primera.

El estatuto no sólo contiene disposiciones del régimen penal y de procedimiento penal, sino que igualmente toca aspectos relativos al régimen de los servidores públicos, introduce disposiciones en materia de declaración de bienes y rentas, trae disposiciones relativas al régimen financiero, dando mayor importancia al control social y creando un sistema de quejas y reclamos; contiene, así mismo, una serie de disposiciones en materia de revisión fiscal⁹.

El 6 de junio de 1995 se expide la Ley 190 de 1995, conocida como Estatuto Anticorrupción, por medio de la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, modificando básicamente el peculado por apropiación y el peculado por extensión¹⁰.

1. La Fiscalía General de la Nación, en uso de las facultades constitucionales que le otorga el numeral 3 artículo 251 de la C. N. relacionadas con iniciativas legislativas, presentó en 1998 un proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal cuya publicación fue materializada por medio de la *Gaceta del Congreso* n.º 189 del jueves 6 de agosto del mismo año. El proyecto recibió trámite primero en el Senado de la República y posteriormente en la Cámara

9 Sobre este tema cfr. CARMEN ELOISA RUIZ LÓPEZ. *El delito de peculado*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

10 Se modificaron los siguientes artículos del Código Penal: 63, 133, 138, 140, 141, 142, 143, 147, 149, 150, 151 y 177, y se crearon dos nuevos artículos, el 59A (inhabilidad para el desempeño de las funciones públicas) y 148A (utilización indebida de información privilegiada).

de Representantes, corporaciones en las cuales recibió importantes modificaciones que no mutaron la esencia que le imprimió la comisión de la Fiscalía que los preparó bajo la conducción de ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, como Fiscal General, y JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, como Vicefiscal, y fue enviado al Presidente de la República, ANDRÉS PASTRANA ARANGO, para sanción presidencial; éste realizó algunas objeciones por razones de constitucionalidad y conveniencia que fueron posteriormente superadas por el Congreso de la República, recibiendo finalmente su sanción jurídica¹¹.

II. NOCIÓN

Se sanciona el peculado en sus diversas modalidades, en la medida en que una mala administración de los bienes confiados al empleado oficial, en razón o con ocasión de las funciones, incide en forma negativa en la correcta administración del Estado por deformación del instituto real. Como lo señala LUIS CARLOS PÉREZ:

En su más amplio contenido y cualquiera que fuere la clase de conductas dirigidas a lesionar el interés patrimonial de la Administración oficial, el peculado no se distingue por su naturaleza de los bienes afectados, pues el dinero, p. ej., es dinero en poder de los particulares o en las cuentas y depósitos del Estado, sino ante todo por la ruptura de la confianza que las autoridades dan a un funcionario público a fin de que éste vele directa o indirectamente por las cosas que se le entregan o que se ponen bajo su administración¹².

También se ha conocido esta figura con el nombre de “malversación” o mala administración. Podría decirse que el peculado —en sentido moderno— se estructura cuando se administra mal o se hace un mal uso en sentido amplio de bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al servidor público en razón de la investidura pública.

III. CLASES DE PECULADO

La legislación penal colombiana, teniendo en cuenta los verbos rectores y los distintos objetos materiales, contempla en la actualidad las siguientes clases de

11 Una información completa sobre el trámite legislativo de la Ley 599 de 2000, en JAIRO LÓPEZ MORALES. *Antecedentes del nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

12 LUIS CARLOS PÉREZ. *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978, p. 194.

peculado: por apropiación; por uso indebido de bienes; por aplicación oficial diferente; culposo por pérdida de recursos; por omisión del agente retenedor o recaudador, y por destino indebido de recursos para metales preciosos.

Dejaron de ser delitos los peculados por uso de trabajo oficial, por error ajeno y por extensión.

El antiguo peculado por uso de trabajo oficial hoy sólo constituye una falta disciplinaria. El peculado por error ajeno y el por extensión son hoy delitos contra el patrimonio económico, en sus modalidades de aprovechamiento de error ajeno y abuso de confianza calificado (arts. 250 y 252 C. P., respectivamente).

A. PECULADO POR APROPIACIÓN

Se describía y sancionaba esta figura en el artículo 3.º del Decreto 1848 de 1951, que modificó el texto original del Código Penal de 1936 así:

El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones está encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de 2 a 6 años cuando el valor de lo apropiado o indebidamente usado no pase de \$3.000, o en presidio de 4 a 15 años cuando fuere mayor.

Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado responsable restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio; pero si tal no hiciere sino después de iniciada la referida investigación, la pena solo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Esta tipificación fue perfeccionada en el Código Penal de 1980 a través de una mejor ubicación y concreción de los elementos de la figura. El peculado por apropiación se encontraba mencionado en ese estatuto en el artículo 133, así:

El empleado oficial que se *apropie* en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que éste tenga parte, o de bienes particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de 2 a 10 años, multa de un mil a un millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos la pena será de 4 a 15 años de prisión, multa de veinte mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 10 años.

En el inciso 2.º aparecía la evidente incongruencia que significaba imponer pena de multa menor cuando ascendía el valor del objeto material. Por esta razón fue modificado por el artículo 2.º de la Ley 43 de 1982:

Cuando el valor de lo apropiado pase de quinientos mil pesos, la pena será de 4 a 15 años de prisión, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 10 años.

El artículo 19 de la Ley 190 de 1995 modificó el artículo 133 del C. P.:

Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes o de fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 a 15 años.

Si lo apropiado no supera un valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes.

Si lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad:

El tipo penal de peculado por apropiación sufrió algunos cambios, a saber:

- Se introdujo un nuevo objeto material del delito al hablarse de “bienes o fondos parafiscales”.
- Se introdujo también la “tenencia” de los bienes de particulares que se le hayan confiado al servidor público por razón de sus funciones.
- Ya no se dice solo “por razón”, sino “por razón o con ocasión” de sus funciones.
- Las penas para este delito se aumentaron considerablemente.

La Ley 599 de 2000 en su artículo 397 se ocupó del tipo penal de peculado, manteniendo la redacción del inciso 1.º artículo 19 de la Ley 190 de 1995, precisando que el monto de la multa no superará el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Los incisos 2.º y 3.º sufrieron una nueva redacción que repercute en la tasación de la pena de acuerdo al monto incrementado del valor del objeto material. La nueva redacción es la siguiente:

Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o de fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia

o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Si lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de 4 a 10 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

1. TIPICIDAD

El Código Penal de 2000 ha adoptado la metodología del "tipo complejo", esto es, aquella construcción dogmática por medio de la cual se entiende que la definición de lo que se encuentra prohibido o mandado no sólo señala los componentes objetivos constitutivos del injusto provisional en que se constituye la verificación de que la conducta es típica, sino que también porta el mensaje normativo. Es decir, la tipicidad refleja el mandato o la prohibición que encarna la norma subjetiva de determinación que busca encauzar el comportamiento de la persona por la vía de los derroteros institucionales, poniendo a salvo el orden jurídico de quebrantamientos que pongan en peligro o lesionen al bien jurídico tutelado.

De allí que dolo y culpa, factores que dibujan la forma de comportarse, pertenezcan al ámbito de la tipicidad (arts. 10.º, 21, 22, 27 y 32.10 inc. 1.º parte 1.ª, C. P. de 2000), aun cuando es claro, según la doctrina mayoritaria, la cual se acoge, que el tipo penal del delito culposo es puramente objetivo en tanto el examen de la culpa se reduce al establecimiento de si se infringió o no el deber objetivo de cuidado (1.ª parte art. 23 C. P.), quedando el análisis de la culpa consciente o inconsciente como objetos de verificación en la categoría dogmática de la culpabilidad (1.ª parte art. 23 C. P.).

a. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo delimita a partir de dónde y hasta dónde, cuándo y cómo un comportamiento que ponga en peligro o lesione un bien jurídico ajeno resulta comprendido en el ámbito de una prohibición o un mandato jurídico-penales.

— SUJETO ACTIVO

Sujeto activo del delito es el servidor público, en los términos que señalaba el artículo 63 del C. P. de 1980, modificado por el artículo 18 de la Ley 190 de 1995, cuya redacción y contenido tanto formal como material hoy ha reiterado el artículo 20 del C. P. de 2000, conforme se explicó con anterioridad.

Si bien se estudiará más adelante, debe precisarse que entre el sujeto activo del delito y el objeto material del mismo debe existir un elemento normativo del tipo denominado “relación especial de disponibilidad” —dado por las expresiones administración, custodia y tenencia de los bienes en virtud de la existencia de una relación jurídica surgida por razón o con ocasión de las funciones oficiales que se ejercen—, puesto que no toda apropiación de bienes del Estado por parte de un servidor público puede ser calificada de peculado.

Es importante resaltar, por lo común de la ocurrencia de tal tipo de comportamientos, que el “secuestre”, por desempeñar función pública de manera transitoria, cuando se apropia de los bienes objeto de administración, custodia o tenencia, puede ser sujeto activo del delito de peculado:

... bien es cierto que el inciso final artículo 123 de la C. N. defiere a la ley el establecimiento del “régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas”; al menos en materia penal tal régimen preexistía, porque, como se sabe, el artículo 63 del C. P. de 1980 consideraba *empleado oficial* —a partir del 4 de julio de 1991 *servidor público*— a “toda otra persona que ejerza función pública, así sea de modo transitorio”, y en tal medida lo sancionaba como autor de peculado cuando en ejercicio de tal función pública temporal se apropiara, en provecho suyo o de un tercero, “de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones”, según el artículo 133 *ibidem*. Además, el ordenamiento procesal civil en su artículo 8.º, modificado por el 1.1 del Decreto 2282 de 1989, señala que “Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos...”, mientras que el artículo 683 *ibidem* establece que “El secuestre tendrá la custodia de los bienes que se le entreguen...”¹³.

— SUJETO PASIVO

En razón de que el sujeto pasivo es aquella persona titular del bien jurídico vulnerado, tenemos que concluir que en el delito de peculado el sujeto pasivo es el Estado, como titular del bien jurídico Administración Pública; sin desconocer la posibilidad de que los particulares puedan también llegar a ser

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 27 de febrero de 2003, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), pp. 221 a 223.

perjudicados por este delito, siendo esta una hipótesis de los llamados delitos pluriofensivos, es decir que lesiona varios bienes jurídicos.

— BIEN JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico tutelado es, obviamente, la Administración Pública y de manera específica su componente instituto real. Por tanto la antijuridicidad material está dada por la deformación del instituto real —patrimonio del Estado—.

La cosa pública tiene que ser dispuesta y utilizada en beneficio del interés oficial y general. De lo contrario se presenta, si la conducta está diseñada como típica penalmente, una deformación en el instituto real, lo cual está presente en todos los tipos de peculado que más adelante se estudiarán.

Así se ha pronunciado la jurisprudencia:

Se altera de manera grave el funcionamiento del sistema, en tanto afectan el desenvolvimiento normal de las actividades del Estado, bien sea porque éste las asuma de manera directa a través de sus funcionarios, bien porque delegue o autorice que los particulares en casos específicos las realicen [...] (es) el componente social del modelo de Estado aquel que explica esa mayor cobertura. Y explica, en el momento de hoy, que el concepto de corrupción tenga como punto de partida la contraposición de intereses y de fines, para evaluar los constitucionalmente declarados y los que se propone el realizador de la conducta objeto de enjuiciamiento¹⁴.

— OBJETO MATERIAL

El *objeto material* lo constituyen los bienes muebles e inmuebles del Estado, o de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte; los bienes o fondos parafiscales, y en algunos casos los bienes de particulares.

— BIENES DEL ESTADO

Dentro de la noción Estado se entienden las entidades territoriales que la Constitución Política contempla¹⁵; se comprende aquí todo el sector de la Administración Pública.

14 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Decisión del 3 de noviembre de 1999, M. P.: CARLOS MEJÍA ESCOBAR, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 2.º sem., Señal Editora, pp. 501 y 502.

15 Cfr. arts. 285 y ss. C. N. Además de la división general del territorio, habrá las que determine la ley para el cumplimiento de las funciones y servicios a cargo del Estado. Son entidades territoriales: los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas (cfr. también arts. 286, 300, 321, 322, 329 y 330 C. N.).

1. Bienes de uso público. Son bienes del Estado cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como calles, plazas y puentes.

La existencia de esta clase de bienes la encontramos consagrada en el artículo 674 del C. C. que señala: "Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la República [...] si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio".

En Colombia los bienes de uso público son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, es decir, aquellos cuya utilización está abierta al público.

2. Bienes fiscales. Son bienes del Estado cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, como que están expresamente destinados al cumplimiento de los fines o cometidos oficiales.

Es también el Código Civil el que consagra esta clase de bienes, pues en el artículo 674 señala que "los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales".

Los bienes fiscales son aquellos bienes de las personas públicas que no son de uso público, conformando así el llamado dominio privado del Estado.

— EMPRESAS O INSTITUCIONES EN QUE EL ESTADO TENGA PARTE

Al referir el tipo penal esta clase de bienes alude a los que pertenecen a establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta.

Establecimientos públicos.

Los establecimientos públicos hacen parte, junto con las superintendencias y las unidades administrativas especiales, de los llamados organismos adscritos, pero por otro lado, desde el punto de vista de la centralización y de la descentralización, los establecimientos públicos, junto con las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta y las demás entidades nacionales con personería jurídica, conforman el grupo de las llamadas *entidades descentralizadas o sector descentralizado*, que se opone al *sector central* representado por la persona jurídica nación, de la cual hacen parte la Presidencia de la República, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias y las unidades administrativas especiales sin personería jurídica¹⁶.

16 Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo general y colombiano*, 11.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999, p. 77.

Los establecimientos públicos son organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, encargados principalmente de atender funciones administrativas, conforme a las reglas del derecho público, y que reúnen las siguientes características:

- Personería jurídica.
- Autonomía administrativa y financiera.
- Patrimonio independiente, constituido con bienes o fondos públicos comunes o el producto de impuestos, rentas contractuales, ingresos propios, tasas o contribuciones de destinación especial, razón por la cual sus bienes son objeto material del delito de peculado (cfr. art. 70 Ley 489 de 1998).

Empresas industriales y comerciales del Estado. Las empresas industriales y comerciales del Estado las define el artículo 85 de la Ley 489 de 1998, así:

Son organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica, conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley, y que reúnen las siguientes características:

a. Personería jurídica; b. Autonomía administrativa y financiera; c. *Capital independiente, constituido totalmente con bienes o fondos públicos* comunes, los productos de ellos, o el rendimiento de tasas que perciben por las funciones o servicios, contribuciones de destinación especial en los casos autorizados por la Constitución.

Como ejemplos de empresas industriales y comerciales del Estado pueden citarse la Industria Militar y la Empresa Colombiana de Petróleos –Ecopetrol–.

Las empresas desarrollan funciones que no son tradicionalmente propias del Estado sino de particulares.

Esas actividades de industria y comercio se ejercen, por tanto, con ánimo de lucro.

Existe una mayor autonomía de las empresas respecto de aquella que tienen los establecimientos públicos.

Además, desarrollan sus actividades de acuerdo con las normas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Por las razones expuestas los bienes tanto de los establecimientos públicos como de las empresas industriales y comerciales del Estado son bienes públicos, por lo que se constituyen en objeto material del delito de peculado.

3. *Sociedades de economía mixta.* A las sociedades de economía mixta (de primero a segundo grado) se refiere el artículo 97 de la Ley 489 de 1998, en los términos siguientes:

Las sociedades de economía mixta son organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales con aportes estatales y de capital privado, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas de derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley.

Para que una sociedad comercial pueda ser calificada como de economía mixta es necesario que el aporte estatal, a través de la Nación, de entidades territoriales, de entidades descentralizadas y de empresas industriales y comerciales del Estado o sociedades de economía mixta, no sea inferior al 50% del total del capital social, efectivamente pagado y suscrito.

Las inversiones temporales de carácter financiero no afectan su naturaleza jurídica ni su régimen.

Parágrafo. Los regímenes de las actividades y de los servidores de las sociedades de economía mixta en las cuales el aporte de la Nación, de entidades territoriales y de entidades descentralizadas, sea igual o superior al 90% del capital social es el de las empresas industriales y comerciales del Estado.

Sin embargo, el Código Penal sólo se ocupa de las entidades en que el "Estado" tenga parte, sin cuantificar el aporte, que bien puede ser del 1 o del 50%. En verdad que la apropiación indebida de bienes sólo debería sancionarse como peculado, en razón del bien jurídico protegido, cuando la participación del Estado en la respectiva empresa es más o menos considerable.

Desde luego que la Ley 489 de 1998 se refiere a la estructura de la Administración descentralizada a nivel nacional, pero lo aplicable a ellas con respecto a la rúbrica "Administración Pública" lo es también a nivel departamental y municipal, pues dichos entes pueden existir en tales divisiones territoriales.

Los aportes que integran una sociedad de economía mixta, como los de cualquier sociedad, pueden ser en dinero efectivo o en bienes corporales e incorporeales. El artículo 100 de la Ley 489 de 1998 establece que los aportes estatales podrán consistir, entre otros, en ventajas financieras o fiscales, garantía de las obligaciones de la sociedad o suscripción de bonos que la misma emita, así como títulos mineros y aportes para la exportación de recursos naturales de propiedad del Estado.

Se entiende como aporte del Estado tanto aquel que proviene del Estado propiamente dicho como también de cualquier otra entidad de derecho público, o aun de otras sociedades de economía mixta.

No presenta ninguna claridad la norma penal cuando se refiere a los bienes de las sociedades de economía mixta, ya que no señala la cantidad del aporte estatal para que la conducta lesione la Administración Pública y no el patrimonio económico y social.

En fin, podemos sintetizar como sigue las diferentes posiciones que sobre la materia se han presentado:

a. La de quienes consideran que al no especificar la norma penal la cantidad del aporte estatal debe entenderse que se refiere a cualquier aporte sin tener en cuenta su magnitud.

Consideramos que esta posición no es la correcta ya que se pueden presentar hipótesis en las que el aporte estatal sea esporádico o muy pequeño y sin ningún fin de impulsar el desarrollo del Estado. En este caso debería primar la protección al patrimonio económico y social y no a la Administración Pública.

b. La de quienes consideran que el aporte del Estado debe ser igual o superior al 90% del capital social¹⁷.

Tampoco consideramos que esta sea la posición más acertada, por cuanto se dejaría desprotegida la Administración Pública en casos en que el aporte estatal no alcance al 90% pero sí sea de gran magnitud; además se estaría ignorando un principio del derecho administrativo en virtud del cual las sociedades de economía mixta en las que el capital social sea en un 90% o más de carácter estatal o público se asimilan a empresas industriales y comerciales del Estado.

Si aplicamos el principio mencionado, en todo caso al apropiarse de bienes de sociedades de economía mixta en que el aporte del Estado sea del 90% o más se estaría lesionando la Administración Pública, ya que en estos casos las mencionadas sociedades se equiparan a empresas industriales y comerciales del Estado en las que se considera que todo el capital pertenece al Estado.

c. La de quienes consideramos que la expresión "en que el Estado tenga parte" se refiere a aquellos casos en que el 50% o más del capital social pertenece al Estado, o en los que el Estado tiene la mayor parte, teniendo en cuenta que en estos casos la inversión estatal se haya hecho con vista a la estabilidad o fomento de instituciones que, aunque tengan la apariencia de personas de derecho privado o semioficial, prestan un servicio social o comunitario, lo que somete el manejo de sus fondos a condiciones acordes con la finalidad de beneficio o servicio común para la cual fueron creadas.

¹⁷ Así parece entenderlo la jurisprudencia penal, la cual para la estructuración del delito de peculado no parte del estudio de la naturaleza de los bienes sino del carácter de la relación laboral del sujeto activo: si el Estado tiene el 90% o más en la sociedad de economía mixta será trabajador oficial, pues se asimila a una empresa industrial y comercial del Estado y por ende cometerá peculado. De lo contrario sólo atentará contra el patrimonio económico; cfr Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Decisión del 3 de diciembre de 1991, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 507. En el mismo sentido, decisión del 18 de agosto de 1995, M. P.: CARLOS MEJÍA ESCOBAR, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1995, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 8 y ss.

Frente a este punto señala LUIS CARLOS PÉREZ:

La expresión “en que tenga parte el Estado” ha de referirse necesariamente a los casos en que la Nación invierte más de la mitad del capital y ejerce función dirigente, y no –salvo el caso del art. 138– cuando apenas otorga auxilios a empresas o actividades determinadas. Si no se interpretara así, la norma ganaría una sospechosa amplitud, en perjuicio de la doctrina generalmente aceptada en Colombia sobre el servicio público¹⁸.

La Ley 489 de 1998, finalmente, ha acogido nuestra tesis en el artículo 97 anteriormente transcrito.

Debe aclararse que la administración, tenencia o custodia de dichos bienes debe encontrarse a cargo de quien tenga la calidad de servidor público o de particular que ejerza funciones públicas.

La administración, tenencia o custodia de recursos públicos por parte de particulares es por definición una función pública. Empero, para adquirir la potestad jurídica de ejercer funciones públicas se requiere que las mismas se defieran conforme a la ley por medio de un acto jurídico y la celebración de un convenio, lo cual otorga el título jurídico (arts. 110 y 111 Ley 489 de 1998).

Por el contrario, si no existe ese título jurídico y se tiene la administración, tenencia o custodia por un particular, y tiene el Estado toda o la mayor parte, el tipo penal que entre en cuestión será el abuso de confianza especial (num 3 art. 250 C. P. de 2000). De allí que el entendimiento de la expresión “recibidos a cualquier título” por parte del Estado surge de una interpretación armónica de los artículos 20, 250 numeral 3 y 397 ibídem con los artículos 110 y 111 de la Ley 489 de 1998.

4. *Empresas sociales del Estado*. Son empresas creadas por la Nación o por entidades territoriales para la prestación en forma directa de servicios de salud. Se sujetan al régimen previsto en las leyes 100 de 1993, 344 de 1996 y 489 de 1998. Estas empresas constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personaría jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio y pueden ser creadas por ley, ordenanza o acuerdo (cfr. art. 83 Ley 489 de 1998 y Dcto. 1876 de 1994).

5. *Empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios*. Estas empresas, junto con las entidades públicas que tienen por finalidad la prestación de servicios públicos domiciliarios, están sujetas a las leyes 142 de 1994 y 489 de 1998. Para efectos penales debemos decir que los bienes de estas empresas sólo podrán constituir el objeto material cuando sean de carácter mixto o de carácter

¹⁸ PÉREZ. *Derecho penal*, cit., p. 207.

eminentemente público, por cuanto en estas dos categorías existe un porcentaje de capital estatal (cfr. art. 84 Ley 489 de 1998).

6. *Unidades administrativas especiales y superintendencias con personería jurídica.* De conformidad con el artículo 82 de la Ley 489 de 1998, se trata de entidades descentralizadas con autonomía administrativa y patrimonial que deberán sujetarse al régimen jurídico contenido en la ley que las crea, y en lo no previsto por ella al de los establecimientos públicos. Ejemplos de estas unidades son: la DIAN, la Universidad Militar Nueva Granada, la Dirección Nacional de Estupefacientes y la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

7. *Institutos científicos y tecnológicos.* Pertenecen al sector descentralizado y tienen por finalidad desarrollar actividades científicas y tecnológicas. Se deberán sujetar a la legislación de ciencia y tecnología y su organización será determinada por el Gobierno Nacional. Como se trata de una entidad descentralizada debe tener personería jurídica y autonomía patrimonial y financiera (cfr. par. 2.º art. 68 Ley 489 de 1998).

Por último debemos incluir dentro de la categoría de las instituciones en las que el Estado tiene parte a las instituciones financieras nacionalizadas y al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (cfr. dcos. 2920 de 1982 y 693 de 1993, y leyes 117 de 1985 y 510 de 1998).

— BIENES O FONDOS PARAFISCALES

Se introduce a nivel constitucional el concepto de parafiscalidad, de origen francés. Los recursos parafiscales son aquellos ingresos del Estado que se manejan extrapresupuestalmente con el fin de agilizar su manejo y permitir cierta autonomía en su disposición a las entidades que los perciben. Las contribuciones parafiscales son exacciones que cobran determinadas personas jurídicas mixtas (provenientes de la descentralización por colaboración, como la Cámara de Comercio y la Federación Nacional de Cafeteros) o de derecho público (así determinados establecimientos públicos como el Instituto de Seguros Sociales) a los usuarios de los servicios que prestan¹⁹.

La parafiscalidad es un concepto difuso que ha adquirido un gran desarrollo en los últimos años y que corresponde a una institución intermedia entre la tasa y el impuesto. Se califican de parafiscales las exacciones efectuadas por ciertos organismos públicos o semipúblicos sobre sus usuarios para asegurar

19 Cfr. ponencia sobre la rama legislativa del poder público de la comisión tercera, con destino a la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, en *Gaceta Constitucional*, n.º 79.

su financiamiento autónomo: las cotizaciones pagadas a la seguridad social constituyen el ejemplo más importante²⁰.

Las contribuciones parafiscales no pueden identificarse con las tasas. En primer lugar, porque el pago de éstas queda a discreción del virtual beneficiario de la contrapartida directa, mientras que el de aquellas es de obligatorio cumplimiento. De otra parte, las contribuciones parafiscales no generan una contraprestación directa y equivalente por parte del Estado. Este no otorga un bien ni un servicio que corresponda al pago efectuado.

Las contribuciones parafiscales se diferencian de los impuestos en la medida en que: implican una contrapartida directa al grupo de personas gravadas; no entran a engrosar el erario público; carecen de la generalidad que caracteriza a los impuestos respecto del sujeto obligado a pagar el tributo y, en especial, tienen una determinada afectación²¹.

Por todo lo anterior, las contribuciones parafiscales, al ser ingresos del Estado, son objeto material del delito de peculado.

— BIENES DE PARTICULARES

También los bienes de los *particulares* pueden ser objeto material de peculado, siempre y cuando le hayan sido entregados al empleado oficial en razón o con ocasión de sus funciones. "Situación distinta es la del particular que confía sus cosas o parte de ellas a un servidor público, pensando que se trata de una persona correcta, respecto de la cual no tiene otros vínculos que los de la amistad u otro estímulo que los de su imprudencia"²².

Los bienes de los particulares pueden llegar a ser objeto material del delito de peculado, siempre que el sujeto que realiza la conducta tenga respecto a los bienes una obligación de administrar, tener o custodiar, y que esa obligación la tenga en razón o con ocasión de sus funciones.

Es evidente la necesidad de vincular la protección de dichos bienes con el patrimonio del Estado, toda vez que su disminución, daño o pérdida le acarrea consecuencias patrimoniales directas e inmediatas a favor de sus titulares por virtud de falla en el servicio público.

La doctrina nacional es reiterativa al considerar que no es lo mismo custodiar que administrar, "si bien la primera podría englobar a la segunda: custodiar

20 Cfr. MAURICE DUVERGER. *Instituciones financieras*, Barcelona, Edit. Bosch, 1960, pp. 85 y 86.

21 Corte Constitucional. Sentencia C-040 del 11 de febrero de 1993.

22 PÉREZ. *Derecho penal*, cit., p. 207. En el mismo sentido FRANCISCO FERREIRA DELGADO. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pp. 29 y 30.

significa cuidar, vigilar, proteger; al paso que administrar evoca una actitud no sólo diferente, sino también más amplia, como que reportaría el invertir, el poner a producir, el aplicar a una determinada tarea productiva, a más, obviamente, de la simple custodia²³.

La administración se desenvuelve en un rendimiento. La custodia es, preferentemente, conservación.

La Corte Suprema ha dicho sobre el concepto de administrar:

La doctrina y la jurisprudencia han explicado con claridad que la función de administrar a que se refiere el artículo que tipifica el peculado por apropiación no significa que dicha actividad deba estar toda concentrada en el mismo sujeto, sino que él forma parte del complejo engranaje en que en muchos casos está fraccionada la administración de los bienes públicos. Con razón dicen los tratadistas que si el concepto dentro de la complejidad del mundo actual y la organización y el funcionamiento de la hacienda pública, la finalidad buscada con la prohibición no se lograría.

Administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear²⁴.

La obligación del servidor público, sea de administrar o custodiar, debe estar señalada en la norma por la cual se rigen todas sus actividades.

Es importante resaltar que, de acuerdo con la reforma introducida por la Ley 190 de 1995, recogida por el Código Penal de 2000, también los bienes pueden haberle sido entregados al funcionario para su mera tenencia.

Los diferentes tipos de bienes estudiados a lo largo del presente capítulo pueden ser objeto de peculado si su administración, tenencia, custodia o mera tenencia se le ha confiado al sujeto activo "por razón o con ocasión de sus funciones".

Esta expresión es el elemento del peculado que permite diferenciarlo del delito del abuso de confianza.

En efecto, en el delito de peculado la entrega del objeto material para su administración, tenencia, custodia o mera tenencia debe haberse hecho por razón o con ocasión de la función pública; es decir, tomando en cuenta la calidad

23 CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. *Delitos contra la Administración Pública*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, p. 67.

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 14 de junio de 1996, rad. 7830, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL. Reiterada por sentencia del 26 de junio de 2003, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.ª sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), pp. 218 y 219.

de la persona. En cambio, en el delito de abuso de confianza la entrega de las cosas objeto material del delito se hace por cualquier motivo o título, sin consideración a la cualidad de la función pública que la persona realiza; se recibe a cualquier título precario.

Los bienes pertenecientes a las distintas entidades anteriormente mencionadas pueden ser objeto de peculado si su *administración, tenencia, custodia o mera tenencia* se le ha confiado al sujeto activo “por razón o con ocasión de sus funciones”.

Esta relación objeto material-sujeto activo plantea el problema de la *disponibilidad jurídica de los bienes*. No basta que un servidor público se apropie o haga mal uso—según la modalidad de peculado—de bienes del Estado para que se estructure el delito, pues es preciso que en virtud de una relación funcional el agente tenga el encargo de administrar, tener o custodiar el objeto material.

La jurisprudencia penal señalaba que para “que pueda existir peculado por apropiación es necesario, entre otros requisitos, que el funcionario público haga suyo dinero o bienes que por razón de sus funciones deba recaudar, pagar, guardar o administrar”²⁵. Se “necesita establecer que el objeto material sobre el cual recae el comportamiento delictivo se encuentre vinculado con el agente mediante una relación de dependencia funcional”²⁶, esto es, “no es suficiente la calidad funcional del sujeto, sino que además es indispensable que la conducta se realice por el servidor público a quien se le haya encomendado la administración o custodia de los bienes, por razón de sus funciones”²⁷. Pero además, no “es necesario que el empleado ejerza la tenencia material o tangible de la cosa que administra, es suficiente que tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional”²⁸.

Antes de la expedición de la Ley 190 de 1995 se planteó una discusión sobre el alcance de la relación funcional en el sentido de que no se contemplaba de manera expresa que un servidor público, con ocasión de sus funciones, pudiera cometer el delito de peculado por apropiación. Con la Ley 190 de 1995,

25 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 7 de diciembre de 1979, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 155.

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 15 de julio de 1982, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia Penal de 1982*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 288.

27 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 6 de diciembre de 1982, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal de 1982*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 289.

28 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 30 de noviembre de 1998, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1988, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 436.

y muy especialmente por lo dispuesto por el Código Penal de 2000, al consagrarse además de "por razón de sus funciones" la expresión "por razón o con ocasión de sus funciones", dicha discusión ha sido superada. Pero en vista de la importancia que tuvo en su momento nos permitimos hacer una breve referencia a ella.

La Corte Suprema de Justicia ha estudiado con amplitud este tópico; así, en sentencia del 18 de noviembre de 1980 expresó:

No podría llamarse peculado la apropiación que un funcionario público haga de dinero u objetos que se le hayan entregado con base en la buena fama que, en determinado medio, tenga quien pertenece a la Administración Pública, esto es, por considerar que un funcionario ofrece mayor confianza que un particular. Se necesita, para que haya peculado, una más directa referencia a las funciones del empleado.

Para determinar el campo jurídico en que puede cometerse el peculado deben fijarse, en primer término, dos límites negativos: que la posesión no se haya obtenido por un medio ilícito y que no esté expresamente prohibida por una norma legal.

[...] De otra parte, esa posesión no es una mera relación material (directa o indirecta) entre el funcionario y el bien sino un vínculo en que está comprometida la Administración Pública en tal forma que cuando el funcionario dedica el bien a otro fin o se lo apropia aquélla sufre, no solamente en su prestigio y dignidad, sino en su poder de disposición del bien.

Ya lo señaló la Corte en la doctrina atrás mencionada, al afirmar que el peculado es, ante todo, la violación de un deber funcional, expresión que implica que el bien ha entrado previamente al ámbito de la Administración Pública por conducto de uno de sus representantes y que éste ha dispuesto de él contrariando los intereses y facultades de la misma. El solo depósito de dinero u objetos en manos de un funcionario público, o en razón de la buena fama del mismo, seguido de su ulterior apropiación por parte de éste, no vulnera sus deberes funcionales ni perjudica la Administración Pública. *Pero si esos dineros pertenecen al Estado y el funcionario, aunque haya entrado irregularmente en posesión de los mismos, dispone de ellos, sí se violan los intereses y facultades de dicha Administración.*

Es bueno recordar, a ese propósito, que los verbos rectores usados por el artículo 3.º del mencionado Decreto 1858 de 1951, cuando habla de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, administrar o pagar, o administrar o guardar, implica una relación no solo jurídica sino de hecho entre el funcionario y esos bienes, que puede ser directa cuando los tiene a su alcance material o indirecta en los casos en que solo tenga la disponibilidad de los mismos, pero que, en todo caso, implica una especie de posesión que le permite decidir sobre ellos, ya de hecho, cuando no tiene facultad alguna para hacerlo, ora de derecho, cuando teniéndola abusa de ella.

De todos modos la administración legítima debe tenerla, en todo caso, la Administración Pública, bien sea que pueda disponer de los bienes, como ocurre ordinariamente cuando está encargada de pagar o administrar, o que no pueda hacerlo, si se trata solo de administrar o guardar.

En consecuencia de todo lo dicho hasta el momento acerca de este cargo se tiene que, doctrinariamente, no es del caso examinar si el funcionario o empleado público ha entrado en posesión de la cosa en virtud de una explícita y concreta facultad que le haya sido otorgada por la ley, o si esta situación se refiere no de modo ocasional sino directo al cargo que desempeña, aun cuando entre sus funciones no estén expresamente las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata...²⁹.

En esta jurisprudencia —emitida en vigencia del Código de 1936, pero predicable del Código Penal de 1980 y del actual— la mayoría de la Corte da una interpretación amplia al concepto de disponibilidad jurídica. En el salvamento de voto de los magistrados SERRANO ABADÍA, FIORILLO PORRAS, GÓMEZ VELÁSQUEZ y REYES ECHANDÍA se criticó así la posición de la mayoría de la Sala en el fallo transcrito³⁰:

Discrepamos del criterio de la mayoría de la Sala cuando sostiene que el delito de peculado no exige que las funciones oficiales en cuyo ejercicio el agente se apropia del bien ajeno deben provenir exclusivamente de la ley y que por eso incurre en tal ilícito el funcionario que en ejercicio de su cargo entra en posesión de cosa ajena aun cuando entre sus funciones no estén exactamente las de recaudar, pagar, administrar o guardar el bien o caudal de que se trata.

La sentencia del 3 de agosto de 1976 citada para fundamentar el fallo de casación señala en efecto que “la fuente de la atribución no surge exclusivamente de la ley puesto que ella puede tener su origen en un ordenamiento jurídico diverso que fije la competencia en estricto sentido”; pues bien, esta afirmación solo puede interponerse en el sentido de que las funciones de administrar, guardar, recaudar o pagar que ha de tener el funcionario como sujeto activo del peculado pueden provenir tanto de la ley en sentido formal como de esta en sentido sustancial, es decir de aquellas funciones que están precisamente fijadas en la ley, decreto ley, decreto legislativo, reglamento constitucional, decreto de emergencia económica, ordenanza, acuerdo, reglamento, resolución o directiva; por fuera de esas vías jurídicas no es posible establecer competencias funcionales en derecho público.

29 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de noviembre de 1980, M. P.: LUIS E. ROMERO, en *Jurisprudencia penal*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, pp. 316 y ss.

30 *Ibíd.*, pp. 318 y 319.

Dice también aquella sentencia de la Corte en aparte no citado por la mayoría de la Sala:

En el peculado la característica esencial de la conducta de apropiación del bien ajeno *es que ella importa siempre una violación del deber de la función pública*; para que esto ocurra es necesario, *como lo manda la ley*, que a la posesión, tenencia o disponibilidad jurídica del bien por parte del funcionario se haya llegado por *deber a sus funciones*. No sobra complementar esta afirmación con lo preceptuado por el artículo 20 de la C. N. conforme al cual los funcionarios son responsables no solo por infracción de la Constitución y de la ley sino por “extralimitación de funciones”, situación esta que se presenta cuando realizan actividades oficiales sin respaldo legal.

Si el tipo de peculado descrito por el artículo 3.º del Decreto 1858 de 1951 exige que el agente se apropie o use indebidamente de caudales o bienes “que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, pagar, administrar o guardar”, y si la competencia funcional del empleado público ha de tener su origen exclusivamente en la ley —así se la entienda en sentido amplio como ya se indicó—, síguese que la apropiación del bien ajeno hecha por funcionario público fuera de ese preciso marco jurídico no configura peculado.

En otra oportunidad la Corte volvió a ocuparse del tema, y admitió una especie de “funciones públicas” ejercidas en forma no estrictamente legal, como supuesto también de la “disponibilidad jurídica” de los bienes en el delito de peculado. Dijo la Corte en esa ocasión:

La Corte, en sentencia del 4 de abril de 1975, al afirmar la misma opinión a que hace referencia la decisión citada por el tribunal, advirtió:

“En definitiva, dicen los autores, a integrar la razón de la función que califica la posesión (administración) presupuesto del peculado, no ocurre que el funcionario público tenga una competencia estrictamente legal para recibir la cosa, sino que es suficiente con que la consignación se cumpla en dependencia de la cualidad a él reconocida o de la función o servicio al cual está adscrito, es decir, que el funcionario obtiene la administración (posesión) de la cosa por una razón inherente a la función pública de la cual es titular y en ejercicio de la misma...”.

Más aún, en providencia del 3 de agosto de 1976, por la que se reafirmó la posición anterior, la Corte anotó que “de acuerdo con el ordenamiento jurídico-penal colombiano es factible la comisión de un delito de peculado aun para el caso de que el patrimonio del cual se apropia o hace uso indebido el funcionario público pertenezca no a la Administración Pública sino a particulares, siempre, desde luego, que se den los otros elementos que configuran el reato, porque ya se dijo, la consideración fundamental para elevar a delito un tipo de conducta de esa naturaleza, no es solamente la del daño patrimonial, sino principalmente la que atañe al prestigio, al funcionamiento y al buen

nombre de la Administración Pública a la cual le debe lealtad el funcionario que la representa”³¹.

Uno de los aspectos especialmente controvertidos es el atinente a la exigencia típica de que el comportamiento se realice por razón de las funciones propias del cargo.

[...] Por manera que en virtud de los textos constitucionales citados y en obediencia al principio de tipicidad que tiene su origen en el artículo 26 de la C. N., el delito de peculado se comete no solo por un empleado oficial sino que además es indispensable que los bienes de que se apropia sean de aquellos cuya custodia o administración se le hayan confiado por razón de sus funciones. En otras palabras, no es suficiente la calidad oficial en el agente y en los bienes, sino que es indispensable la relación funcional entre aquél y éstos, que supere el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinariamente se ha dado en llamar la disponibilidad.

Ahora bien, las funciones propias del cargo no provienen exclusivamente de la ley ya que ellas pueden tener origen en distintas fuentes de atribución de competencia; esto es, que bien pueden tener origen en la Constitución, en una ley en sentido formal, en un decreto legislativo, en un reglamento constitucional, en una ordenanza, en un acuerdo, en un reglamento, en una resolución, en una orden o en cualquier regulación proferida con poder vinculante por la competente autoridad (Cas. del 3 de agosto de 1976 y del 18 de noviembre de 1980).

En este orden de ideas la primera persona que se halla en situación propicia para la comisión del delito de peculado es el funcionario de manejo, o sea quien tiene la disponibilidad material de los haberes. En alguna ocasión una resolución reglamentaria de la Contraloría General de la República señaló que eran empleados de manejo quienes “recauden, reciban, paguen o administren fondos o bienes nacionales y los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies, materiales o elementos de propiedad en la Nación, de los establecimientos públicos que fiscaliza la Contraloría y de las instituciones de utilidad común”. Es claro que esta precisión debe entenderse modificada con las nuevas regulaciones introducidas en la reforma administrativa de 1968; además, es obvio que el delito de peculado lo cometan también los empleados del orden departamental y municipal, y los de los establecimientos o instituciones de estos niveles.

Ocurre, sin embargo, que la administración es una actividad compleja que con frecuencia se encomienda a una persona pero que en ocasiones requiere la participación de varias. La actividad estatal con su necesario mecanismo de controles lleva a la conclusión de que la tarea de administrar bienes se encarga con frecuencia a un número plural de agentes. *Por este motivo, además del empleado de manejo que tiene la disponibilidad material,*

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 23 de noviembre de 1979, M. P.: DANTE LUIS FIORILLO PORRAS, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHIANDÍA (comp.), cit., p. 153.

pueden cometer el delito de peculado todos los funcionarios que se hallen dentro de la órbita de la administración de los bienes, entre quienes se encuentra el ordenador del gasto por cuanto éste tiene respecto de aquéllos la llamada disponibilidad jurídica.

Un concepto amplio de administración supone que un conjunto de individuos, dentro de una misma órbita funcional, cumple la tarea de administrar. En estas condiciones y con relación a un mismo bien podrían cometer el delito de peculado el ordenador, el pagador, el contador, el revisor, el auditor, el almacenista, pues a todos ellos compete, dentro de los límites propios de sus atribuciones, la genérica función de administrar.

En estos casos la vinculación previa del individuo a la Administración Pública asume una señalada importancia en cuanto, si ella le permite al sujeto activo tener en su esfera de disponibilidad determinados bienes que, de otra manera, hubieran escapado a su acción, esa relación lo hace responsable, a título oficial, por la suerte de los mismos, y si los apropia, los usa indebidamente o les da aplicación oficial diferente de la que les corresponda incurre en peculado como si la ley los hubiera puesto expresamente a su cargo y lo hiciera, en forma explícita, responsable de su suerte³².

Al comentar esta decisión de la Corte expresamos en oportunidad anterior:

Este fallo reitera la tesis central de que para la tipificación de peculado no basta con la apropiación del objeto material por parte del sujeto activo (servidor público), sino que se requiere además una relación jurídica entre éste y aquél. ¿Cuál es, sin embargo, el alcance de esta "relación jurídica"? El fallo parte del supuesto correcto de que esa relación puede provenir de cualquier fuente jurídica: ley, decreto reglamentario, resolución, manual de funciones, etc. Pero equívocamente, a mi juicio, sugiere que esa relación surge del solo hecho de la vinculación del empleado oficial (hoy servidor público) con la Administración Pública. Esa sugerencia contradice el principio general aceptado por la propia Corte en el sentido de que la apropiación del bien del Estado por parte del empleado oficial (servidor público) no equivale siempre a delito de peculado. No es admisible la tesis de que pueda aceptarse la existencia de esa relación jurídica por una especie de "delegación fáctica" de funciones. Si un ordenador del gasto no cumple con sus atribuciones y de hecho permite que otro lo haga, este último no adquiere desde el punto de vista jurídico el carácter de eventual sujeto activo de peculado. La delegación de funciones en derecho administrativo no puede hacerse ni por costumbre, ni por negligencia o descuido del titular de la función³³.

Estimamos que, teniendo en cuenta la reforma que introdujo respecto de este punto la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), reiterada por el Código

³² Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 6 de diciembre de 1982, M. P.: LUIS E. ALDANA R.

³³ *Derecho Penal y Criminología*, 1983, vol. VI, n.º 9, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 128.

Penal de 2000, para que pueda configurarse el delito de peculado no se requiere que la administración o guarda de los bienes objeto material del delito se le haya confiado al servidor público de manera específica y concreta, sino genérica, como lo planteó la Corte, y dentro de su órbita funcional.

Consideramos por tanto que el legislador ha resuelto cualquier tipo de controversia que hubiera tenido sentido antes de la reforma realizada por el Estatuto Anticorrupción, y por ende ya no tienen validez los argumentos expuestos en comentario que hiciéramos a la sentencia del 18 de noviembre de 1980 (Corte Suprema de Justicia, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO; salvamento de voto de los magistrados FIORILLO PORRAS, SERRANO ABADÍA, SERRANO ABADÍA y REYES ECHANDÍA)³⁴.

En la actualidad, y a partir de la reforma de la Ley 190 de 1995 y la expedición del Código Penal de 2000, esa relación funcional opera no sólo *por razón* de las funciones del servidor público sino también *con ocasión* de ellas, donde pasa a tener lugar una posesión de hecho facilitada por el desempeño de funciones, que sí le corresponde legalmente desempeñar al servidor público y que lo ubica en situación de ejercer un poder de disposición sobre el bien del cual se apropia.

Consideramos requisito esencial, para la existencia del delito de peculado, que se encuentre probado el elemento normativo "relación funcional", que no es otra cosa que aquella vinculación que debe existir entre el sujeto activo y el objeto material del delito, que facilita la realización de la conducta punible.

Con lo anterior no se quiere decir que se deba acoger una interpretación restringida en sentido estricto (ya que esta controversia fue aclarada por el legislador), pero sí que debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el objeto material en el delito de peculado.

Una interpretación igualmente menos literal de la norma patrocina la jurisprudencia reciente, toda vez que extiende la relación de disponibilidad a sujetos que en cierta forma custodian "jurídicamente" los bienes estatales, al establecer:

La teoría compleja de la disponibilidad jurídica sobre el presupuesto aceptada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, incluida la de esta Sala, implica que no sólo el ordenador del gasto puede ser autor de peculado por apropiación, sino también el titular de la iniciativa en materia del gasto, y otros funcionarios como por ejemplo el auditor, el revisor fiscal y el pagador, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su voluntad dolosa

34 Cfr. ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ. "Comentarios de jurisprudencia", en *Derecho Penal y Criminología*, 1981, vol. IV, n.º 15, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 230 y ss.

los postulados de la ley, decreto, resolución, reglamento, manual de funciones, procedimientos institucionalizados no escritos, etc., que contemplen tal deber.

No se debe confundir la disponibilidad material o física sobre el presupuesto [...] posibilidad que puede recaer en un funcionario exclusivo y determinado, como el ordenador del gasto y el almacenista, entre otros, con la disponibilidad jurídica del mismo, pues éste concepto amplio no solo involucra a los anteriores sino que se extiende a todos aquellos que deben intervenir de manera imprescindible para que el compromiso de la erogación nazca a la vida jurídica³⁵.

Es importante resaltar aquí que también la relación de especial disponibilidad puede surgir de una orden verbal, puesto que la misma es un acto administrativo, encontrándose entre aquellos que deben ser cumplidos por quienes a ellos se encuentren sujetos de conformidad con el numeral 1 artículo 34 de la Ley 734 de 2002. La jurisprudencia constitucional ha dicho sobre el tema:

Las relaciones de subordinación jerárquica determinan la facultad del superior de expedir órdenes e impartir instrucciones precisas a sus dependientes, cuando ellas sean indispensables para el cumplimiento efectivo de las funciones asignadas, dentro del cometido estatal que con las mismas se pretende cumplir.

Como característica esencial de esa atribución, en lo relativo a su contenido, debe observarse un alcance limitado, derivado de la naturaleza misma de la actividad por desarrollarse, con sujeción al orden jurídico preestablecido y a la prevalencia y protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas destinatarias, en especial de quien como servidor subordinado recibe el respectivo mandato.

Así las cosas, la expedición de una orden supone el ejercicio razonable de las respectivas competencias dentro de un marco que encuadre los anteriores presupuestos, con el correlativo deber del inferior de cumplirla; de manera que, en caso de desobediencia de éste inmediatamente surge para el superior la posibilidad de adoptar medidas de corrección, entre las cuales están los llamados de atención, las sanciones, suspensiones o retiro del cargo, entre otros, según la gravedad de la situación disciplinaria analizada en concreto, de conformidad con lo establecido en el derecho disciplinario vigente, en clara protección del cumplimiento de los fines del Estado y de la función pública, además del sistema jurídico y de los interesados colectivos³⁶.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 23 de septiembre de 2003, M. P.: ÉDGAR LOMBANA TRUJILLO, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., pp. 255 y 256. Así también la sentencia del 6 de marzo de 2003, M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., pp. 220 y 221.

36 Corte Constitucional. Sentencia T-584 de 1998.

La jurisprudencia penal ha admitido, en desarrollo de la tesis amplia sobre la disponibilidad jurídica, que esta puede ser deferida “así sea a través de una orden administrativa”³⁷.

— VERBO RECTOR

El verbo rector —núcleo central del tipo— está dado por la expresión “apropiarse”, y es el mismo que se utiliza en el tipo penal de abuso de confianza (art. 249 C. P. de 2000). La diferencia entre los dos delitos radica, precisamente, en la calidad del sujeto activo y en el objeto material. Apropiarse significa hacer suya una cosa, comportarse frente a ella con ánimo de “señor y dueño”, según la terminología del Código Civil. Actos que revelan el ánimo de apropiación pueden ser, entre otros, la enajenación de las cosas, el establecimiento de gravámenes, su consumo, etc. Tratándose de dinero la disposición del mismo implica un típico acto de apropiación. A este respecto anota PÉREZ: “Todos los autores están de acuerdo en que apropiarse es comportarse frente a la cosa *uti dominis*, es decir, ejerciendo sobre ella actos de dominio inconfundibles con el título que justifica su tenencia. Es el concepto que repite entre otros ANTOLISEI, quien agrega que la apropiación puede ocurrir mediante la retención definitiva de la cosa, enajenándola o destruyéndola hasta que se consuma”³⁸.

La ley agrega además que esa apropiación puede producirse en provecho del sujeto agente o de un tercero. De todas maneras, por tratarse de un delito que tiene un objeto material real de alcance económico (bienes), es indispensable la existencia de un provecho propio o a favor de un tercero objetivamente considerados, sin requerirse un ingrediente especial de ánimo de lucro.

Ya señalamos cómo existen elementos comunes (apropriación) entre los delitos de peculado y abuso de confianza. No hay entonces peculado sin provecho, ya sea para el propio agente o para un extraño. Ese provecho es propio cuando, por ejemplo, el sujeto agente toma para sí el objeto material, y es ajeno cuando, por ejemplo, se apodera de bienes para entregárselos a cualquier título a un extraño sin obtener para él ninguna ventaja personal de carácter económico.

Es importante diferenciar apropiación de apoderamiento. En la primera el sujeto coloca el bien fuera de la esfera de custodia de su dueño o tenedor, así sea por breve momento, comportamiento éste con el cual se consuma el delito de

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 4 de octubre de 1994, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1994, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 427.

38 PÉREZ. *Tratado*, cit., p. 212.

hurto. En el apoderamiento, el sujeto activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño del bien, esto es, determinado por el *animus domine*, como sucede con el peculado por apropiación. De manera tal que la apropiación es un *posterius* del apoderamiento.

Señala ARENAS que el empleado oficial que comete peculado por el aspecto material ejecuta sobre el bien actos de dueño, sin serlo, y por el aspecto psíquico los realiza sin ánimo de restituirlo o devolverlo. "Hay actos como la venta, la donación la destrucción, el consumo, que revelan inequívocamente la apropiación"³⁹.

En cuanto al tiempo de realización del punible, lo importante es que los actos ejecutivos de autor o de coautor se realicen todos o en parte para el momento en que como servidor público o particular que ejerce funciones públicas—autor por asimilación— ostenta la especial relación de disponibilidad jurídica sobre el bien, con independencia de si la tentativa se acaba o la consumación se produce luego de dejar el cargo o la función pública:

Cuando el proceso de ejecución de conductas punibles contra la Administración Pública como la que aquí se trata exige una serie de comportamientos todos destinados a la apropiación de dineros públicos, no es menester que la persona vinculada institucionalmente realice todas las acciones que supone la ejecución del delito, sino que basta, para ser autor, poner al servicio del presupuesto fáctico la vinculación institucional y la disponibilidad jurídica sobre el bien, independientemente del aporte material en el proceso de consumación.

Esta problemática no es novedosa y de ella se ha ocupado la Sala en diferentes pronunciamientos, como bien lo precisa el representante del Ministerio Público, antecedentes que se incorporan a esta decisión, en orden de la claridad y para responder los reparos propuestos por el actor, así:

Referente al carácter complejo de la disponibilidad jurídica y material del bien y la no necesaria presencia del servidor público en todo el acontecer típico, la Corte precisó:

"Así lo ha entendido la Sala, cuando en providencia del 18 de mayo de 1999, con ponencia del magistrado JORGE CÓRDOBA POVEDA, se consideró tipificado el delito previsto en el artículo 133 del C. P., comprendiéndose que la apropiación se ejecuta bajo el supuesto de disponibilidad jurídica de los auxilios, así el despojo o apoderamiento físico de los mismos no coincida con tal momento, de modo que aquél puede ocurrir desde la misma gestión del aporte y éste incluso en la época en que el procesado no ostenta la condición o calidad de la que se valió para ejecutar la ilícita apropiación,

39 ANTONIO VICENTE ARENAS. *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1981, p. 48.

pues puesta en marcha la causalidad hacia la obtención de un determinado fin, la voluntad del sujeto agente ya carece de relevancia para su completa exteriorización”⁴⁰.

Al ocuparse de la situación de los diputados respecto de los auxilios, entonces permitidos por la Constitución Política, lo que sucedió también en este asunto, la Sala reiteró la posición anterior, al expresar:

“En tal orden de cosas peregrina resulta la tesis del censor, para desligar al procesado de esa relación de disponibilidad jurídica con los dineros, puesto que, al igual que sucedía con los Congresistas, los diputados entraban a administrar los recursos públicos, incluso desde el momento en que participaban en la creación de las partidas presupuestales para la posterior asignación de auxilios, los cuales, ya como gestores, procedían a distribuir a su arbitrio, sin que en este caso se cumpliera la finalidad de utilidad social para la que se decretaron, en la medida en que se apropió en provecho propio y de terceros de los bienes del estado que entró a administrar, de suerte que se satisface el ingrediente normativo del tipo penal contemplado en el artículo 133 del C. P. de 1980”⁴¹.

Lo que interesa entonces es que en el manejo y administración de los bienes públicos se involucra una compleja actividad en donde se combinan no sólo la disponibilidad material [...] sino la jurídica [...]

Es cierto que para el momento en que fueron entregados y pagados la totalidad de los cheques representativos del valor del auxilio, el sindicado ya no ostentaba la calidad de servidor público ... Este aspecto no desdibuja la autoría que le fuera imputada [...] frente al delito de peculado por apropiación, en la medida que la gestión del auxilio, la incorporación al presupuesto y la competencia del diputado de ser la única persona que podía señalar a los beneficiarios, la cumplió cuando fungía como diputado y así, con la finalidad de lograr la apropiación que previamente se había propuesto, obtuvo, cuando ya no lo era, la entrega de los dineros, actos de agotamiento que en todo caso no se hubieran cumplido sin el trámite anterior realizado en virtud de su carácter de servidor público que intervenía de manera específica en la ordenación del gasto⁴².

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

De antemano debe advertirse que el tipo penal subjetivo del peculado por apropiación no contiene ingredientes subjetivos del tipo:

⁴⁰ Providencia del 23 de mayo de 2001, rad. 9742, M. P. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

⁴¹ Sentencia de casación del 14 de febrero de 2002, rad. 12.265, M. P. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de mayo de 2003, M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., pp. 225 y 226.

El peculado que se acredita al diputado se presenta cuando el autor se apropia de bienes "en provecho propio o de terceros". Sobre esta parte del tipo, es obvio que basta el ánimo de señor y dueño materializado, con el propósito de que se obtenga provecho para el sujeto activo o para otro, aparte de que la finalidad sea sana o insana, debida o indebida. Lo relevante es, hasta aquí, que el autor se "apropie", actúe como dueño, con el objetivo de favorecer⁴³.

El tipo subjetivo está compuesto por el conocimiento de los elementos objetivos antes analizados seguido o concomitantemente acompañado de la voluntad de realización de dichos supuestos de hecho y de derecho, lo cual materializa el dolo directo (1.ª parte art. 23 C. P. de 2000).

Es decir, el tipo subjetivo no es otra cosa que el dolo en aquellos tipos penales que no contengan elementos subjetivos del tipo explícitos o implícitos —de tendencias interna trascendente o intensificada—, lo cual representa el desvalor de acción.

El conocimiento de dichos elementos debe ser actual, tanto de los fácticos como los jurídicos, para que se pueda verificar el primer componente del dolo. Esto es, se requiere que efectivamente el agente conozca tales elementos, sin que baste la mera posibilidad de conocerlos.

Si no los conoce o los conoce defectuosamente o incurre en un error de apreciación o interpretación respecto de ellos, se genera un error.

Si el error es invencible no habrá tipicidad por falta de tipo objetivo y en consecuencia, por faltar la verificación de la "congruencia típica" —presencia tanto del tipo objetivo como subjetivo— propia de la metodología del tipo complejo, no podrá endilgarse responsabilidad alguna al agente (num. 10 art. 32, primera hipótesis de la 1.ª parte del inc. 1.º C. P. de 2000).

Ejemplo: al nuevo tesorero de un municipio lejano y aislado se le entrega por su antecesor un manual de funciones que ha sido modificado y le corresponde decidir un asunto de emergencia, sin que tenga oportunidad de consultar con alguien que conozca sobre el tema dispone de unos dineros en favor de un tercero sin el visto bueno necesario del jefe inmediato, cuando así lo requieren las modificaciones efectuadas al manual (error de tipo sobre un elemento de naturaleza jurídica).

Ejemplo: un alcalde en la misma situación anterior que, luego de los trámites legales y reglamentarios, enajena un vehículo oficial a su cargo, pero al mis-

43 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 224.

mo le habían cambiado las placas y no coincidía realmente con el que había sido objeto del proceso (error de tipo sobre un elemento de naturaleza fáctica).

Si el error fuere vencible, esto es, con un poco de diligencia y cuidado hubiese podido salir de él, la adecuación típica se muda y se verificaría un peculado culposo (art. 398 C. P. de 2000).

Por ejemplo, le fueron entregadas las dos versiones del manual, y teniendo a la mano al anterior tesorero no consultó ni uno ni a otro.

Así mismo, el vehículo enajenado, muy a pesar de que se le había cambiado la placa, era una camioneta y no un automóvil como decían los documentos.

El dolo eventual se configura cuando la realización de la conducta ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar (2.ª parte art. 22 C. P. de 2000), distinguiéndose de la culpa consciente en que la base cognitiva es la misma, pero en ésta se requiere que la persona confíe en poder evitar el resultado realizando actos positivos tendientes a ello (art. 23 *ibíd.*).

Ejemplo: un gobernador decide invertir en títulos comerciales en un banco que se conoce que probablemente irá a la quiebra, sin existir necesidad de cambiar de agente comercial y sin presentarse afugia económica alguna que muestre dicha conveniencia, absteniéndose de efectuar posteriores seguimientos, con el resultado de pérdida de los dineros.

Si la persona es coartada en su libertad, encontrándonos frente a la figura jurídica de la *vis compulsiva*, el tema será tratado a nivel de la inexigibilidad de otra conducta en sede de culpabilidad (nums. 8 y 9 art. 32 *ibíd.*).

No obstante, es posible pensar en ejemplos que excluyan la acción como expresión de la *vis absoluta* (num. 1 art. 32 *ibíd.*), como sucedería cuando quien como servidor público administra un bien es retenido físicamente y no puede verificar que lo que se debe entregar a un tercero es lo que previamente está ordenado y tramitado, recibiendo en consecuencia accesorios de una maquinaria que no estaban incluidos.

C. LA AUTORÍA

Autor inmediato, o autor simplemente, es el servidor público que realiza la conducta definida como peculado. Es quien encontrándose vinculado al Estado por una relación especial de sujeción, bien desempeñándose en un cargo público y ejerciendo funciones de tal naturaleza o siendo un particular que ejerce funciones públicas administrando recursos del Estado o bienes parafiscales, teniendo una relación jurídica de disponibilidad realiza el tipo (1.ª parte inc. 1.º art. 29 C. P. de 2000).

Existirá coautoría material cuando ordenador del gasto, tesorero y auditor se ponen de acuerdo para apropiarse de una gruesa suma de dinero bajo su administración (inc. 2.º art. 29 *ibíd.*).

No es dable distinguir entre coautoría material propia e impropia, toda vez que, como a todos compete el deber de correcta disponibilidad de los recursos públicos, todos, sea muy o poco importante el aporte, infringen el deber que caracteriza al tipo especial impropio.

Nos encontraremos frente a una autoría mediata cuando un alcalde ha delegado sus funciones de administrador en otro funcionario, a quien induce en engaño, y logra apropiarse de dineros oficiales.

La autoría mediata estará presente tanto si el delegado actuó bajo error invencible como si lo hizo bajo error vencible.

Si actuó bajo error invencible nos encontramos frente al típico evento de autoría mediata, habida cuenta que, como lo sostiene la doctrina tradicional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el que realiza materialmente la conducta punible es instrumentalizado y por tanto no responsable penalmente (2.ª parte inc. 1.º art. 29 C. P. de 2000)⁴⁴.

El problema surge cuando el error en que incurre el "instrumentalizado" es vencible, puesto que entonces, teniendo el peculado su modalidad culposa, resultarían responsables tanto el autor mediato como quien realiza materialmente el tipo.

La doctrina tradicional y la jurisprudencia penal niegan tal posibilidad, por tanto no existiría autoría mediata. Tampoco podría hablarse de determinador y determinado, puesto que la determinación exige unidad de imputación y en el caso planteado el inductor en error cometería peculado doloso y el inducido peculado culposo, no coincidiendo las imputaciones en una materia donde la responsabilidad del primero es accesoria y por tanto implica la realización de un solo tipo penal. Es decir, aquí la cuestión planteada estaría dando origen a la comisión de dos delitos diferentes desde el punto de vista del tipo subjetivo, quebrando el principio de accesoriedad, incluso en su versión mínima, y con más veras el adoptado por nuestra legislación que no es otro que la accesoriedad limitada, toda vez que no es lo mismo la conducta típica y antijurídica dolosa que la típica y antijurídica culposa (inc. 2.º art. 30 C. P. de 2000).

En consecuencia, para la doctrina tradicional y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que ven la esencia de la

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de septiembre de 2003, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 18.

autoría mediata en la instrumentalización que acarrea un solo responsable, la conducta del inductor quedaría impune.

Hemos acogido la tesis modificada que enseña que, por lo general, la autoría inmediata implica una instrumentalización de tal envergadura que quien realiza la conducta material no es responsable, pero lo que de verdad caracteriza el fenómeno es la falta de libertad del hombre de adelante, pudiendo ser por excepción responsable, pero a un título de imputación subjetiva que comporte una restricción sensible de la libertad.

Es así como, si bien la conducta del autor mediato debe ser dolosa como "hombre de atrás", la de quien realiza materialmente el tipo puede ser culposa como "hombre de adelante", que sin ser irresponsable de todos modos, como tiene conocimiento y voluntad restringidos, resulta parcialmente instrumentalizado. Igual sucede, y así lo acepta la doctrina y la jurisprudencia, con el inimputable que resulta responsable.

El concepto de instrumentalización, entonces, en nuestro sistema jurídico-penal, comporta la utilización de otra persona quien no es libre (irresponsable) o sólo lo es precariamente (imputación subjetiva a título de culpa). Así las cosas, el concepto de instrumentalización resulta graduable (2.^a parte inc. 1.^o art. 29 C. P. de 2000).

No es posible que particulares, sin más ni más, intervengan a nivel de la autoría (inmediata, coautoría y mediata).

d. LA TENTATIVA

Como delito de resultado, tanto en términos jurídicos como materiales, es posible la tentativa.

Ejemplo: un alcalde ordena un pago de horarios ficticios a un abogado por virtud de un supuesto contrato de prestación de servicios y la Procuraduría General de la Nación, como órgano de control preventivo, conoce del futuro desfalco y le ordena no efectuar la erogación (num. 37 art. 7.^o Dcto. 262 de 2000), cuando ya todo estaba arreglado para ello, lográndose impedir la consumación por razones ajenas a la voluntad del agente cuando ya había incursionado en actos ejecutivos e inequívocamente dirigidos a la consumación (inc. 1.^o art. 27 C. P. de 2000).

e. LA PARTICIPACIÓN

Pueden ser partícipes, a nivel de la determinación —en todas sus modalidades— y la complicidad, particulares y servidores públicos que no tengan la especial relación de disponibilidad sobre los recursos públicos.

Ejemplo: un particular cualquiera idea un desfalco al Estado con la cooperación de un servidor público que tiene a cargo la administración de los recursos esquilados (determinación).

Ejemplo: la secretaria de la oficina privada del alcalde, una vez éste le ha suministrado las claves de la caja fuerte donde se custodian bienes a su cargo, la extrae para una apropiación conjunta (complicidad).

Tanto para el determinador como para el cómplice cabe la rebaja de pena, de que da cuenta el inciso final artículo 30 del C. P. de 2000.

f. OTROS INTERVINIENTES

Para los autores por asimilación, esto es, aquellos particulares que ejerciendo funciones públicas administran recursos del Estado o bienes parafiscales (art. 20 C. P. de 2000), como también si por razones de la contratación estatal les corresponde la administración, custodia o tenencia de recursos fiscales (art. 56 Ley 80 de 1983)⁴⁵, debe reconocerse la rebaja de pena de que trata el inciso final del artículo 30 del nuevo C. P., según se sustentó en la primera parte.

Igualmente, resulta posible que quien de manera inmediata le corresponde la administración de recursos fiscales o parafiscales sea una persona jurídica particular en razón de un contrato o convenio especial con el Estado⁴⁶ y su representante legal no tenga la calidad típica (inc. 3.º art. 29 C. P. de 2000), caso en el cual también deberá ser considerado interviniente para los efectos del inciso final del artículo 30 *ibídem*.

2. CONCURSO DE DELITOS

Es factible que en muchas ocasiones se confundan las adecuaciones típicas de los delitos de peculado y abuso de confianza, incluso de aquél con el hurto agravado por la confianza, casos en los cuales deberá definirse que la distinción entre los primeros se encuentra a partir de la calidad de servidor público o de sujeto asimilado acompañada de la especial relación de disponibilidad jurídica exigida en el peculado y no en un título no traslativo de dominio sin carácter oficial propio del abuso de confianza. En cuanto al peculado y al hurto agravado por la confianza en éste ni siquiera existe como tal un título que posibilite hablar al menos de una precariedad de disposición, pues el contacto con el bien es más de carácter material.

45 La Corte Constitucional, por sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS, ha precisado que "la administración de recursos fiscales y parafiscales es, por definición, una función pública".

46 Así la sentencia de la Corte Constitucional C-651 de 2001, reiterada por la C-037 de 2003.

Los eventos anteriores originan un concurso aparente de tipos penales.

Por lo general el peculado por apropiación va acompañado de otros ilícitos como prevaricato, falsedad documental, celebración indebida de contratos, abusos de autoridad, etc.

Los eventos anteriores originan concursos materiales heterogéneos.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Sólo se explicaría, en casos extremos, cuyos requisitos se encuentren rigurosamente demostrados, un estado de necesidad (num. 7 art. 32 C. P. de 2000). Así la jurisprudencia penal al postular que en "circunstancias muy excepcionales regladas por la ley, la justificante que se podría aducir sería la del estado de necesidad"⁴⁷.

Ejemplo: el administrador de la caja menor de una entidad que utiliza un monto relativamente bajo de dineros oficiales para solventar una cirugía urgente a la cual debe someter a su hijo menor de edad quien, sin ella, se encuentra en riesgo de muerte.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Si el sujeto es imputable tiene capacidad de culpabilidad, aspecto éste que casi sin excepción se presenta en los delitos contra la administración pública, habida cuenta que para el ingreso al servicio público debe acreditarse la habilidad mental para desempeñarlo y si encontrándose en su desempeño surge una inhabilidad de tal tipo el nombramiento se declara insubsistente.

La conciencia de la antijuridicidad basta que sea eventual o actualizable, esto es, si el sujeto no tenía seguridad de estar actuando contra derecho tenía el deber de diligencia de despejar la duda que le fuere vencible, pues de no hacerlo se hace acreedor al reproche de culpabilidad.

Es impensable el reconocimiento de un error de prohibición en cuanto al desconocimiento de que esquilmar los recursos públicos no sea delito, toda vez que los valores del respeto a dicho bien jurídico hacen parte del núcleo duro de la ética de la función pública y cualquiera, por muy ignorante que sea, tiene la conciencia de que proceder en contra del mismo resulta conducta contraria a derecho o al menos tiene la alta posibilidad de estar alerta para actualizar las

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de julio de 1998, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1998, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 228.

dudas que sobre el asunto le puedan surgir (3.^a parte num. 11 art. 32 C. P. de 2000).

La obligación que impone la Ley 190 de 1995 a todo servidor público de declarar sus bienes en el momento de la posesión y actualizarla anualmente es una llamada normativa que busca tener presente en la conciencia del agente el conocimiento de la antijuridicidad.

5. PUNIBILIDAD

Para esta forma de peculado el Código Penal actual contempla una pena de prisión de 6 a 15 años e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término. No obstante, si se tratare de bienes del Estado, esto es, pertenecientes al patrimonio público, la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas será de carácter permanente (inc. 2.^o art. 51 *ibíd.*).

De todos modos, hoy por hoy, de conformidad con la norma aprobada por el referendo del año 2003, la inhabilidad de carácter permanente para el ejercicio de funciones públicas se aplica tanto a servidores públicos como a particulares —determinadores y cómplices— que hubiesen participado en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado (art. 1.^o Acto Legislativo 01 de 2004).

La multa será del mismo monto del valor apropiado, no obstante, no podrá superar el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales (num. 1 art. 39 C. P. de 2000).

Si lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena se aumentará hasta en la mitad.

Si lo apropiado no supera un valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena será de 4 a 10 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, siempre y cuando no se trate de bienes del Estado, pues de lo contrario, como se señaló, la inhabilidad es permanente.

Posteriormente nos referiremos a las especiales circunstancias de atenuación punitiva comunes a todas las formas de peculado.

B. PECULADO POR USO

En el texto inicial del Código Penal de 1936 no se empleaba la expresión “apropriarse” en lo tocante al delito de peculado, sino la genérica de “uso indebido”. El artículo 151 del mencionado estatuto establecía:

El funcionario o empleado público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales y otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en arresto de 1 mes a 4 años.

Posteriormente el artículo 3.º del Decreto 1858 de 1951 se refirió dentro de un tipo compuesto alternativo tanto a la *apropiación* como al *uso indebido*. El Código Penal de 1980, en forma acertada, diferencia, no sólo desde el punto de vista de la pena sino de la descripción de la conducta, estas dos especies de peculado, que ofenden, en diverso grado, el bien jurídico de la Administración Pública.

Esta forma atenuada de peculado estaba contemplada en el artículo 134 del C. P. de 1980:

El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de 1 a 4 años, e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga.

El artículo 398 del C. P. de 2000 consagró el delito de peculado por uso así:

El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de 1 a 4 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Formalmente se cambió la expresión interdicción por inhabilitación y dicha pena accesoria fue aumentada en un año.

Materialmente se suprimió el inciso 2.º del artículo 134 del C. P. de 1980, despenalizándose el comportamiento de permitir o usar indebidamente “trabajo o servicios oficiales”.

Se amplió el concepto de especial relación de disponibilidad, toda vez que se incluyó la figura de la “tenencia”, pero además se amplió la oportunidad de abusar de la administración, tenencia o custodia “con ocasión” de las funciones.

Las afirmaciones dogmáticas antes efectuadas para el peculado por apropiación doloso se predicán igualmente del peculado por uso, salvo en aquello que requiera de ulteriores precisiones, como a continuación se mostrará.

Así mismo, *mutatis mutandi*, los ejemplos utilizados, debidamente modificados, sirven también para ilustrar en funcionamiento de las diferentes categorías y subcategorías dogmáticas mencionadas.

Se trata de un tipo compuesto alternativo que se refiere a dos modalidades diversas: *usar o permitir que otro use*. La expresión “indebidamente” apunta hacia

un elemento normativo del tipo. El uso indebido es el que no está permitido por la norma (ley, decreto o reglamento) y del que el servidor público puede obtener algún provecho para sí o para otro. No sería peculado el caso del servidor público que usa el bien para un objeto oficial distinto de aquel señalado por la norma. En el peculado por uso se exige siempre la existencia de un uso o permisión de uso por fuera de toda actividad y relación oficial. En el fondo se trata de un delito—en sus modalidades más importantes—contra el patrimonio estatal.

Los ejemplos que pueden darse son múltiples. PÉREZ cita los siguientes:

El director de una galería de arte que saca un cuadro para arreglar su casa en ocasión determinada, y lo devuelve al día siguiente a su lugar; el administrador de un establecimiento que sale de viaje en los caballos destinados a la reproducción; el piloto aviador que transporta a otros empleados, cuerpos de tropa o carga oficial y acumula en la cabina mercancías de su propiedad o la de sus amigos; el empleado que convierte su oficina en un centro de citas o de negocios o que utiliza las máquinas oficiales para producir cosas particulares⁴⁸.

El caso de los vehículos oficiales utilizados para actividades particulares es un buen y diario ejemplo de peculado por uso indebido de bienes públicos.

Estimamos, sin embargo, que el tratamiento penal no es el más adecuado para esta clase de acciones, que podrían impedirse más fácilmente a través de un eficaz y ágil procedimiento disciplinario. No tiene sentido “armar” un proceso penal para demostrar que un servidor público utilizó durante dos o tres horas para actividades particulares el vehículo oficial que tiene asignado.

No obstante, es claro que a través de la aplicación del principio de proporcionalidad, del cual eventualmente surgen los comportamientos bagatelares, pueden manejarse de manera adecuada aquellos hechos que no tienen mayor significación en la afectación del bien jurídico, dando aplicación al principio de insignificancia y dejando su tratamiento al derecho disciplinario.

El “uso indebido” es la misma “distracción”, que es una forma de la “apropiación”, conforme ya lo vimos. Es entonces “apropiación” en cuanto se usa indebidamente una cosa disponiendo de ella como si se fuera “señor y dueño”; pero difiere de la apropiación propiamente dicha en cuanto que no existe, como en ésta, el propósito de apoderamiento de la cosa ya que se tiene el (*sic*) de devolverla o reintegrarla⁴⁹.

48 PÉREZ. *Tratado*, cit., p. 218.

49 GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ. *El peculado*, Tunja, Contraloría Departamental de Boyacá, 1966, p. 59. En el mismo sentido ARENAS. *Comentarios al nuevo Código Penal*, cit., p. 49.

La norma contiene curiosamente como conductas alternativas las de “usar y permitir” que otro use. Nos parece que no era del todo necesaria la inclusión de la segunda modalidad, pues si un servidor público permite que un tercero use indebidamente bienes públicos, es predicable de él la figura del uso por vía indirecta. Tanto la apropiación como el uso pueden estar orientados a obtener un provecho para el propio sujeto agente o para un tercero. Si un servidor público, por ejemplo, permite —hay que suponer en forma intencional— que otro use el bien del Estado, simplemente está él mismo dando al bien un uso indebido. Desde luego si la “permisión” se deriva de una conducta negligente, el fenómeno que se presentaría sería el del peculado culpos, siempre y cuando el bien sea fungible.

Sin embargo, para evitar discusiones inútiles en torno al punto, la precisión no afecta la interpretación y facilita el proceso de adecuación típica para mantenerlo dentro de los límites de la literalidad.

Si la “permisión” no es ni dolosa ni culposa la conducta no puede ser punible para el empleado oficial.

Usar es hacer que un bien preste un determinado servicio, utilidad o beneficio. El uso debe ser indebido, o sea no autorizado por normatividad alguna; la expresión “indebidamente”, señaló REYES ECHANDÍA, es “utilizada por el legislador en el sentido de ilegalmente”⁵⁰.

No constituye peculado por uso cuando se extiende el uso de un vehículo entregado a un funcionario por “representación”, previa orden del mismo y para fines lícitos, “para determinadas personas, entre ellas, obviamente, su esposa e hijos” o de un “visitante distinguido”⁵¹.

Pero no todo uso no permitido es indebido, puesto que habrá que considerar que la expresión también tiene la connotación de la irracionalidad o desproporción en el uso de los mencionados bienes, para evitar exageraciones en la punición de esta clase de conductas.

Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia:

A algunos funcionarios públicos de cierta jerarquía, por ejemplo, se les asignan vehículos para uso personal y no solo para el cumplimiento de las funciones inherentes a su cargo; por lo que resulta hiperbólico estimar que si lo utiliza en forma diversa de la usual ruta de la casa a la oficina incurre en peculado por uso, así se trate del llamado transporte benévolo.

⁵⁰ REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal*, cit., p. 122.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de junio de 1986, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1986, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 297 y 298.

Igual ocurre con el uso del teléfono cuando se trate de llamadas relacionadas con la vida cotidiana del funcionario, como serían las que hiciese a su familia, así sean de larga distancia, siempre que estén dentro de un uso razonable, o como lo dice la ley, no indebido. Cuando el Estado exige a un funcionario que dedique sin ningún límite de tiempo la totalidad de su esfuerzo personal a su servicio, es necesario que simultáneamente le posibilite el desarrollo normal de su vida cotidiana⁵².

No se discute que la diferencia entre el peculado por apropiación y el peculado por uso indebido radica en que, mientras en aquel el sujeto activo no tiene ninguna intención de restituir el bien, en este sí, y hace, por tanto, mero aprovechamiento o disfrute momentáneo del objeto.

El servidor público que comete el peculado por uso realiza sobre el bien actos de dueño sin serlo, después de los cuales no tiene ningún interés en seguir disfrutándolo.

No existe dificultad en los casos en que el uso no permitido legalmente en modo alguno imposibilita que se devuelva el mismo bien. El problema surge en torno a aceptar o no el peculado por uso cuando el dinero es el objeto material.

Quienes consideran que sí es posible sostienen que debe demostrarse en forma clara la intención de devolver⁵³.

Los que consideran que no es posible el peculado por uso cuando el objeto material es el dinero afirman que en los supuestos en que el uso implique que se consuma, destruya o transforme, lo que existe es sustracción o apropiación, como ocurre con el dinero o las cosas consumibles.

Consideramos que la tesis más acertada es la segunda, según la cual cuando la conducta recae sobre dinero se configura el delito de peculado por apropiación y no el de peculado por uso, ya que por la misma naturaleza fungible del bien el hecho de que se consuma implica apropiación, esto es, ejercicio de actividad de señor y dueño.

Al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia:

Lo mismo comete peculado por apropiación quien se apropia de los fondos oficiales como quien los distrae para hacer préstamos, aunque los reintegre. El dinero, los licores, etc., son bienes fungibles que no pueden usarse sin consumirse. Lo cual quiere decir que quien hace de ellos un uso conveniente a su naturaleza se los apropia aunque después los reintegre o devuelva⁵⁴.

52 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 16 de noviembre de 1982, M. P.: LISANDRO MARTÍNEZ.

53 Cfr. CANCINO MORENO. *El peculado*, cit., pp. 21 y ss.

54 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 10 de abril de 1985.

Como bien se puede observar, la Corte se identifica con el planteamiento de quienes consideran que el dinero no puede ser objeto material del peculado por uso indebido sino del peculado por apropiación.

Finalmente debe dejarse en claro que el peculado por uso indebido no admite la modalidad culposa, en consecuencia el error de tipo vencible resulta atípico.

C. PECULADO POR UTILIZACIÓN INDEBIDA DE TRABAJO O SERVICIOS OFICIALES

Tal tipo penal desapareció con la expedición del Código Penal de 2000, en consecuencia, los asuntos que todavía se tramitan por tales comportamientos y los que fueron sentenciados con deducción de responsabilidad deben recibir los efectos benéficos del principio de favorabilidad.

D. PECULADO POR APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE

En otros países este delito es llamado de malversación y en algunos otros han preferido rubricar la figura haciendo referencia más estricta a la acción descrita en ella, denominándola aplicación indebida de caudales públicos, porque, en efecto, el bien jurídico especialmente tutelado por ella es la irregular inversión y aplicación de bienes públicos dentro de la misma órbita de la Administración, que se menoscaba con la afectación de los mismos a fines que no sean los legalmente determinados, aun cuando no sean quitados de la pertenencia administrativa⁵⁵.

I. ANTECEDENTES INMEDIATOS

Esta especie de peculado estaba comprendida en el artículo 150 del anterior C. P. de 1936, así:

El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de 1 a 6 meses.

Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de 10 a 500 pesos.

En el anteproyecto de 1974 (art. 154) bajo el nombre de "peculado por aplicación ilegal de bienes" se plasmó una norma sustancialmente igual a la del Código de

55 Cfr. CREUS. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 312.

1936. Algo parecido se hizo en el proyecto de 1976 (art. 159). La disposición actual tiene su antecedente inmediato en el proyecto de 1978 (art. 163).

La figura estaba descrita en la siguiente forma en el artículo 136 del C. P. de 1980:

El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, *aplicación oficial diferente* de aquella a que están destinados, o *comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste*, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años⁵⁶.

Como se observa, en la anterior norma se incluyeron dos tipos de conductas que no figuraban en la legislación de 1936. Se trata de un tipo compuesto alternativo que comprende varios comportamientos, diversos en su estructura fundamental.

El artículo 399 del C. P. de 2000 le dio una nueva redacción al tipo del peculado por aplicación diferente:

El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, *aplicación oficial diferente* de aquella a que están destinados, o *comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste*, en perjuicio de la inversión social o de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, incurrirá en prisión de 1 a 3 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

2. TIPICIDAD Y ALGUNAS SUBCATEGORÍAS DOGMÁTICAS

Se amplió el concepto de especial relación de disponibilidad, toda vez que se incluyó la figura de la "tenencia", pero además se introdujo una nueva oportunidad para abusar de la administración, tenencia o custodia: "con ocasión" de las funciones.

La característica fundamental de esta modalidad del peculado consiste en que el agente no deriva de su comportamiento la consecución de provecho

⁵⁶ Este artículo fue modificado por los artículos 18 y 32 del Estatuto Anticorrupción. Se cambió la expresión "empleado oficial" por "servidor público" y se produjo la agravación de la multa para los delitos contra la Administración Pública no contemplados en la Ley 190 de 1995, como en este caso, que sería

alguno, para sí o para un tercero. En el fondo lo que se sancionaba aquí era la desobediencia del funcionario a las normas y el desorden presupuestal o contractual de la Administración.

No obstante, hoy puede afirmarse que, a partir de la Constitución de 1991, también se protege la voluntad popular expresada en la aprobación del presupuesto (inc. 2.º art. 345 C. N.). En efecto, la jurisprudencia penal ha dicho que tal delito desconoce el “destino que le ha fijado la ley a una partida presupuestal, de acuerdo con un programa que previamente ha distribuido los recursos públicos según una prioridad de necesidades concebidas inicialmente por el Ejecutivo nacional y luego aprobadas por el cuerpo legislativo”⁵⁷.

Así mismo se introduce una exigencia en torno al requisito de la antijuridicidad material, habida cuenta que, como se había sostenido en anteriores ediciones, lo injusto en este delito estaba representado fundamentalmente por el mero quebrantamiento de la norma y, fortalecido el principio mencionado por el artículo 11 del C. P. de 2000, resultaba necesario también imprimírle un giro a la definición típica del peculado por aplicación oficial diferente. De allí que se introdujera como requisito el que dicho comportamiento debe efectuarse en “perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores”.

Por tanto, si se tienen destinados unos recursos para cancelación de honorarios profesionales o para invertir en determinada “fiesta popular” y los mismos son finalmente utilizados en la construcción o mejora de un hospital, no se configura el tipo objetivo.

No obstante, ya la jurisprudencia penal había evolucionado en busca de un perjuicio tangible, al establecer: “... un delito de peculado por aplicación oficial diferente ocasiona un perjuicio al sector económico que debía ser atendido con los recursos pertenecientes al rubro del cual se ha tomado una suma para cubrir un rubro distinto”⁵⁸.

Pero sí se configura el peculado por aplicación oficial diferente cuando se destinan dineros dentro de los rubros descritos en el tipo:

El delito de peculado por aplicación oficial diferente se comete así los traslados presupuestales no autorizados se hagan entre rubros correspondientes a salarios,

siempre entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez.

57 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 8 de abril de 2003, rad. 16.778; M. P.: MARINA PULIDO DE BARÓN, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 378, junio de 2003, Edit. Legis, p. 1049.

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 8 de abril de 2003, ibíd.

prestaciones sociales o destinados a gastos de inversión social. Así por ejemplo trasladar rubros de salarios de una dependencia de la entidad pública a otra sin la correspondiente intervención del órgano de representación popular, o una partida destinada a atender una cierta inversión social para ser utilizada en la atención de otra, estructura el tipo de peculado aludido⁵⁹.

Se siguen, salvo lo que se advierte continuación, las mismas reglas mencionadas en el análisis típico de peculado por apropiación, eso sí, guardando las específicas diferencias.

3. OBJETO MATERIAL

El *objeto material*, a diferencia de las demás formas de peculado, sólo lo constituyen los bienes públicos. Esos bienes deben ser del Estado (Nación, departamento, distrito, municipio o territorio indígena, región, provincia, asociación de municipios, entidad descentralizada local y área metropolitana) o de las sociedades de economía mixta, pues son estos los entes administrativos donde el Estado "tiene parte". Es claro que se comprenden aquí también los bienes de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo mismo que los de los establecimientos públicos, sean estos del orden nacional, departamental o municipal.

Como es obvio, no se incluyen aquí los bienes particulares, pues a estos no se les puede dar "destinación oficial" distinta de aquella asignada en las leyes, ya que precisamente por su naturaleza no cumplen esos fines.

En relación con las sociedades de economía mixta, ha de aclararse la situación que éstas comportan frente al tipo penal analizado:

En verdad que las personas que son vinculadas a su servicio, o mejor a prestar el servicio o función pública, son de aquellas que enumera el artículo 63 del C. P. Sus bienes pertenecen a la estructura del Ejecutivo, tal como lo determina la denominada "reforma administrativa", por medio de los decretos 1050 y 3130 de 1968 y concordantes; empero, no toda gestión realizada dentro y por razón del funcionamiento de estos entes cabe o se adecua al tipo penal descrito en el artículo 136 del C. P., pues su esfera de actividad no es estrictamente oficial, sino de carácter comercial, y en tal virtud su objeto social, sus estatutos y estructura administrativa son líneas de actividad y modulación. Por manera que han de distinguirse las varias posibilidades, encuadrándolas dentro del Código de Comercio; así por ejemplo, cuando la junta directiva aprueba un presupuesto y da una asignación determinada a los recursos, puede reformar esa asig-

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de noviembre de 2002, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 558.

nación, pues por estatutos quien aprueba los mandamientos presupuestales también los puede cambiar, en el entendimiento que es una *sociedad*, con la peculiaridad de la integración de su capital; obviamente y en este orden de ideas, tal como lo establece el Código de Comercio, el objeto de la sociedad es uno y este es el parámetro genérico de su actividad, pero al lado de éste se encuentran otras actividades que permiten el desarrollo del mismo —contratar personal, hacer compras, etc.—, lo cual indica que si el presupuesto se cambia para darle posibilidad a estas actividades, y en efecto está facultado para tal cambio, no existe peculado en la modalidad de “aplicación oficial diferente”. Desde otra arista del estudio se debe tener en cuenta que el presupuesto de estos entes generalmente es propio, vale decir, no se nutre con el presupuesto público, aquel que se aprueba en el Congreso, por lo que se aleja de esta manera aún más de la sana hermenéutica que alumbró el tipo en estudio⁶⁰.

4. CONDUCTA

En cuanto a la *conducta*, como ya lo anotamos, se trata de un tipo compuesto alternativo —que por lo mismo no da lugar a concurso cuando la acción se refiere al mismo objeto material— que comprende varios verbos rectores distintos.

a. APLICACIÓN OFICIAL DIFERENTE

Los bienes públicos (en sentido amplio) deben cumplir la función que se les asigna en los presupuestos de la Nación, de las entidades territoriales y de los entes descentralizados de cualquier nivel administrativo⁶¹.

El presupuesto de las entidades públicas es el reflejo de una decisión política que representa la democracia e implica el señalamiento de objetivos y prioridades. Es esa decisión política la que no puede variar el funcionario a su arbitrio, dándole a los bienes una aplicación oficial distinta.

La conducta consiste entonces en *aplicar* los bienes a un fin distinto del señalado en la ley; pero si bien en anteriores ediciones habíamos señalado que no era indispensable la utilización efectiva del objeto material, hoy frente a la nueva redacción creemos que para estimar consumación sí se hace necesario tal aspecto, habida cuenta que el mismo es el que marca el perjuicio en contra de “la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores”.

Se trataba de un tipo de mera conducta, que por lo demás no admitía la modalidad de la tentativa. Hoy esta posición debe revisarse.

Ahora sí cobra vigencia la postura de BERNAL PINZÓN que en ediciones anteriores habíamos criticado, quien, después de afirmar que “el acto por medio

60 Cfr. IBÁÑEZ GUZMÁN. *La Administración Pública*, cit., pp. 93 y ss., y 220 y ss.

61 Cfr. nota 12 y arts. 345 y ss. C. N.

del cual se fija esa destinación, cuyo cambio hace nacer el ilícito, puede ser una ley, una ordenanza o un simple acuerdo municipal...”, sostiene que “el momento consumativo del delito no coincide con la simple imputación presupuestal, es decir, con el sólo cambio dentro del presupuesto, de un capítulo a otro, sino que es necesaria la inversión de los caudales”⁶².

Se decía que si la conducta consistía simplemente en “dar” aplicación distinta, y ésta se produce con el acto jurídico respectivo, la efectiva inversión de los bienes ya no era elemento indispensable para la estructuración del tipo. El actual Código, al introducir la expresión “en perjuicio”, obliga a una nueva interpretación del formato típico objetivo, pues la “inversión” o “utilización” se califica con un resultado valorado en perspectiva de antijuridicidad material.

Por este aspecto, podríamos decir que la acción punible estudiada corresponde a un tipo de lesión y no de peligro, en consecuencia no existe problema alguno para admitir la tentativa.

Ejemplo: un alcalde recibe unos recursos provenientes de los impuestos de que da cuenta el artículo 336 de la C. N. y al incorporarlos al presupuesto no los destina a la salud sino al rubro presupuestal destinado al pago de contratos de prestación de servicios, pero antes de ejecutarlos el Procurador General de la Nación dispone suspender la ejecución del acto administrativo (num. 37 art. 7.º Dcto. 262 de 2000).

Es evidente que no se causó un perjuicio a la inversión social ni a los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, pero no se podría negar que transitó por actos ejecutivos e inequívocamente dirigidos a crear tal situación de perjuicio.

No sobra repetir que cualquier destinación diferente que no sea oficial, o que implique un provecho para el funcionario, no cae dentro de la norma estudiada sino en la del peculado propio.

Cuando se habla de “presupuesto” se comprende no solo el de la Nación, sino el de los departamentos, distritos, municipios o territorios indígenas; y el de las entidades descentralizadas de cualquier nivel.

Este delito no lo puede cometer sino el servidor público que tenga la *facultad jurídica* para hacer el cambio de destinación.

Esta específica modalidad del peculado —por aplicación oficial diferente— se ajusta mucho mejor a los cánones de lo que debe ser punible penalmente que la anterior disposición, quedando como objeto de tratamiento disciplinario todas aquellas aplicaciones indebidas del presupuesto que no afecten la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores.

62 BERNAL PINZÓN. *Delitos contra la Administración Pública*, cit., p. 14.

Se acoge así la recomendación del español RODRÍGUEZ DEVESA quien, criticando la norma respectiva de su país, que incrimina el "destino público diferente", afirma:

Es ésta una forma sumamente corriente de malversación que debería ser reconsiderada porque viene impuesta en muchas ocasiones por las conveniencias mismas de la gestión del servicio público a causa de la lentitud administrativa. Acaso estuviese indicado incriminar solo aquellos supuestos en los que se produzca daño o entorpecimiento para el servicio público⁶³.

b. COMPROMETER SUMAS SUPERIORES A LAS FIJADAS EN EL PRESUPUESTO

En algunos casos para el desenvolvimiento de sus actividades la Administración debe recurrir al mecanismo de la contratación, convenios o convenciones colectivas de trabajo. Para un ordenado desarrollo de las mencionadas actividades, toda obligación que adquiera la Administración debe tener respaldo en el presupuesto respectivo. De manera distinta, el Estado se vería frente al problema de compromisos que luego no puede cumplir, con toda la secuela de pleitos e indemnizaciones, obviamente causando perjuicios a aquellos rubros del presupuesto que requieren prioridad como la "inversión social y los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores".

No basta la firma del contrato, convenio o convención colectiva de trabajo o contratos respectivos, pues el compromiso excesivo adquirido debe afectar la "inversión social y los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores", por lo que se debe demostrar que se produjo un perjuicio.

Se trata de un tipo de lesión, pues a la vez que el servidor público compromete la suma respectiva surge para la Administración la obligación de pagar, y si paga se causa el perjuicio en detrimento de la "inversión social y los salarios o prestaciones sociales de los trabajadores". Esta modalidad comportamental admite el grado de tentativa, pues si se hizo el compromiso pero no el gasto que cause el perjuicio delimitado por el tipo, el fenómeno queda en tentativa.

c. INVERSIÓN O UTILIZACIÓN INDEBIDA

En verdad que la inversión o utilización de bienes en forma no prevista en el presupuesto no es más que un desarrollo, bien de la aplicación oficial diferente

63 JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA. *Derecho penal español, Parte especial*, 6.ª ed., 1975, p. 1035.

o del compromiso de sumas superiores. En forma excepcional puede presentarse el caso de la inversión o utilización oficial distinta que no esté precedida de un acto de aplicación ilegal. Este último evento vendría a ser el ejemplo clásico del "traslado de fondos".

También admite la tentativa, pues la inversión y utilización son resultados que están precedidos de un *iter criminis* que ya pudo haber entrado en la fase de ejecución inequívocamente dirigida a la consumación.

El peculado por aplicación oficial diferente sólo admite la modalidad dolosa, en consecuencia, el error de tipo vencible genera impunidad.

5. ANTIJURIDICIDAD

En algunos casos pueden presentarse verdaderas causas de justificación en relación con las tres modalidades de peculado antes vistas.

Si el servidor público se ve obligado a invertir sumas en forma distinta a la prevista en el presupuesto, por ejemplo para atender una calamidad pública (terremoto, incendio, inundación, etc.), su comportamiento se justificaría, bien por el ejercicio de un cargo público o el estado de necesidad a favor de terceros (nums. 5 y 7 art. 32 C. P. de 2000).

6. PUNIBILIDAD

El Código contempla para esta especie de peculado —por aplicación oficial diferente— prisión de 6 meses a 3 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

E. PECULADO CULPOSO

Los bienes del Estado —y de los particulares cuando se le han confiado— pueden resultar afectados no solamente por acciones dolosas, sino también por infracción al deber objetivo de cuidado.

Se encontraba regulado en el artículo 137 del C. P.:

El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o a bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de 6 meses a 2 años, en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años⁶⁴.

El artículo 400 del C. P. de 2000 dispuso:

El servidor público que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o a bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en prisión de 1 a 3 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.

I. ELEMENTOS ESTRUCTURALES

En este delito los elementos estructurales (sujeto activo, objetos jurídico y material —respecto de éste sólo con relación al peculado—) son iguales a los de las demás especies de peculado, aunque varía la *conducta*, referida a la modalidad de imputación subjetiva. Por esto la explicación de esta forma de peculado resulta necesariamente unida a problemas de parte general atinentes a la naturaleza jurídica de la culpa.

A nivel de la tipicidad, en concreto, en el ámbito del tipo objetivo, debe acreditarse no sólo que se produjo un resultado, sino que el mismo fue la materialización de la infracción al deber objetivo de cuidado (2.ª parte inc. 1.º art. 9.º y 1.ª parte art. 23 C. P. de 2000).

Debe recordarse que los tipos imprudentes en la versión mayoritaria de la teoría moderna del delito culposo no tienen tipo subjetivo, al menos entendido éste en términos positivos, pues es claro que debe descartarse la existencia del dolo, especialmente del dolo eventual.

Lo anterior se deriva de lo dispuesto en las normas constitucionales mencionadas y de los artículos 34 numeral 2 de la Ley 734 de 2002 y 23 segunda parte del Código Penal de 2000, así como de otras disposiciones particulares, que imponen deberes de solicitud y diligencia.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia exigió respecto de la estructuración del tipo penal del peculado culposo:

El aspecto objetivo del tipo lo integran *los sujetos [...] la acción [...] el resultado [...] el nexo de causalidad; la violación del deber objetivo de cuidado y la relación de determinación*

64 Por disposición del artículo 32 de la Ley 190 de 1995 se produjo agravación de la multa para este delito que no está expresamente contemplado en ella. Dice el artículo 32: "Para los delitos contra la Administración Pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez".

(como contenido de la relación de causalidad) entre la falta al cuidado objetivo y el resultado dañino⁶⁵.

Recientemente ha reiterado:

De acuerdo con la regulación que el Código Penal de 2000 da al delito imprudente—según denominación que en la dogmática jurídico penal se emplea para el delito culposo—, la “conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

Con esa configuración el legislador de 2000 se puso a tono con la jurisprudencia de la Corte, que venía reconociendo la infracción al deber objetivo de cuidado como el criterio esencial de imputación en el delito culposo (cfr., entre otras, sentencias del 23 de noviembre de 1995, rad. 9476, M. P.: MEJÍA ESCOBAR y PÁEZ VELANDIA, y del 16 de septiembre de 1997, rad. 12655, con ponencia de quien ahora cumple igual tarea).

Si la infracción al deber de cuidado se concreta a su vez en el desconocimiento de la norma de cuidado inherente a la actividad en cuyo ámbito se desarrolla una actividad riesgosa, también es necesario fijar el marco en el cual se realizó la conducta y señalar las normas que la gobernaban, a fin de desvelar si mediante la conjunción valorativa *ex ante* y *ex post* el resultado que se produjo, la pérdida de dineros públicos, puede ser imputado al comportamiento del procesado.

No cabe duda que el resultado que dio origen a esta actuación tuvo lugar en el escenario de la Administración Pública, en el cual, si bien no puede equipararse a los ámbitos del tráfico viario, la construcción o la actividad médica, en cuanto los riesgos más evidentes no están enfocados a la vida o la integridad de las personas, o a causar daños a los bienes, sí hay la potencialidad de generar riesgo a otros intereses jurídicos radicados en cabeza de entes institucionales y que, por tanto, interesan a todo el conglomerado social en cuanto despliegan una función encaminada al beneficio común⁶⁶.

La utilización de los bienes del Estado tiene múltiples manifestaciones, especialmente cuando de la inversión social se trata, siendo la más importante de ellas la contratación estatal, mecanismo que hoy en día se constituye en una arteria rota a través de la cual se despilfarra el patrimonio estatal en razón de las inadecuadas inversiones.

65 Sentencia del 16 de septiembre de 1997, rad. 12.655, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 17 de septiembre de 2003, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 2.º sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 94.

La Ley 80 de 1993 consagra disposiciones muy importantes en materia del manejo de los bienes del Estado por parte de los servidores públicos, señalando los deberes objetivos de cuidado mínimos a los cuales se debe someter todo aquel que lleve a cabo la administración de aquellos, puesto que debe cumplir con lo normado por los artículos 4.º, 14 a 18 y 24 a 26 de la misma, entre otras disposiciones.

Cuando los bienes del Estado se extravíen, pierdan o dañen a propósito de las etapas precontractual, contractual y postcontractual, como consecuencia de la inobservancia del deber objetivo de cuidado señalado en las normas mencionadas o en otras complementarias, puede decirse que se ha realizado la descripción típica del peculado culposo.

Como ya lo mencionamos, ello ocurre, por ejemplo, cuando se invierte dinero en entidades o corporaciones de ahorro sin la prudencia y precaución necesarias para mantenerse dentro de los márgenes de riesgo que toda actividad financiera comporta, resultando la colocación de dineros públicos en entidades poco serias y cuya solvencia moral y económica se encontraba de antemano cuestionada. Sin duda alguna las ciencias de la administración y finanzas reportan cuáles son las condiciones mínimas de seguridad a las cuales debe sujetarse toda inversión, reglas que en muchas ocasiones están previstas en los manuales de funciones y de operaciones de las entidades correspondientes, así como también en las directivas de los superiores jerárquicos y de las juntas directivas.

El extravío supone la desaparición del bien sin posibilidad de recuperación.

La pérdida implica, entre otros, la desaparición del bien por destrucción (incendio), mutación de su naturaleza, o incluso por la apropiación de un tercero.

El daño es cualquier alteración que afecta en forma considerable la sustancia y valor económico del bien.

Como lo expresa PÉREZ al comentar la norma anterior:

Dar lugar a la pérdida o extravío es establecer o no controlar debidamente la oportunidad para que esta pérdida o extravío se produzcan, bien permitiendo que terceras personas se apropien lo que el funcionario negligente abandonó o dejándolo a merced de acontecimientos externos en que no interviene ninguna conducta humana. Si el responsable de los efectos que se conservan en un museo, por ejemplo, introduce en él sustancias químicas peligrosas que estallan y destruyen la totalidad o una parte de dichos efectos, hay una pérdida evidente, no debida a apropiaciones ajenas, sino a la imprudencia del empleado. Si hace un envío por mediación de un conocido calavera y éste se embriaga, dejando, p. ej., que las aguas arrastren las cosas que se le entregaron, sin ningún beneficio para nadie, hay también una pérdida, y el funcionario que la ocasione debe responder penalmente. Si en la sala de una biblioteca pública hay filtraciones que producen humedad, y el funcionario, conociendo la situación, no hace lo

posible por corregirla o hacerla corregir, es responsable de su culpa si debido a ello se dañan los libros o los objetos que ordinariamente se conservan con estos⁶⁷.

En el mundo administrativo de hoy, muchos casos de peculado culposos representan un daño superior a la Administración Pública que el que puede originarse en pequeños peculados dolosos o intencionales. El inadecuado depósito de materias primas o de productos agrícolas que genera pérdida o daño de los mismos representan para el Estado millonarias pérdidas. El caso reciente de gruesas sumas de dinero depositadas en entidades o corporaciones de ahorro, respecto de las cuales no se analizó con el debido cuidado su seriedad y solvencia, son eventos significativos del peculado culposos.

En la actualidad los bienes del Estado cumplen una significativa función, puesto que se convierten en los soportes materiales para el cumplimiento de las complejas tareas que le corresponden al Estado social, pues de los mismos dependen sectores tan importantes como la salud, la educación, la seguridad social y las obras en general de infraestructura necesarias para propiciar las condiciones favorables para el adecuado desarrollo económico.

Podría decirse que las tareas más importantes y complejas a cargo del Estado moderno no se pueden llevar a cabo sin la utilización de los bienes de que éste es titular, puesto que la inversión social tiene como presupuesto necesario su existencia. Pero además, las importantes tareas que impone la seguridad social implican el manejo de recursos a corto, mediano y largo plazo, de cuya correcta inversión dependerá el futuro de las pensiones y la salud de innumerables ciudadanos.

Las autoridades de la República están instituidas, entre otras razones, "para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado", y de su incumplimiento emanan responsabilidades de orden penal, administrativo, disciplinario y fiscal (arts. 2.º y 6.º C. N.). En fin, cuando el servidor público no sujeta su desempeño oficial al entendimiento de que se encuentra al "servicio del Estado y de la comunidad", surge la responsabilidad conforme a la ley (arts. 123 y 124 C. N.).

El servidor público que administra bienes se constituye en garante de su buen uso, destino e inversión, so pena de incurrir en responsabilidad a título culposos. Sin duda alguna las exigencias de responsabilidad cuando se trata de la administración de bienes ajenos son mayores (art. 63 C. C.).

Lo anterior tiene su fundamento en el artículo 209 de la C. N., habida cuenta que reitera que la función administrativa se encuentra al servicio del

67 PÉREZ. *Tratado*, cit., p. 223.

interés general y, entre otros, se desarrolla con fundamento en los principios de eficacia, economía y celeridad.

Tan importante es la función de administrar bienes del Estado que el inciso final del artículo 122 superior, modificado por el artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2004, señala, sin distinguir la imputación subjetiva, que “quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por delitos que afecten el patrimonio del Estado”, quedarán inhabilitados para el desempeño de cargos públicos y para celebrar contratos con el Estado.

No es admisible la tentativa en el delito culposo por cuanto, perteneciendo el dolo como desvalor de acción a la expresión “inequívocamente dirigida a la consumación”, la tentativa presupone el dolo (arts. 22 y 27 C. P. de 2000).

En ediciones anteriores se había afirmado que “no puede hablarse de participación culposa en un delito culposo, pues todas las formas de participación requieren acuerdo previo, lo que evidentemente no puede darse en la situación planteada”, habida cuenta que dicho “acuerdo previo” se refería al “resultado”; empero, con la nueva redacción ofrecida por el artículo 23 del C. P. de 2000, comoquiera que la esencia del injusto culposo reside en la infracción al deber objetivo de cuidado, debe revisarse tal opinión para concluir que sí resulta admisible la participación.

Existirá determinación en el delito de peculado culposo cuando el superior jerárquico de un funcionario que administra caudales públicos le da una orden que comporta la infracción al deber objetivo de cuidado y el resultado es materialización de ella.

Existirá complicidad cuando conductor y escoltas, a quienes se les ha entregado un vehículo oficial en su calidad de servidores públicos, después de cumplir sus labores dan origen a que se hurten el vehículo por dejarlo el primero en sitio inseguro cuando aquellos le informaron a su superior jerárquico que ya se había guardado en las instalaciones oficiales para evadir el control.

2. CULPABILIDAD

La culpa subjetiva está definida así en la segunda parte artículo 23 del C. P. de 2000:

La conducta es culposa cuando el resultado [...] el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo.

El servidor público al posesionarse jura cumplir bien y fielmente con los deberes del cargo (inc. 2.º art. 122 C. P.), entre los cuales se encuentran los de soli-

cidad y diligencia, como también los deberes de actualización (nums. 2 y 40 art. 34 Ley 734 de 2002).

En realidad "la previsibilidad no es la esencia de la culpa sino uno de los fenómenos que a ella pueden conducir, según que el agente prevea la verificación del resultado antijurídico de su conducta cuando no era previsible, o que lo prevea pero considere que está en condiciones de eludir su producción. Digamos finalmente que la culpa con previsión no consiste simplemente en la producción de un resultado antijurídico que el agente *confió en poder evitar* sino en la reprochable confianza en que el evento no ocurriría, y ese reproche se deriva de la consideración de que pudiendo y debiendo evitarlo no lo hizo"⁶⁸.

Podría decirse que, en términos generales, el fundamento del reproche jurídico de culpabilidad en el delito culposo es la omisión del "deber subjetivo de cuidado" por parte del concreto sujeto agente.

En Colombia ha hecho carrera la más crasa irresponsabilidad en materia de administración de bienes del Estado, ingresando al servicio público, bien por la vía de nombramiento o de elección popular, personas que no tienen el perfil adecuado para la correcta administración de bienes ajenos y mucho menos con la vocación necesaria para el cumplimiento de los deberes que el cargo les impone y los contenidos en normas que sobre el cuidado objetivo se les reclama.

Es hora ya de poner en marcha la aplicación de las normas que determinan la responsabilidad de quienes manejan el patrimonio público, exigiendo, como primera medida, lo que es usual y de elemental justicia en todo proceso que busque individualizar la imputación subjetiva a título de culpa. Nos referimos a la exigencia del cuidado interno que todo aquel que aspire a administrar bienes del Estado debe tener, esto es, la realización del juicio individual y particular que debe hacer el servidor público en torno a sus conocimientos, capacidades, aptitudes y competencias para la administración de bienes ajenos, el cual, de no ser adecuado, implica la abstención de asumir una responsabilidad imposible de cumplir, colocándolo en la posición de incurrir en culpa por asunción del riesgo, de no llenar las expectativas para su correcto desempeño.

En la teoría moderna del delito culposo no es posible hablar de error de tipo, toda vez que, como ya se precisó, el tipo imprudente está compuesto sólo del tipo objetivo. Empero, sí es posible entender que son admisibles los errores relevantes, sólo que todos ellos —sobre el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad— serían errores de prohibición.

68 Cfr. ALFONSO REYES ECHANDÍA. *La culpabilidad*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, p. 116.

En consecuencia, un error invencible sobre el cumplimiento del “deber objetivo de cuidado” excluye la culpabilidad. Si es vencible se castigará a título de “culpa por asunción”.

Ejemplo: el administrador de recursos de la gobernación de un departamento aplica erróneamente una ordenanza que se encuentra derogada por una posterior, en la cual se le impone que para poder disponer de determinados bienes requiere el visto previo del auditor y como consecuencia de la omisión se extraían los bienes.

Es viable incurrir en incumplimiento del deber objetivo de cuidado por miedo insuperable o por insuperable coacción ajena.

3. LA INTERVENCIÓN DEL TERCERO

Al comentar la legislación argentina CREUS afirma al punto:

También aquí, como en el caso de violación de sellos y documentos, aparece una figura culposa que podemos ver como de estructura irregular, puesto que el actuar culposos no incide directamente dando origen al resultado —como ocurre en la generalidad de delitos culposos—, sino a través de la conducta dolosa de un tercero, que se ve facilitada por la conducta del funcionario. No se castiga, pues, la sustracción culposa, sino el dar lugar a la sustracción dolosa⁶⁹.

En vigencia del Código anterior se planteó la discusión sobre si para la existencia del peculado culposos se requería la participación de un tercero que se apropiara de ellos.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia tenía dicho que la “doctrina penal ha descartado esa forma de culpabilidad —culposa—, cuando la actuación del agente obedece a la conducta dolosa de un tercero”⁷⁰.

A este respecto sostenía BERNAL PINZÓN:

Pensamos que la razón está de parte de quienes consideran que la figura culposa del peculado, pese a que su descripción se hizo con algunas variaciones de los textos de donde fue tomada, exige necesariamente la participación de una tercera persona, y que como nítidamente lo afirma HUNGRIA, la razón para que se le considere como figura autónoma de peculado no es otra que la de no dejar sin sanción una forma de participación culposa de un delito doloso⁷¹.

⁶⁹ CREUS. *Delitos contra la Administración Pública*, cit.

⁷⁰ Sentencia del 19 de agosto de 1976, M. P.: MARIO ALARIO D'FILIPPO, en *Extractos de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, julio-diciembre de 1976, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá, p. 108.

⁷¹ BERNAL PINZÓN. *Delitos*, cit., pp. 41 y 42.

Es una realidad que ni en vigencia del Código Penal de 1936 podía exigirse la participación del tercero, pues ese requisito no era requerido por la norma. El extravío o pérdida de los efectos oficiales bien podía producirse sin la intervención de un tercero que se los apropiara.

La situación era aún más clara en el texto del Código Penal de 1980, pues el “daño” –agregado de la norma– no supone, y casi podría decirse que excluye, la intervención dolosa de un tercero con ánimo de apropiación. De esa orientación quedó expresa constancia en la exposición de motivos del anteproyecto de 1974. Se dijo en este documento al explicar las innovaciones referentes al peculado: “Se aclara el texto del peculado culposo en relación con la intervención de terceros, lo que despeja la incertidumbre doctrinal y jurisprudencial que hoy existe sobre este punto, y se lo adiciona con la modalidad de aplicación oficial diferente de los bienes administrados por el sujeto activo”⁷².

En verdad que en este anteproyecto del Código Penal de 1980 se incluía en forma expresa, como conducta culposa alternativa, el dar lugar a la apropiación de bienes por parte de un tercero (art. 155). Sin embargo, la no inclusión en forma expresa de esta modalidad –sobre todo frente al daño del objeto material– en los códigos penales de 1980 y 2000 no lleva a exigir la necesidad de la participación de un tercero en la acción culposa del sujeto agente.

La jurisprudencia penal vuelve a ocuparse del tema en vigencia del Código Penal de 1980 y precisa que “para atribuir la comisión de peculado culposo a una persona, no es requisito indispensable que otra haya sido condenada por la apropiación del objeto material de la conducta, ya que nuestra legislación penal acertadamente ha separado los comportamientos de uno y otro sujetos”⁷³.

F. OMISIÓN DEL AGENTE RETENEDOR O RECAUDADOR

Este tipo penal tiene su origen en el artículo 665 del Estatuto Tributario, adicionado por el artículo 22 de la Ley 383 de 1997.

Esta norma originalmente consagrada en el Estatuto Tributario había sido declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-285 del 28 de junio de 1995, pero el delito se estableció nuevamente, atendiendo las observaciones de la Corte, a través de un decreto de emergencia económica (art. 11 Dcto. Leg. 88 de 1997); sin embargo, la declaratoria de la emergencia

⁷² Anteproyecto de Código Penal, cit., p. 12.

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 30 de julio de 1985, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, 1985, Bogotá, Editora Jurídica de Colombia, p. 462.

también fue declarada inexecutable por la Corte. El Congreso, mediante el artículo 22 de la Ley 383 de 1997, había establecido un nuevo tipo penal así:

Responsabilidad penal por no consignar las retenciones en la fuente y el IVA. El agente retenedor que no consigne las sumas retenidas dentro de los 2 meses siguientes a aquél en que se efectuó la respectiva retención, queda sometido a las mismas sanciones previstas en la ley penal para los servidores públicos que incurran en el delito de peculado por apropiación.

En la misma sanción incurrirá el responsable de impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro del mes siguiente a la finalización del bimestre correspondiente. Tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones. Para tal efecto, las empresas deberán informar a la Administración de la cual sea contribuyente, con anterioridad al ejercicio de sus funciones, la identidad de la persona que tiene la autonomía suficiente para realizar tal encargo y la constancia de su aceptación. De no hacerlo las sanciones previstas en este artículo, recaerán en el respectivo representante legal.

Parágrafo 1. El agente retenedor o responsable del impuesto a las ventas que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, se hará beneficiario de la cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo.

Parágrafo 2. Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para el caso de las sociedades que se encuentren en proceso concordatario, o en liquidación forzosa administrativa, en relación con el impuesto sobre las ventas y las retenciones en la fuente causadas.

Tal redacción típica estaba plagada de elementos extratípicos ajenos a cualquier buena técnica legislativa en la materia, puesto que daba cuenta de un aviso necesario de realizar que sólo cumplía funciones en el ámbito administrativo y exoneraba del pago a personas jurídicas que se encontraban en proceso concordatario. Pero muy especialmente, lejos de desestimular las prácticas viciosas que se quería combatir, las propiciaba, toda vez que bastaba que el agente activo devolviera con posterioridad las sumas retenidas y hasta utilizadas en cualquier tiempo sin indexar su monto y mucho menos sin la indemnización correspondiente, realizando un muy buen negocio.

El nuevo Código Penal corrigió tales yerros y varió la redacción, introduciendo algunos nuevos elementos, recogidos por su artículo 402:

Omisión del agente retenedor o recaudador. El agente retenedor o autorretenedor, que no consigne las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente dentro de los 2 meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente, o quien, encargado de recaudar tasas o contribuciones públicas, no las consigne dentro del término legal, incurrirá en prisión de 3 a 6 años y multa equivalente al doble de lo no consignado sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma sanción incurrirá el responsable de impuesto sobre las ventas que, teniendo la obligación legal de hacerlo, no consigne las sumas recaudadas por dicho concepto, dentro de los 2 meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de impuesto sobre las ventas.

Tratándose de sociedades u otras entidades quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones.

Parágrafo. El agente retenedor o autorretenedor, responsable del impuesto a las ventas, o el recaudador de tasas o contribuciones públicas, que extinga la obligación tributaria por pago o compensación de las sumas adeudadas, según el caso, junto con sus respectivos intereses previstos en el Estatuto Tributario, y normas legales respectivas, se hará beneficiario de resolución inhibitoria, preclusión de investigación, o cesación de procedimiento dentro del proceso penal que se hubiera iniciado por tal motivo, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar.

I. TIPICIDAD

El tipo penal en estudio, dada su estructura típica y la posibilidad de lograr liberarse de la responsabilidad penal mediante la cancelación de lo retenido o apropiado, convierte la justicia penal en una vía coactiva de cobro de la administración de impuestos con sus obligados, toda vez que los altos índices de evasión y elusión de contribuyentes no permiten por lo pronto un control efectivo del fenómeno, siendo la suerte de quien sea "sorprendido" la que marcará el ejercicio de la acción penal, con lo cual, muy a pesar de la corrección de los garrafales errores ya mencionados, sigue siendo un buen negocio incurrir en la conducta típica, a pesar que las llamadas sanciones administrativas que se puedan imponer operarían conjuntamente para mejorar el control preventivo.

a. TIPO OBJETIVO

Algunos elementos típicos coinciden con los del peculado, tal como lo es el bien jurídico tutelado y la antijuridicidad material, como también el objeto material.

Sin embargo, debe precisarse que el objeto material tiene características cerradas y está constituido por los dineros provenientes de las retenciones y autorretenciones en la fuente, tasas o contribuciones públicas e impuestos a las ventas, lo cuales son sin duda alguna recursos públicos y su desvío produce “un atentado contra el patrimonio público porque impide el ingreso a las arcas públicas de recursos destinados a engrosarlas”⁷⁴.

— SUJETO ACTIVO

Los son los agentes retenedores y autorretenedores de la retención en la fuente, el recaudador de tasas o contribuciones públicas y los responsables de la tenencia o custodia del impuesto a las ventas.

No cualquier persona tiene dichas calidades, puesto que para ello se requiere que la ley y la Administración de Impuestos Nacionales hayan regulado la manera de adquirir dicho *status*, lo cual hace que el sujeto activo sea calificado.

Como se trata de un elemento normativo de carácter jurídico extrapenal, por vía ejemplificativa, señalaremos algunos eventos en los cuales nos encontraremos ante el sujeto activo calificado:

El Estatuto Tributario en su artículo 368 advierte quiénes tienen la calidad de retenedores en la fuente:

Artículo 368.1. Adicionado. Artículo 8o de la Ley 49 de 1990. *Retención sobre distribución de ingresos por los fondos de inversión, los fondos de valores y los fondos comunes.* Los fondos de que trata el artículo 23.1 o las sociedades que los administren, según lo establezca el Gobierno, efectuarán la retención en la fuente que corresponda a los ingresos que distribuyan entre los suscriptores o partícipes, al momento del pago o abono en cuenta. Cuando el pago o abono en cuenta se haga a una persona o entidad extranjera sin residencia o domicilio en el país, la retención en la fuente a título del impuesto de renta y complementarios se hará a la tarifa que corresponda para los pagos al exterior, según el respectivo concepto.

Artículo 368.2. *Personas naturales que son agentes de retención.* Las personas naturales que tengan la calidad de comerciantes y que en el año inmediatamente anterior tuvieran un patrimonio bruto o unos ingresos brutos superiores a \$500.000.000, también deberán practicar retención en la fuente sobre los pagos o abonos en cuenta que efectúen por los conceptos a los cuales se refieren los artículos 392, 395 y 401, a las tarifas y según las disposiciones vigentes sobre cada uno de ellos (modificado por el art. 26 Ley 788 de 2002).

74 Corte Constitucional. Sentencia C-652 del 5 de agosto de 2003, M. P.: MARCO GERARDO MONROY CABRA, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 383, noviembre de 2003, Edit. Legis, p. 2252.

Pueden ser agentes de autorretención particulares autorizados por la ley o por la Administración Tributaria para practicar la retención sobre los ingresos que reciben o van a recibir. Enunciativamente puede mencionarse el Decreto Reglamentario 2509 de 1985, que señala los requisitos necesarios para obtener el status de autorretenedor del impuesto de retención en la fuente:

Artículo 3.º En el caso de la retención en la fuente prevista en el artículo 5.º del Decreto 1512 de 1985, cuando el volumen de operaciones de venta realizadas por la persona jurídica beneficiaria del pago o abono en cuenta, implique la existencia de un gran número de retenedores, y para los fines del recaudo sea más conveniente que la retención se efectúe por parte de quien recibe el pago o abono en cuenta, la retención en la fuente podrá efectuarse por éste último. Para tal efecto, la Dirección General de Impuestos Nacionales, indicará mediante resolución la razón social y NIT de las personas jurídicas, que de conformidad con el presente artículo, están autorizadas para efectuar retención en la fuente sobre sus ingresos.

A partir de la publicación de sus nombres en un diario de amplia circulación nacional, todos los pagos o abonos en cuenta de que trata el artículo 5.º del Decreto 1512 de 1985, deberán someterse a la retención en la fuente por parte del beneficiario de los mismos y no por parte de quien efectúe el respectivo pago o abono en cuenta.

Para efectos de lo previsto en este artículo, la retención se causa en el momento del registro de la respectiva operación por parte del beneficiario del ingreso, o en el momento en que se reciba el mismo, el que ocurra primero.

Por otro lado, el Decreto 2885 de 2001 consagra normas dirigidas a las empresas de servicios públicos domiciliarios dándoles el *status* de agentes de autorretención en la fuente. Precisa el artículo 1.º de tal normatividad:

Autorretención en la fuente para servicios públicos. Los pagos o abonos en cuenta por concepto de servicios públicos domiciliarios y las actividades complementarias a que se refiere la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes, prestados a los usuarios de los sectores industrial, comercial y oficial, están sometidos a la tarifa del 2.5%, sobre el valor del respectivo pago o abono en cuenta, la cual deberá ser practicada a través del mecanismo de la autorretención por parte de las empresas prestadoras del servicio, que sean calificadas por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, mediante resolución de carácter general.

Como responsables del impuesto a las ventas el artículo 518 del Estatuto Tributario señala:

Artículo 437.2. Adicionado. Artículo 9.º de la Ley 223 de 1995. *Agentes de retención en el impuesto sobre las ventas.* Actuarán como agentes retenedores del impuesto sobre las ventas en la adquisición de bienes y servicios gravados:

1. Las siguientes entidades estatales:

La Nación, los departamentos, el Distrito Capital, y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y directas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles y en general los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2. Quienes se encuentren catalogados como grandes contribuyentes por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, sean o no responsables del IVA, y los que mediante resolución de la DIAN se designen como agentes de retención en el impuesto sobre las ventas (modificado por el art. 49 Ley 488 de 1998).

3. Quienes contraten con personas o entidades sin residencia o domicilio en el país la prestación de servicios gravados en el territorio nacional, con relación a los mismos.

4. Los responsables del régimen común, cuando adquieran bienes corporales muebles o servicios gravados, de personas que pertenezcan al régimen simplificado.

Parágrafo. La venta de bienes o prestación de servicios que se realice entre agentes de retención del impuesto sobre las ventas de que tratan los numerales 1 y 2 de este artículo no se regirá por lo previsto en este artículo (concordado con el Dcto. 1165 de 1996, Dcto. 2652 de 1998).

5.° Las entidades emisoras de tarjetas crédito y débito y sus asociaciones, en el momento del correspondiente pago o abono en cuenta a las personas o establecimientos afiliados. El valor del impuesto no hará parte de la base para determinar las comisiones percibidas por la utilización de las tarjetas débito y crédito.

Cuando los pagos o abonos en cuenta en favor de las personas o establecimientos afiliados a los sistemas de tarjetas de crédito o débito, se realicen por intermedio de las entidades adquirentes o pagadoras, la retención en la fuente deberá ser practicada por dichas entidades.

Parágrafo 1. La venta de bienes o prestación de servicios que se realicen entre agentes de retención del impuesto sobre las ventas de que tratan los numerales 1, 2 y 5 de este artículo no se regirá por lo previsto en este artículo.

Parágrafo 2. La Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales podrá mediante resolución retirar la calidad de agente de retención del impuesto sobre las ventas a los grandes contribuyentes que se encuentren en concordato, liquidación obligatoria, toma de posesión o en negociación de acuerdo de reestructuración, sin afectar por ello su calidad de gran contribuyente (adicionado art. 25 Ley 633 de 2000).

6. La Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, por el 100% del impuesto sobre las ventas que se cause en la venta de aerodinos (adicionado art. 93 Ley 788 de 2002).

Como recaudador de tasas o contribuciones tenemos el artículo 518 del Estatuto Tributario (modificado art. 35 Ley 6.^a de 1992), el que advierte que los agentes de retención del impuesto de timbre son:

... a más de los que señale el reglamento: 1. Las personas naturales y asimiladas, cuando reúnan las condiciones previstas en el artículo 519 de este estatuto, y las personas jurídicas y asimiladas, que teniendo el carácter de contribuyentes del impuesto, intervengan como contratantes, aceptantes, emisores o suscriptores en los documentos. 2. Los notarios por las escrituras públicas. 3. Las entidades públicas del orden nacional, departamental o municipal, cualquiera sea su naturaleza jurídica. 4. Los agentes diplomáticos del Gobierno colombiano, por los documentos otorgados en el exterior...

Así mismo se tiene el artículo 876 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 47 de la Ley 788 de 2002, sobre la retención por gravamen a los movimientos financieros (GFM):

Agentes de retención del GMF. Actuarán como agentes retenedores y serán responsables del GMF, el Banco de la República y las demás entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria en las cuales se encuentre la respectiva cuenta corriente, de ahorros, de depósito, derechos sobre carteras colectivas o donde se realicen los movimientos contables que impliquen el traslado o la disposición de recursos de que trata el artículo 871.

— SUJETO PASIVO

Lo es el Estado titular del bien jurídico recursos públicos, toda vez que los dineros recaudados por virtud de la retención en la fuente, de las tasas o contribuciones públicas y el impuesto a las ventas pertenecen al Estado.

— VERBOS RECTORES

Es un tipo penal complejo de características alternativas, habida cuenta que presenta tres modalidades de realización típica:

La primera: omitir consignar las sumas retenidas o autorretenidas por concepto de retención en la fuente. Presenta una circunstancia temporal que determina su ejecución y consumación, pues para ello se tiene un plazo de 2 meses a partir de "la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración de retención en la fuente".

La segunda: omitir consignar lo recibido por tasas o contribuciones públicas en el término legal fijado para ello —circunstancia temporal—.

Finalmente: omitir consignar las sumas recaudadas por concepto del impuesto sobre las ventas “dentro de los 2 meses siguientes a la fecha fijada por el Gobierno Nacional para la presentación y pago de la respectiva declaración del impuesto sobre las ventas”.

Como puede verse, se trata de un tipo penal de modalidad omisiva propia, en consecuencia se requiere la presencia de la situación típica —haber recaudado dineros por los conceptos mencionados—, la ausencia de la acción ordenada —no consignar dentro de los plazos señalados— y haber tenido la capacidad individual de acción en la situación concreta, esto es, que la omisión no es producto de fuerza mayor o caso fortuito.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se requiere que la persona sea consciente de la situación típica y tenga conocimiento de su propia capacidad individual de acción en la situación concreta, es decir, la omisión se llevó a cabo conscientemente, habida cuenta que quien conoce su deber y no actúa es porque quiere infringirlo (cuasi-dolo).

Retenedores, autorretenedores, recaudadores de tasas o contribuciones y responsables del impuesto a las ventas son personas que ejercen oficios muy particulares y especiales, conocedores de sus deberes y obligaciones; por tanto, aunque resulta factible, es muy difícil pensar en la incursión en errores de tipo.

Para configurar el tipo subjetivo, que en el presente caso está dado por el dolo en tanto no presenta ingredientes subjetivos especiales, se requiere que se conozcan los elementos que componen el tipo objetivo.

Los errores pueden recaer sobre los elementos normativos retención y autorretención en la fuente, recaudación de tasas o contribuciones públicas y responsabilidad por el impuesto a las ventas, los deberes que implica dicho *status* y los plazos legales para consignar las sumas de dinero recaudadas (errores de tipo sobre elementos normativos).

Puede incurrirse en errores de hecho al contabilizar los plazos otorgados para efectuar las consignaciones (errores de tipo sobre elementos fácticos).

Los errores invencibles, recaigan sobre cualquiera de los elementos del tipo, con independencia de su naturaleza, conducen a la atipicidad por falta de tipo subjetivo. Los vencibles igualmente resultan impunes por falta de la modalidad culposa.

C. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Sólo pueden ser autores inmediatos, coautores o autores mediatos quienes tengan las calidades típicas de agente retenedor o autorretenedor de la retención en la fuente, recaudador de tasas o contribuciones legales y responsable del impuesto a las ventas.

Se verificaría la autoría mediata si existiendo en una sociedad varios responsables de los recaudos anteriores uno de ellos engaña de tal forma a otro que éste desvíe los dineros recaudados y no los consigna en su debido tiempo.

Determinación y complicidad no tendrían problema alguno —se siguen las reglas ya expuestas—.

Quien de hecho ejerce las funciones de responsable del impuesto a las ventas en tanto ha accedido a la función sin obtener previamente los requisitos de ley puede ubicarse en la figura del “autor por otro”, siempre y cuando sí los tenga la persona jurídica encargada de dicha función. De allí que, precisamente, para configurar tal fenómeno el inciso 3.º artículo 402 del C. P. señale que “tratándose de sociedades u otras entidades, quedan sometidas a esas mismas sanciones las personas naturales encargadas en cada entidad del cumplimiento de dichas obligaciones”, procediendo la rebaja punitiva por la situación de interviniente no calificado.

d. TENTATIVA

No es concebible ni fáctica ni jurídicamente la tentativa, toda vez que la ejecución y consumación coinciden en un acto único: con no consignar las sumas recaudadas durante el plazo concedido. El plazo comporta que la omisión sólo es determinable en el último momento, pues dentro del lapso en que se puede cumplir, así se tenga previamente la intención de no consignar, la conducta resulta ajustada a derecho.

2. CONCURSO APARENTE DE TIPOS PENALES

El comportamiento punible mencionado puede aparentemente concursar con el abuso de confianza calificado por razón de abusar de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública (num. 1 art. 250 C. P. de 2000), pero la solución se halla en el principio de especialidad, teniendo tal calidad el tipo penal de omisión del agente retenedor o recaudador.

También puede aparentemente concursar con el peculado por apropiación cuando: a. La omisión de agente retenedor o recaudador tiene como sujeto activo a

un servidor público⁷⁵; b. La omisión de un agente retenedor o recaudador tiene como sujeto activo a un particular que ejerce funciones públicas por virtud de discernimiento de las mismas de conformidad con los artículos 20 del C. P. de 2000 y 110 y 111 de la Ley 489 de 1998, en armonía con la sentencia C-866 de 1999⁷⁶.

En tales casos, si no se trata de una simple omisión de consignar dentro del tiempo determinado por la ley o los reglamentos, sino que se ha apropiado de los dineros recaudados o los ha utilizado —dada su naturaleza de bien fungible—, entra en consideración un peculado por apropiación. La diferencia no sólo está marcada por las estructuras típicas del peculado por apropiación y la omisión del agente retenedor o recaudador, sino también por cuanto el tratamiento en caso de reintegro sólo da origen a una rebaja de pena en el primero (art. 401 C. P. de 2000), y en cambio en el segundo declina la declaratoria de responsabilidad penal (parág. art. 402 *ibíd.*).

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD

Se aplica *mutatis mutandi* lo dicho para el peculado por apropiación.

4. PUNIBILIDAD

Si bien en la norma original la pena que se debía imponer al particular que omite consignar las sumas retenidas por concepto de retención en la fuente o recaudadas por el impuesto sobre las ventas era aquella que correspondía al peculado por apropiación, lo cierto es que en el Código Penal de 2000 se estableció una cuantitativamente inferior, toda vez que el juicio de reproche debe ser menor para el particular que para el servidor público, puesto que a éste le asiste un deber de lealtad superior para con la Administración que representa debido a la especial relación de sujeción que lo vincula.

Así mismo se corrigieron los errores en cuanto a los requisitos para proceder al archivo del expediente por el “pago o compensación de las sumas adeudadas”, en tanto la nueva norma requiere que ello se produzca como necesario pero no como suficiente, pues además requiere que dichas sumas se acompañen de los correspondientes intereses previstos en el estatuto tributario y sin perjuicio de las respectivas sanciones administrativas.

75 Tal viabilidad jurídica fue establecida por la Corte Constitucional. Sentencia C-652 de 2003, cit., p. 2250.

76 Corte Constitucional, sentencia C-866 del 3 de noviembre de 1999, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA; especialmente fundamento jurídico 13.

G. DESTINO INDEBIDO DE RECURSOS PARA
EL ESTÍMULO O BENEFICIO INDEBIDO
DE EXPLOTADORES Y COMERCIANTES
DE METALES PRECIOSOS

El artículo 139A del C. P. de 1980 tuvo su origen en la Ley 366 de 1997, "por medio de la cual se regula la liquidación, retención, recaudo, distribución y transferencias de las rentas originadas en la explotación de metales preciosos", la cual impone en su artículo 2.º la obligación que tienen los municipios productores de metales preciosos de llevar "un registro de las explotaciones que se efectúen en su jurisdicción y de las personas naturales o jurídicas dedicadas a su extracción y comercialización".

Por su parte, el artículo 3.º impone a todo minero o comerciante la obligación de declarar, bajo la gravedad del juramento, la procedencia exacta del material precioso. El formulario y su copia tendrán como destino el municipio lugar de la explotación y el Ministerio de Minas y Energía.

Luego de algunos trámites administrativos, corresponde al ministerio mencionado la "recaudación, distribución y transferencia de las rentas" derivadas de la explotación de metales preciosos, la cual se hará de acuerdo a la ley y conforme a las declaraciones antes reseñadas.

Por tanto, el monto de la distribución y transferencia a los municipios depende de la cantidad de material explotado que se haya declarado en cada una de sus jurisdicciones, dependiendo entonces sus ingresos del mecanismo de la declaración.

Comoquiera que es posible que de manera fraudulenta los explotadores y comerciantes declaren un origen o procedencia falsa del mineral precioso, con el fin de que un determinado municipio reciba por tal concepto la transferencia de rentas, privando de tal beneficio a aquel de donde verdaderamente procedió, el artículo 4.º de la Ley 366 de 1997 señaló:

Ninguna entidad pública podrá destinar recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso.

Por su parte, el artículo 5.º de la Ley 366 del 12 de marzo de 1997 señaló:

Adiciónase el capítulo primero del título III del Código Penal con el siguiente artículo que se incorporará como delito contra el patrimonio público:

Artículo 139A. *Destino indebido de recursos para metales preciosos.* El servidor público y/o empleado oficial que destine recursos del tesoro público para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de 2 a 10 años, en multa de 100 a 500 salarios mínimos mensuales y quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. Así mismo, en la sentencia se ordenará reintegrar a favor del tesoro público las sumas pagadas.

En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor.

El artículo 403 del C. P. de 2000 señaló:

Destino de recursos para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos. El servidor público que destine recursos del tesoro para estimular o beneficiar directamente o por interpuesta persona a los explotadores y comerciantes de metales preciosos, con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso, incurrirá en prisión de 2 a 5 años, en multa de 100 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

En la misma pena incurrirá el que reciba con el mismo propósito los recursos del tesoro, o quien declare producción de metales preciosos a favor de municipios distintos al productor.

La única novedad, aparte de una nueva tasación legal de la pena, se presenta en el *nomen iuris* del delito, el cual, como a simple vista se puede apreciar, resulta más adecuado a la descripción típica, toda vez que, como equivocadamente lo señalaba el de la norma anterior, en ningún momento se estaban destinando dineros para adquirir metales preciosos.

Con esta norma se pretende desestimular las prácticas fraudulentas que permiten a un municipio, por medio del otorgamiento de prebendas a los mineros o comerciantes para que declaren en su favor la procedencia del mineral precioso, el acceder a la transferencia ilegítima de rentas correspondientes a otros municipios.

Resulta de singular importancia la descripción típica mencionada, habida cuenta que considera como reprochable y punible un comportamiento que en últimas y a fin de cuentas beneficia al Estado como ente abstracto, puesto que si bien se perjudica con la declaración fraudulenta y la asignación de rentas con base en ella a uno o varios municipios, permitiéndole obtener ventajas ilegales sobre otro que tiene derecho a ellas, de todos modos uno resulta beneficiado.

La anterior norma puede tener su origen en el hecho de que pueda existir un municipio que fomente el que se haga aparecer como explotados en su jurisdicción metales preciosos que lo fueron en otro.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

La característica principal del tipo penal en comento es que se constituye en un tipo de doble vía, a semejanza de lo que ocurre en el cohecho, toda vez que incurre en su comisión tanto el servidor público que estimula al comerciante o explotador de metales preciosos para que declare fraudulentamente sobre el origen de la explotación como también quien declara o recibe los dineros.

— SUJETO ACTIVO

Es el servidor público, de conformidad con lo señalado en el artículo 20 del C. P. de 2000, para los efectos del inciso 1.º del artículo 403 del C. P. de 2000.

No obstante lo anterior, como se dijo, el tipo penal es de doble vía, en consecuencia la otra modalidad punible no es de sujeto activo cualificado (inc. 2.º art. 403 *ibíd.*), sino indeterminado. Lo dicho muy a pesar de que el inciso 1.º habla de “comerciantes y explotadores”, expresiones que deben ser entendidas en términos laxos o generales y no técnicamente, como que apuntan a quienes formal o informalmente se ocupan materialmente de tales actividades.

— SUJETO PASIVO

Es el Estado en cuanto titular del bien jurídico de la Administración Pública y concretamente de los recursos públicos.

— OBJETO MATERIAL

No existe claridad en torno al objeto material del tipo, entendido el concepto objeto material como la persona, cosa o concepto sobre el cual recae la conducta propia de la infracción.

Pensamos que son los recursos públicos destinados ilícitamente para defraudar a otros municipios en perjuicio de los principios de neutralidad, objetividad, transparencia e igualdad.

- CONDUCTA

Este tipo penal comporta dos hipótesis fundamentales:

La primera, miradas las cosas desde el punto de vista del servidor público del ente municipal que promueve tal acción, consistente en destinar recursos públicos de manera contraria a los fines objetivos del ordenamiento jurídico.

Y la segunda, miradas las cosas desde el punto de vista del explotador o comerciante que observa la conducta falsaria en torno a la declaración de origen o procedencia, que queda, en todo caso, sometido a las mismas sanciones, en razón de lo dispuesto en el inciso 2.º de la figura que se examina.

- ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Tendríamos que decir, consultando el espíritu de la norma, que estaría dada por el no recaudo por parte del municipio de donde se extrajeron los metales preciosos de aquellas "rentas" que han de ser distribuidas, entre los municipios productores, por parte del Ministerio de Minas y Energía, en perjuicio de sus presupuestos y obviamente de la inversión en una comunidad determinada que tiene derecho a beneficiarse de sus riquezas minerales.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR

Mutatis mutandi rigen las mismas reglas esbozadas para el peculado por apropiación.

Sólo debe agregarse que contiene un ingrediente subjetivo del tipo denotado por la expresión "con el objeto de que declaren sobre el origen o procedencia del mineral precioso".

Lo que se sanciona no es sólo el "destinar recursos del tesoro público" sin transparencia, neutralidad y objetividad, sino que ello se haga además para estimular o beneficiar, directamente o por interpuesta persona, a los explotadores y comerciantes de metales preciosos para que verifiquen ellos esas "falsas declaraciones" en torno al origen o procedencia del metal precioso.

c. LA AUTORÍA, LA PARTICIPACIÓN Y LA TENTATIVA

Mutatis mutandi rigen las mismas reglas esbozadas para el peculado por apropiación.

2. LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN Y LA CULPABILIDAD

No imaginamos la viabilidad jurídica de una causal de justificación, pues si el servidor público lo hace para obtener recursos en provecho propio, se estaría configurando además un cohecho. La culpabilidad sigue reglas semejantes a las del peculado por apropiación.

3. PUNIBILIDAD

Finalmente, se incluyó en el Código Penal de 2000 el tipo de destinación indebida de recursos para estimular fraudes, que había sido creado por el artículo 5.º de la Ley 366 de 1997 y que estaba contenido en el artículo 139A del C. P., con las únicas diferencias en el tratamiento punitivo, pues la nueva disposición rebaja la pena por consideraciones compatibles que el grado de afectación del bien jurídico tutelado, que de todos modos es cuantitativa y cualitativamente menor que en el peculado por apropiación.

H. LA COMISIÓN POR OMISIÓN EN EL PECULADO

La comisión por omisión es posible en todos los tipos penales de peculado, tanto en la modalidad dolosa como en la exclusivamente culposa del peculado por pérdida, extravío o daño de bienes.

Los elementos del peculado doloso en comisión por omisión en todas sus manifestaciones dolosas son:

I. LA COMISIÓN POR OMISIÓN DOLOSA DE PECULADO (ARTS. 22 Y 25 C. P. DE 2000)

Se puede incurrir en comisión por omisión dolosa de peculados por apropiación, por uso, por aplicación oficial diferente y por destinación indebida de recursos para estimular el fraude en materia de metales preciosos.

a. TIPO OBJETIVO

Sujeto activo sólo puede ser el servidor público cuando tenga especiales deberes de salvamento del bien jurídico o de custodia de una fuente de peligro.

Los eventos en los cuales surge la posición de garante ya fueron analizados en la parte general integral. Tienen soporte normativo en el aparte del inciso 2.º del

artículo 25 cuando se refiere a que “el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”.

El sujeto pasivo es el común para los peculados.

Se requiere, para la estructuración del tipo objetivo, la presencia de la situación típica —situación que genera la obligación de actuar—, la ausencia de acción ordenada, el resultado típico y la posibilidad rayana en la certeza de que si se hubiere actuado se hubiese evitado el resultado típico; súmase la posición de garante.

Si el resultado no se produce nos encontramos frente a un delito de comisión por omisión tentado.

b. TIPO SUBJETIVO

Sólo está presente en las modalidades dolosas.

El dolo consiste en el conocimiento de la situación típica y la conciencia de la propia capacidad individual de acción en el caso concreto.

Significa lo anterior que siempre que exista el elemento cognoscitivo nos encontraremos en presencia de dolo, o más bien, de un cuasi-dolo como prefiere llamarlo la mejor doctrina. La fórmula es sencilla pero contundente: “quien conoce el deber y no actúa es porque no quiere hacerlo”, lo cual ha precisado la jurisprudencia en el prevaricato por omisión, como más adelante se estudiará.

2. LA COMISIÓN POR OMISIÓN CULPOSA DE PECULADO

Sólo es posible cuando se trate de pérdida, extravío o daño de bienes del Estado.

La comisión por omisión culposa sólo tiene tipo objetivo.

Los elementos típicos son los mismos enunciados para el tipo objetivo de la comisión por omisión dolosa.

Súmase a ellos la infracción al deber objetivo de cuidado y su vinculación jurídica con la producción del resultado (imputación objetiva).

No resulta posible la modalidad tentada.

La culpabilidad sólo está referida a la culpa inconsciente, habida cuenta que en la consciente se da el factor cognoscitivo propio del cuasi-dolo.

IV. LA PENA ESPECIAL DE "INHABILITACIÓN
PERMANENTE PARA EL EJERCICIO DE CARGOS
PÚBLICOS Y CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON EL
ESTADO" (ART. 1.º ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2004)

Todo delito que comporte afectación al patrimonio del Estado, cometido con dolo o culpa, en modalidad comportamental activa u omisiva, implica la imposición de las sanciones anteriores.

Si bien la norma mencionada se refiere sólo al acceso a "cargos públicos", es claro que también está dirigida al "ejercicio de funciones públicas", puesto que en su segunda hipótesis se refiere a "contratos con el Estado", y un contrato es, igualmente, un "convenio", como expresión que son del intercambio con la voluntad estatal⁷⁷.

En efecto, el inciso final artículo 110 de la Ley 489 de 1998, referido a las "condiciones para el ejercicio de las funciones administrativas", señala que "la atribución de las funciones administrativas deberá estar precedida de acto administrativo y acompañada de convenio". Tan cierto es lo anterior que el artículo 111 *ibídem*, que trata de los requisitos para la celebración de dichos convenios, exige el respeto a la Ley 80 de 1993, requiriendo especialmente las cláusulas excepcionales —antes exorbitantes— que para una época caracterizaban la naturaleza del contrato estatal.

La inhabilidad no sólo es permanente hacia el futuro, sino también infinita hacia el cubrimiento de sucesos del pasado; por lo tanto, muy a pesar de que tiene carácter sancionatorio, no opera el principio de que las sanciones sólo rigen para los hechos futuros.

La inhabilidad se aplica a toda clase de delito que afecte el patrimonio del Estado, cualquiera que sea la modalidad de imputación subjetiva y sin distinguir si se trata de autores o intervinientes en general con la calidad de servidores públicos auténticos o por asimilación, o simplemente particulares; de manera que a los delitos de peculado por apropiación, peculado por uso, peculado por aplicación oficial diferente y destino de recursos para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos, ya señalados como fuentes de inhabilidad bajo la égida del original inciso final artículo 122 de la C. N., que sólo operaba cuando se trataba de servidores públicos⁷⁸, dicha

⁷⁷ Así se desprende claramente de la jurisprudencia constitucional, la cual, por demás, equiparó las expresiones "convenio" y "contrato": Corte Constitucional. Sentencia C-866 de 1999, cit., especialmente fundamento jurídico 13.

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-652 de 2003, cit., pp. 2247 y 2248.

base fue ampliada desde la órbita de los potenciales inhabilitados, se suman los de peculado culposo, omisión del agente retenedor o recaudador sea quien fuere el que concurriera a la comisión del delito, y los de celebración indebida de contratos cuando del “quebrantamiento de las normas de contratación se produce un perjuicio real y concreto” –arts. 408 a 410– (art. 28 C. P. en armonía con el 1.º, 1.ª parte, del Acto Legislativo 01 de 2004, y el 38 de la Ley 734 de 2002):

En dicho sentido la Carta Política ha derogado o modificado, según resulte pertinente, las disposiciones del Código Penal que le resulten incompatibles de conformidad con “el principio hermenéutico de la eficacia directa de la Constitución”, en reconocimiento de su carácter prevalente de norma de normas (art. 4.º C. N. y Corte Constitucional. Sentencia C-652 de 2003).

Finalmente, debe precisarse que todo juez de la República, al momento de establecer una condena por un asunto penal, debe verificar si la conducta punible afectó al patrimonio del Estado, caso en el cual impondrá indefectiblemente las sanciones arriba mencionadas (art. 38 Ley 734 de 2002 y jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷⁹).

V. EL FENÓMENO DEL REINTEGRO

En razón de que el peculado afecta principalmente el patrimonio estatal, la legislación colombiana ha venido considerado siempre como causal de disminución punitiva la devolución (reintegro) de los bienes indebidamente apropiados o la cesación del mal uso. Se busca con ello tender una especie de “puente de oro” al sindicado para que mediante la “reparación” –así sea parcial– del daño causado logre una considerable disminución de la pena.

El artículo 3.º del Decreto 1858 de 1951 regulaba el fenómeno del “reintegro” en los siguientes términos:

Esta pena será reducida *hasta en la mitad* si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente el funcionario o empleado correspondiente restituyere lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso; pero si tal no hiciere sino después de incoada la referida investigación, la pena sólo se reducirá hasta en una tercera parte, siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia.

Esta institución fue variada en aspectos importantes por el Código Penal de 1980. El artículo 139 le daba a la figura el tratamiento de circunstancia de atenuación punitiva en los siguientes términos:

79 Corte Constitucional. Sentencia C-652 de 2003, cit.

Si antes de iniciarse la investigación el agente por sí o por tercera persona hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá, en casos excepcionales, y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.

El artículo 401 del C. P. de 2000 consagró una norma muy parecida:

Si antes de iniciarse la investigación el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá en una tercera parte.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez deberá, proporcionalmente, disminuir la pena en una cuarta parte.

De la comparación de los textos pueden señalarse las siguientes características de la actual regulación:

a. La “filosofía de la reducción punitiva radica en tratar de disminuir al máximo el perjuicio ocasionado al tesoro público”, retrotrayendo, disminuyendo o compensando “los efectos nocivos” de las conductas constitutivas de peculado⁸⁰.

b. En el Código Penal de 1980 la atenuación punitiva se aumenta, pues mientras en la legislación anterior sólo podía ir hasta la mitad, en su vigencia podía llegar hasta las tres cuartas partes de la señalada en la respectiva disposición. Este aspecto nos demostraba que en el peculado no interesaba al legislador tanto la protección del ejercicio de la función pública como el patrimonio estatal sobre los bienes, lo cual ha sido corregido por el Código Penal de 2000.

c. El “reintegro” puede ser efectuado no sólo por el sujeto activo sino por un extraño. Es otro “puente” que se le tiende al inculpado, para que sin necesidad de presentarse personalmente al proceso, a través de una tercera persona, fije las bases de una considerable disminución punitiva.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 8 de abril de 2003.

Debe anotarse, sin embargo, que el tercero no puede hacer el "reintegro" sin el consentimiento del sujeto activo —por lo menos para los efectos aquí estudiados—, por cuanto, como se trata de una circunstancia de disminución punitiva —que supone tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del comportamiento—, mal puede plantearse sin una aceptación de autoría por parte del agente. Ahora bien, aun cuando la norma habla del "agente", también puede hacer el reintegro el cómplice o el determinador.

d. La posibilidad para hacer —reintegro— se extiende hasta antes de que se dicte la sentencia de segunda instancia. Naturalmente, en este último evento la disminución punitiva es menor respecto del reintegro, aminoración que se incrementó con el Código Penal de 2000.

Cuando la ley habla de "investigación" debe entenderse por tal la que tiene carácter penal y no la administrativa o disciplinaria. En este orden de ideas, la disminución máxima se presentaría hasta antes de que se dicte resolución de apertura de investigación por parte del funcionario judicial correspondiente.

e. Se permite lo que en forma impropia el Código llama "reintegro parcial". La posibilidad de disminuir la pena sólo se da en forma automática.

Desde luego que el juez debe hacer una evaluación sobre la cuantía de la devolución.

Esa evaluación no se hace entre la pena mínima y la máxima con indiferencia de los aumentos punitivos, pues dependiendo de la cuantía, el cálculo de proporcionalidad debe partir de los mínimos y máximos incrementados por el valor de la exacción.

Por último anotamos que no resulta coherente que para la disminución punitiva estudiada no exija el Código, además del reintegro o la cesación del mal uso, la indemnización de los perjuicios, como sí lo exige en el caso de los delitos contra el patrimonio económico.

f. El reintegro se aplica en principio también para las hipótesis de los delitos de destino de recursos para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos y omisión del agente retenedor o recaudador, habida cuenta que, muy a pesar de encontrarse ubicados con posterioridad al artículo 401 del C. P. de 2000, no es menos cierto que existen iguales razones de hecho que reclaman la aplicación de un mismo derecho que autoriza la analogía *in bonam parte* (inc. final art. 6.º *ibíd.*).

En efecto, el reintegro en la omisión del agente retenedor o recaudador equivale al peculado por apropiación por producirse una exacción al erario público, y en el de destino de recursos para el estímulo o beneficio indebido de explotadores y comerciantes de metales preciosos equivale al del peculado por aplicación oficial diferente por cuanto se destinan los recursos públicos de modo indebido.

Se dice en principio por cuanto, respecto de la omisión del agente retenedor o recaudador, sólo se aplica el artículo 401 del C. P. de 2000 cuando la consignación sólo comprende el valor de lo dejado de consignar, sin incluir los intereses tributarios como lo exige el artículo 402 parágrafo. Si se incluyen, lo aplicable es la liberación de responsabilidad profiriendo resolución inhibitoria o preclusión de la investigación.

Igualmente se aplica el artículo 401 cuando el agente retenedor o recaudador extingue la obligación tributaria después de proferida la sentencia de primera o única instancia, pues el beneficio de parágrafo del artículo 402 se condiciona a una temporalidad procesal al señalar las figuras de la resolución inhibitoria, preclusión de la investigación y cesación de procedimiento.

Pero además, el tipo de omisión del agente retenedor o recaudador tiene norma especial (parág. art. 402 C. P. de 2000), en consecuencia, tal es la aplicable cuando quien cometa el delito sea simplemente un particular o cuando siendo servidor público o particular que ejerce funciones públicas se ha descartado un peculado por apropiación.

Inicialmente podría pensarse que en el peculado por aplicación oficial diferente no tiene cabida el reintegro en tanto la norma habla de cesación de mal uso, reparación de lo dañado o reintegro de lo apropiado, perdido o extraviado, o su valor; no obstante, teniendo en cuenta la filosofía que encarna la disposición, se ha dicho por la jurisprudencia penal que como en el peculado por aplicación oficial diferente “ese traslado de fondos implica la disminución del rango presupuestal inicialmente afectado, no hay razón para que esa disminución presupuestal no pueda ser compensada ingresando al patrimonio estatal una suma equivalente a la que fue cambiada de destinación oficial”. Por tanto, con una argumentación *a fortiori*, se enseña que si puede ser beneficiado quien se apropia de un bien, con más razón quien sólo lo destina para beneficio público pero en diferente forma a la inicialmente acordada⁸¹.

Con el mismo argumento *a fortiori* cabría la rebaja de pena en el peculado por uso cuando se reintegra el valor equivalente del uso indebido, toda vez que condicionar la medida sólo al caso de “hacer cesar el mal uso” sería tanto como pretender que el beneficio sólo opera “durante” la fase de ejecución material y no cuando se trate de tentativa o de agotamiento del tipo penal, lo cual no ha establecido la norma.

81. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 8 de abril de 2003.

CAPÍTULO SEGUNDO

Conclusión

I. NOCIÓN

La concusión es tal vez uno de los más graves atentados contra la Administración Pública, comoquiera que el agente que realiza el comportamiento abusa del cargo o de la función que el Estado le ha confiado para obtener un provecho indebido.

II. ANTECEDENTES

El Código Penal de 1936 contemplaba las siguientes especies de concusión:

Artículo 156. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de 1 a 6 años.

Artículo 157. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, y con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, constriña o induzca a alguien a pagar impuesto o contribución, recargo, renta, crédito, salario o emolumento que legalmente no deba, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años y en interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período.

Si empleare intimidación o invocare orden superior o mandamiento judicial, se aumentará la pena hasta en la mitad.

El Código de 1936 consagraba igualmente la llamada concusión "en favor" de la Administración (art. 158) y la concusión por error ajeno (art. 159).

En el anteproyecto de 1974 se plasmaron cinco formas de concusión: concusión por constreñimiento o inducción (art. 158), por petición ilegal (art. 159), por dádivas de subalternos (art. 160), por exacción ilegal de fondos (art. 161) y en favor de la Administración Pública (art. 162).

El proyecto de 1976 sólo dejó dos de las especies de concusión: por constreñimiento y en favor de la Administración Pública (arts. 164 y 165), y estableció como circunstancia de atenuación la "solicitud" de la dádiva o el dinero. En el proyecto de 1978 la "solicitud", de circunstancia de atenuación, pasó a ser un verbo rector.

Finalmente, el artículo original del Código de 1980 dejó una sola fórmula para la concusión en el artículo 140:

El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, *dinero o cualquier otra*

utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Esta fórmula fue posteriormente modificada por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción). Veamos:

El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 4 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Las modificaciones que introdujo la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) fueron las siguientes:

1. La pena mínima pasó de 2 a 4 años y la máxima de 6 a 8 años de prisión.
2. Se consagró una pena de multa entre 50 y 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. La interdicción de derechos y funciones públicas pasó a ser por el mismo término de la pena principal. En el artículo original era de 1 a 5 años.
4. Se incluyó la expresión "servidor público", de acuerdo con las modificaciones hechas por la Constitución de 1991.

El artículo 404 del C. P. de 2000 consagró el tipo penal de concusión:

El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

Como puede notarse las únicas variaciones consistieron en aumentar el mínimo y máximo de la pena privativa de la libertad y en sustituir la expresión interdicción por inhabilitación.

III. ANÁLISIS TÍPICO

A. TIPICIDAD

Predícase, *mutatis mutandi*, lo ya señalado en el modelo punible del peculado —peculado por apropiación—.

I. TIPO OBJETIVO

Como se ha dicho, determina a partir de dónde y hasta dónde, cuándo y hasta cuándo y el espacio a partir del cual se entiende afectado penalmente el bien jurídico tutelado.

a. SUJETO ACTIVO

El *sujeto activo* es el servidor público, en los términos del artículo 20 del C. P. de 2000. Se requiere, además, un "abuso del *cargo* o de la *función*".

Por ello puede cometer este delito el funcionario aun cuando no tenga la competencia para decidir el asunto que le sirve de pretexto para hacer la exigencia indebida. Ha dicho a este respecto la Corte Suprema de Justicia al decidir un caso donde se planteaba la posibilidad de que un secretario de juzgado pudiera cometer el delito de concusión:

En efecto, el delito que se deja mencionado está constituido por una particular modalidad de ofensa a la Administración Pública al cometer la cual los funcionarios públicos, empleados o transitoriamente encargados de un servicio público están faltando a los deberes para con ella. Pero esos deberes no los tienen sólo quienes puedan ejecutar determinados actos sino todos aquellos que por su investidura y con los nexos con las ramas del poder público pueden comprometerlo en alguna forma al ejercer sus funciones, cualesquiera que ellas sean, lesionando o poniendo en peligro la Administración estatal considerada en su totalidad.

Es la investidura, en cuanto despierta cierto temor en los asociados (*metus publica potestatis*), lo que hace posible la ejecución del delito cuando se usan las funciones para fines distintos de los señalados en la ley, esto es, cuando se abusa de ellas¹. El delito que se deja mencionado está constituido por una particular modalidad de ofensa a la Administración Pública al cometer la cual los funcionarios públicos, empleados o transitoriamente encargados de un servicio público están faltando a los deberes para con ella.

[...] esos deberes no los tienen solo quienes pueden ejecutar determinados actos sino todos aquellos que por su investidura y por los nexos con las ramas del poder público pueden comprometerlo en alguna forma al ejercer sus funciones cualesquiera que ellas sean, lesionando o poniendo en peligro la Administración estatal considerada en su totalidad.

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de junio de 1977, M. P.: ROMERO SOTO.

Es la investidura en cuanto despierta cierto temor en los asociados (*timor publica potestatis*) lo que hace posible la ejecución del delito cuando se usan las funciones para fines distintos de los señalados en la ley, esto es, cuando se abusa de ellas.

[...] el delito se comete no solo por abuso de las funciones sino también por el de la investidura, esto es, del carácter de funcionario público aun cuando el hecho ejecutado no pertenezca propiamente a la competencia del sujeto activo².

También ha dicho la Corte Suprema de Justicia en varias oportunidades:

Si se trata de la concusión por abuso del cargo o de la investidura, no se requiere que el hecho sea ejecutado en desarrollo de la competencia funcional del agente del delito. El abuso del cargo se convierte en medio eficaz para la coacción a través de la cual el sujeto constreñido, ante el temor del desempeño arbitrario de la autoridad, accede a la prestación indebida. Se deduce entonces una intrínseca relación entre el abuso de investidura, el constreñimiento y la exigencia ilícita³.

En el fondo, el delito de concusión es una modalidad de *abuso de autoridad*. No basta entonces la calidad de servidor público, sino que es necesario el *abuso*, que puede referirse tanto al *cargo* como a la *función*.

El tipo de concusión descrito en el artículo 140 del C. P. —hoy 404 del C. P. de 2000— es de sujeto activo calificado (empleado oficial —hoy servidor público—) y exige que el actor realice la conducta en él descrita “abusando de su cargo o de sus funciones”, lo que significa que no basta que el autor del comportamiento tenga la calidad de funcionario público sino que lo realice excediéndose en el ejercicio de sus actividades oficiales; ha de existir, entonces, una relación causal entre el cargo y las funciones que le son ajenas, y el comportamiento de inducción, constreñimiento o solicitud de dinero o cualquiera otra indebida utilidad⁴.

En el abuso del cargo el agente, prevalido de su investidura, constriñe o induce a alguien a algo. Como lo dice la Corte, en estos casos el agente se vale del “temor” que inspira el carácter mismo de “autoridad”.

Por esta razón, no es necesario que al cometer el hecho el agente se encuentre en ejercicio de sus funciones. En este orden de ideas puede cometer el delito el

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación del 7 de junio de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., pp. 43 y 44.

3 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de marzo de 1993, M. P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

4 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de octubre de 1980.

empleado que invoca tal calidad, aun cuando se encuentre en uso de licencia o permiso.

También puede cometer el delito el servidor público aun cuando se encuentre fuera de su "ámbito territorial" de competencia. Esta es la doctrina de la Corte Suprema de Justicia al respecto:

Los límites territoriales de la función son factores objetivos que señalan el ámbito geográfico dentro del cual puede ejercerse, de acuerdo con su naturaleza. Quien ejerce fuera de ellos está procediendo abusivamente, como lo hace el que ejecuta actos que no le competen por haber sido atribuidos a otras autoridades. Pero fuera de esos límites el funcionario conserva su investidura de tal, y aunque sus actos pueden ser afectados de irregularidad, y aun de nulidad, de todos modos es un agente del Estado y representa la Administración Pública.

Ahora bien, la concusión es ante todo un delito contra dicha Administración y viola los deberes que el funcionario tiene en relación con la misma, especialmente aquellos que consisten en el uso de la función en cuanto no debe emplearla en detrimento de los particulares, y específicamente no para infundir temor en ellos y obtener, de este modo, un provecho.

Es por eso que la ley sanciona no sólo al abuso de la función, sino el del cargo, esto es, el hecho de pertenecer a la Administración Pública y estar, por lo tanto, investido de autoridad, que es, ante todo, poder de actuar y que, a menudo, se traduce en intimidación, o sea en el tan mencionado *metus publica potestatis*. Para que se produzca ese efecto, y por lo tanto el daño al bien jurídico tutelado, no se requiere, es menester repetirlo, que el funcionario obre dentro de los límites territoriales de su jurisdicción, pues bien puede estar fuera de ella, en tanto se presente como representante de la autoridad⁵.

El abuso de la función se daría en el caso del juez que exige dinero, por ejemplo, al familiar de un procesado amenazando con no dejarlo en libertad si no se cumple su exigencia.

En reiteradas ocasiones ha señalado la Corte que el delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que indebido es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el

5 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 10 de febrero de 1981 M. P.: ROMERO SOTO.

que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público.

Por lo tanto y siguiendo la jurisprudencia, el delito de concusión previsto en el artículo 404 del C. P. de 2000 puede llegar a estructurarse a través de dos formas, por abuso del cargo o de la función.

En relación con la primera la Corte ha dicho que se presenta cuando el sujeto agente, aprovechándose de la calidad o investidura que ostenta, ejecuta actos que no le competen por estar atribuidos a otra autoridad. Y la segunda modalidad, cuando actúa dentro de la órbita de su competencia funcional⁶.

La diferencia mencionada resulta bien importante para determinar la competencia en materia de servidores públicos aforados, pues cuando la concusión se comete con abuso del cargo no queda cobijado por el fuero si éste se ha instituido por razón de las funciones.

Finalmente nos parece que es posible la comisión de un delito de concusión por parte de un servidor público por asimilación, concretamente cuando el particular ejerce funciones públicas y la conducta punible tiene que ver necesariamente con tal ejercicio.

Ejemplo: un representante legal de una empresa privada que ejerce la función pública de control fiscal constriñe para que le entregue una suma de dinero a un servidor público para no rendir un informe negativo en su contra.

Como puede observarse el inciso 1.º del artículo 267 de la C. N. establece que el control fiscal es una "función pública" y, de conformidad con su inciso 2.º, en casos excepcionales podrá realizarse por "empresas privadas colombianas" de conformidad con la ley.

Como afirman LLERAS DE LA FUENTE y otros, "se trata de un caso en que los particulares ejercen una función pública por autorización legal"⁷, y en consecuencia están sometidos a los principios de la "Administración Pública", que debe realizarse en interés general y guardando la imparcialidad y moralidad de conformidad con el artículo 209 de la C. N., pues no distingue entre servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas.

Por demás, el artículo 20 del C. P. de 2000 no hace distinciones respecto de determinados delitos contra la Administración Pública para que entre en consi-

6 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de marzo de 1997 M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL. En igual sentido, auto del 14 de noviembre de 1980, M. P.: VELÁSQUEZ GAVIRIA; casación del 10 de febrero de 1981, M. P.: ROMERO SOTO; sentencia del 31 de julio de 1984, M. P.: CALDERÓN BOTERO; casación del 22 de septiembre de 1987, M. P.: DUQUE RUIZ, entre otras.

7 CARLOS LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS ARENAS CAMPO, JUAN CHARRY URUEÑA y AUGUSTO BECERRA HERNÁNDEZ. *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1992, p. 461.

deración el concepto de servidor público por "asimilación", puesto que de una manera clara y palmariamente incontrovertible el artículo es encabezado con la expresión "para todos los efectos de la ley penal", reiterada en su inciso 2.º cuando trata los eventos de la especie de servidores de que nos ocupamos; al expresar que "para los mismos efectos se consideran servidores públicos".

Se repite, ello sólo es posible en el delito de concusión cuando se abusa de funciones públicas, pues resulta inviable jurídicamente cuando se trata de abuso del cargo.

b. SUJETO PASIVO

El *sujeto pasivo* es el Estado, como titular del bien jurídico Administración Pública. El particular a quien se le hace la exigencia, se le induce o se le formula la solicitud indebida es un *perjudicado*, y como tal podría constituirse en parte civil dentro del proceso penal.

c. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El *objeto jurídico* es múltiple, comoquiera que se protege no solo la Administración Pública, sino también, en forma eventual, el patrimonio económico y la autonomía personal. Por este aspecto se trata de un tipo pluriofensivo.

La modalidad de ataque a la Administración Pública está dada por la deformación del instituto funcional en la submodalidad de deformación de los fines estatales y el interés general.

d. OBJETO MATERIAL

El *objeto material* lo constituye la persona a quien se le hace la exigencia o la solicitud, o a quien se induce a la entrega o a la promesa. RAMOS MEJÍA, equivocadamente a nuestro juicio, sostiene que "es la cosa mueble en el hurto, el ser humano en el homicidio, el documento en la falsedad documental. Es, en cuanto al delito de concusión, la 'dádiva' que se percibe como resultado de la acción reprimida por la ley"⁸.

Acertada nos parece, en cambio, la posición de CANCINO MORENO, quien sostiene que "la conducta del sujeto, esto es, inducir, constreñir o solicitar, en cualquiera de sus formas, se dirige o tiene como 'objeto' a una persona, lo cual

8 ENRIQUE RAMOS MEJÍA. *El delito de concusión*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1963, p. 77.

obviamente nos permite concluir que el objeto material de este delito contra la Administración Pública lo es una persona, un ser humano..."⁹.

Otros sectores de la doctrina plantean la existencia de un objeto material inmediato de carácter personal —la persona sobre la que recae la conducta ejecutiva— y mediato de carácter material —lo que pretende obtener el agente delictual—.

La tesis que sostiene CANCINO MORENO tiene mucho más sentido en nuestra legislación, por cuanto la "utilidad indebida" —como lo veremos adelante— no siempre debe estar referida a dinero o a cosas de algún valor económico.

e. CONDUCTA

El legislador por este aspecto ha creado un tipo compuesto alternativo, con varios *verbos rectores*. Compuesto alternativo por cuanto no se requiere, para la estructuración del tipo, que se desarrollen todos los verbos rectores, sino que basta el desarrollo de uno sólo; empero, si se realizan varios tampoco se da origen a un concurso material de tipos penales.

Constreñir es tanto como obligar o ejercer presión sobre alguien con una finalidad determinada. Como lo señala BERNAL PINZÓN: "El constreñimiento, que es elemento constitutivo de la concusión, presupone un determinado resultado de naturaleza sicológica, que no puede ser otro que el de coartar la libertad de voluntad pero sin eliminarla. Porque en el actuar del sujeto constreñido hay una voluntad viciada por la coacción, pero hay una voluntad. Por ello el constreñimiento físico que elimina la voluntad no puede tomarse como elemento de la concusión"¹⁰.

Inducir significa persuadir, convencer, llevar a alguien a la idea de algo. Como indica RANIERI, "se tiene la inducción cuando el funcionario público suscita en el sujeto pasivo, sin constreñimiento o amenaza, motivos que lo determinan o persuaden eficazmente a dar o prometer dinero o cosas no debidas (concusión fraudulenta): por ejemplo, hay concusión aun en el caso de que sea el sujeto pasivo el que ofrezca dinero o cosas indebidas a causa del constreñimiento o de la inducción del funcionario público"¹¹.

La Corte ha señalado que existe una modalidad de concusión que puede llamarse implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se

9 Cfr. ANTONIO J. CANCINO MORENO. *El delito de concusión*, Bogotá, Librería del Profesional, 1982.

10 BERNAL PINZÓN. *Delitos*, cit., p. 67.

11 RANIERI. *Manuale*, t. III, cit., p. 204.

siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende puede resultar un perjuicio en su contra. En tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de la víctima está determinado por el *metus publica potestatis*, es decir, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario. Sin embargo, tiene que haber en el comportamiento de éste algo que ponga de presente que está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras: que está presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta la potestad de la que está investido¹².

Así mismo en decisión del 22 de octubre de 1996 la Corte Suprema se pronunció sobre este punto:

De conformidad con lo probado el sujeto agente "solicitó" dinero de un particular, sin formular expresamente amenaza o ejercer coacción alguna, descartándose por ende la realización de las restantes conductas alternativas que el tipo penal recoge, hecho que permite identificar su comportamiento con la doctrinaria denominada concusión implícita, según el cual, dado el poder que el agente detenta, la petición indebida se supone obligatoria para la víctima por la posibilidad de recibir un perjuicio en el evento de no acceder a lo pretendido *metus publica potestatis*¹³.

El otro verbo rector utilizado en el artículo 404 del C. P. de 2000, *solicitar*, quiere decir pedir, sin desplegar amenazas. Explica a este respecto CANCINO MORENO: "Para los efectos del delito de concusión solicitar equivale a 'pedir', 'requerir', de tal suerte que el legislador elevó a la categoría de delito el comportamiento del empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones solicita sin coacciones, inducciones, engaños, a una persona a que le dé o le prometa dinero o utilidades"¹⁴.

No parece, sin embargo, concebible que una "solicitud" acompañada, como lo dice la norma, del abuso del cargo o de la función no lleve siempre al constreñimiento. Por esta razón ha dicho la Corte:

La disposición sustantiva que tipifica el punible de concusión determina, para su estructura, que el empleado oficial realice actos de constreñimiento sobre la víctima, conducta que se traduce en manifestaciones que generan temor, intimidación o amenaza, de tal manera que vence su libertad de determinación. Así, el exaccionado da o promete lo que le pide el abusivo funcionario, por la influencia psicológica que ejerce *metus publica potestatis*.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de septiembre de 1980.

¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 22 de octubre de 1996, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

¹⁴ CANCINO MORENO. *El delito de concusión*, cit., p. 62.

En nuestro caso, el exjuez acusado no hizo amenaza directa, pero sí infundió temor de que su resolución iba a afectar neurálgicos derechos involucrados en la diligencia que estaba adelantando. Ciertamente es, también, que no buscó a los interesados que tenían comprometidos sus derechos para hacerles exigencias a cambio de su decisión, pero también es exacto que dejó la puerta abierta para que ellos acudieran a él en busca de ese resultado dando por supuesto que recibiría ofertas, lo cual, para la configuración de la concusión, comporta lo mismo.

Bastantes y convincentes razones tuvo entonces el tribunal fallador para llegar a la conclusión de que el exjuez fue sujeto agente del delito contra la Administración Pública examinado.

Ahora, el empleado oficial, por el sólo hecho de serlo, adquiere cierta representación ante los particulares, y más elevados serán sus perfiles si se trata de un administrador de justicia, dada la dignidad y las facultades que le son concedidas. Por eso, cuando un juez incurre en punible de esta naturaleza, aparte de que despierta un sentimiento de irritación y de protesta, también cultiva en la opinión pública la creencia de que la justicia está dispuesta para la intriga y el favoritismo, todo lo cual es causa de inseguridad, alarma y zozobra en la sociedad¹⁵.

f. ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

La acción consiste entonces en constreñir, inducir o solicitar la entrega o promesa de dinero, o cualquier otra utilidad indebida.

La promesa es la oferta de una contraprestación futura. La promesa se refiere bien al dinero o a la utilidad indebida. El concepto mismo de utilidad indebida implica una evaluación normativa. En términos generales puede decirse que cualquier utilidad que recibe el servidor público, en ejercicio de sus funciones, distinta de las provenientes de su sueldo, y por parte de los particulares, tiene el carácter de "indebida" para los efectos de la norma. Consideramos que es un elemento normativo de contenido jurídico.

RAMOS MEJÍA opina que el concepto de lo debido también puede derivarse de la costumbre: "Podría entonces darse el caso de que una ley autorizase ciertas dádivas, o que una costumbre, sin derogar la norma penal, lo que sería inadmisibles, permitiese la percepción de idéntico beneficio. Ambas hipótesis son posibles y tendrían el efecto de eliminar totalmente la antijuridicidad del hecho. No conozco, en verdad, leyes de esa naturaleza, pero sí, por ejemplo, la

¹⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de abril de 1995, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.

costumbre que la superioridad conoce y tolera de que los carteros soliciten dádivas con motivo de las fiestas de fin de año, o bien de que se pidan contribuciones para ciertas obras de asistencia social del tipo de los hogares policiales"¹⁶.

En el caso de la *promesa* no es necesario desde luego que esta se cumpla para que se estructure el tipo. Basta la sola exigencia indebida para su consumación.

Por otra parte también es cierto que la utilidad indebida es generalmente de carácter económico, pero puede serlo de otro orden. Hay concusión cuando el empleado obliga al particular, por ejemplo, a conseguir un empleo para un pariente, o a ser presentado ante alguien u obtener cualquier prestación indebida. La Corte Suprema ha dicho que esa utilidad indebida puede ser incluso de carácter sexual.

Dijo a este respecto la Corte:

El delito de concusión, conforme al estatuto penal de 1936 y al que actualmente rige (Dcto. 100 de 1980), se predica del funcionario público que, con abuso de cargo o de las funciones inherentes al mismo, ejecuta actos en detrimento de los particulares y en beneficio propio o de un tercero, prevalido de la fuerza intimidativa que de ordinario produce en aquellos el ejercicio del empleo estatal. Poco importa que su conducta devenga en constreñimiento o inducción. El particular se aviene a la indebida pretensión, porque teme del funcionario oficial un proceder que afecte sus derechos o intereses concretos. Así pues, si en el proceso encuéntrase que el acusado aprovechando su calidad de juez —carácter no discutido— demandó la presencia en su despacho de la señora contra quien adelantaba sumarios por hurto —tampoco esto se controvierte— y bajo la promesa implícita de que su asunto le sería resuelto favorablemente la sometió al concubito carnal, no se presta a duda entonces que el funcionario judicial adecuó su conducta al tipo rector de la concusión, porque la satisfacción de la apetencia sexual en tal caso constituye una utilidad que el juez no tenía el derecho de exigir a la mujer a quien procesaba (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 12 de mayo de 1981, M. P.: ÁLVARO LUNA) [...]

Pero además tal tipo se verifica: a. No sólo cuando el empleado oficial abusa de sus funciones puede cometer concusión, sino también cuando abusa de su cargo. Situaciones que son de suyo diferentes: se abusa de la función, cuando se desbordan o restringen indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que este pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones. Y, resulta incuestionable que en el presente caso no podía, como lo sostiene

¹⁶ RAMOS MEJÍA. *El delito de concusión*, cit., p. 75.

el actor, existir abuso de la función, pero, en cambio, sí abuso del cargo porque el empleado aprovechó esa coyuntura para lograr que el interesado en un asunto del juzgado, que no estaba llamado a resolver ni a ejecutar, le diera unos dineros no debidos; b. No sólo cuando el empleado constriñe puede cometer concusión, sino también cuando induce a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o cuando simplemente los solicita. De suerte que basta pedirlos, sin apremio o compulsión alguna, para que se configure el delito. Es una forma de concusión implícita o encubierta porque parte del supuesto lógico de que toda solicitud de dinero no debido, por parte de un empleado oficial, es obligante por sí misma, es decir, comporta constreñimiento¹⁷.

G. EXCLUSIÓN DE LA TENTATIVA

Por la naturaleza de los verbos rectores—constreñir, inducir, solicitar—, consideramos que el momento consumativo del ilícito se presenta en el instante en que se obtiene la promesa, o se hace la exigencia o la solicitud de dinero u otra utilidad. No es indispensable que el agente efectivamente obtenga el provecho buscado. La siguiente jurisprudencia lo confirma:

El señor [...] fue víctima del constreñimiento en el municipio de [...] pues fue allí donde se doblegó su voluntad para que accediera a dar lo no debido; lo que no se modifica por el hecho de que la dación se hubiera cumplido posteriormente en lugar distinto, siendo muy claro que el recibo del indebido producto del proceder sancionable no es la circunstancia que determina la consumación del delito; menos aún en el caso de la concusión, en el cual bien puede hablarse de la consumación del hecho punible desde que exista la formulación de la solicitud unida al sometimiento de la voluntad de la víctima¹⁸.

Esta posición fue ratificada recientemente por la Corte Suprema de Justicia:

El delito de concusión no precisa que el empleado oficial que constriña o induzca a alguien para que le dé o prometa dinero u otra utilidad, o lo solicite, efectivamente reciba él o un tercero lo indebidamente exigido o pedido, pues por ser de simple actividad el tipo penal que lo define se consuma cuando se abusa del poder o de las funciones inherentes a él para doblegar la voluntad de quien no está obligado a dar o prometer lo que no debe, sea sutilmente, mediante amenazas o simplemente con la mera petición del provecho ilícito. Es en ese instante que se menoscaban la dignidad, moralidad,

17 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de casación de julio 31 de 1984, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Jurisprudencia penal de 1984*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 75.

18 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 1992, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

integridad, pulcritud, confiabilidad y transparencia de la Administración Pública, cuyos valores deben imperar en los funcionarios y sus actos.

Por ello la antijuridicidad de la conducta no debe buscarse en el daño patrimonial que pudo haberse inferido al particular, sino en el menoscabo que se le causa a la confiabilidad de los asociados hacia la Administración Pública, bien jurídico funcional que se lesiona por el hecho de tener en su seno a un funcionario corrupto¹⁹.

Desde este punto de vista resulta difícil concebir la posibilidad de la *tentativa*, pues o los actos son preparatorios –y por tanto no punibles– o son de ejecución, y en este caso coinciden con el núcleo mismo del verbo rector (art. 22 C. P.).

h. LA AUTORÍA Y LA PARTICIPACIÓN

Sólo pueden ser autores inmediatos, coautores y autores mediatos quienes tengan la calidad de servidores públicos.

La coautoría puede presentarse en cualquiera de sus dos modalidades, bien realizando todos los coautores la descripción típica o distribuyéndose las tareas criminales –pueden concurrir servidores públicos en sentido propio y/o por asimilación– y para lograr su realización, de allí que resulte inconcebible por razón de la especial relación de deber que cobija a todo servidor público pensar en la complicidad de quien tenga tal calidad. Todos los servidores públicos son garantes del correcto funcionamiento de la Administración Pública y en consecuencia deben velar por que los comportamientos oficiales se desarrollen dentro del formato del Estado de Derecho, esto es, todo comportamiento que tenga que ver con el cargo o ejercicio de funciones tiene que estar precedido y desarrollado acorde con la conformidad institucional.

Es posible la autoría mediata si un superior jerárquico prevalido de su cargo de magistrado y mediante engaño instrumentaliza a un notificador para que realice exigencias indebidas a un usuario de la Administración de Justicia.

Puede en cambio obtenerse la *participación* de un tercero que, por ejemplo a título de *cómplice*, preste ayuda al servidor público en la formulación de la exigencia, o en la determinación mediante la inducción, orden no vinculante, consejo, asociación o en la solicitud al sujeto pasivo para la obtención de la indebida utilidad.

En los eventos de participación si no se tiene la calidad típica debe procurarse la rebaja punitiva del artículo 30 inciso final del C. P. de 2000.

19 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Sentencia del 22 de octubre de 1996, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

En los eventos de particulares que ejercen funciones públicas, por ser servidores públicos asimilados, resulta obvio que también tiene cabida la rebaja de pena arriba mencionada.

2. EL TIPO SUBJETIVO Y EL ERROR DE TIPO

El sujeto activo y los partícipes deben conocer los componentes del tipo objetivo y querer su realización. Es muy difícil, por no decir imposible, pensar que un servidor público pueda desconocer dichos elementos, pues los mismos están íntima e inescindiblemente vinculados con la naturaleza de la investidura oficial y de las funciones que se realizan.

De todos modos, de presentarse un error sobre los elementos del tipo objetivo, bien sea invencible o vencible, la conducta resulta atípica si al menos no subsisten los elementos que configuran un abuso de autoridad.

Es muy difícil pensar en el dolo eventual, puesto que, como se señaló, no es posible pensar que el sujeto agente no se encuentra consciente y voluntariamente dispuesto a la realización del tipo objetivo.

3. APARENTE CONCURSO DE TIPOS

En razón de que la concusión contiene dos elementos comunes a otros tipos, como el abuso del cargo y el constreñimiento, puede plantearse un aparente concurso de normas, principalmente con las siguientes figuras que le son próximas.

a. CON EL ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO

Este delito lo contempla así el artículo 416 del C. P. de 2000:

El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto incurrirá...

La concusión implica, como ya lo dijimos, en el fondo un abuso de autoridad, comoquiera que se comete un acto arbitrario contra una persona por parte del servidor público. Sin embargo, como el tipo de concusión se refiere a una específica forma de arbitrariedad, especialmente contemplada (la dádiva, el dinero

y la utilidad indebidos), se presenta un aparente concurso que se resuelve a través del principio de la subsidiariedad.

b. CON EL CONSTREÑIMIENTO ILEGAL

En este tipo, al igual que en la concusión, el agente obliga a alguien a "algo" (art. 182 C. P. de 2000). Sin embargo, en la concusión tenemos elementos especiales como el sujeto activo (servidor público), ingredientes normativos (abuso del cargo o de la función) y además se obliga a la víctima a algo muy preciso: la promesa, el dinero o la utilidad indebidos.

c. CON LA EXTORSIÓN

En este delito el agente obliga a alguien a ejecutar algo que no quiere, con la intención de obtener un provecho ilícito de carácter patrimonial o con sentido económico (art. 244 C. P. de 2000). Aun cuando la acción (constreñimiento) es igual a una de las modalidades de la concusión, la diferencia radica no sólo en los bienes jurídicos protegidos, sino en la calidad del sujeto agente (particular-servidor público), y en el abuso del cargo o de la función, que sólo puede darse en la concusión. Este aparente concurso de tipos se resolvería a través del principio de la especialidad. Respecto a este aparente concurso ha dicho la Corte:

Es así como en la extorsión el sujeto activo del constreñimiento es indeterminado; la imposición que se ejerce sobre la víctima puede ser de cualquier índole, como que las formas verbales hacer, tolerar u omitir abarcan todas las posibilidades del comportamiento humano; y la intencionalidad se dirige a la obtención de un provecho ilícito, esto es, contraviniendo la normatividad.

En la concusión el autor de la conducta se ha restringido a los empleados oficiales, quienes pueden realizarla en tres modalidades distintas: constriñendo, induciendo o solicitando; no obstante, no basta asumir una de estas formas de actividad y la calidad de empleado oficial, sino que es indispensable que aquellas estén vinculadas a esta de tal manera que impliquen el abuso del cargo o de las funciones. Ahora bien, la actuación forzada que se impone a la víctima está circunscrita al hecho de dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, por lo que es evidente que el sujeto pasivo es compelido a realizar actos positivos, ya no a permitir o dejar de hacer; así mismo, se advierte que el objeto sobre el cual recaen aquellos procederes es una utilidad indebida —incluyendo el dinero—, por lo que la característica que la califica es más amplia que en la extorsión, habida cuenta de que lo indebido se refiere no solamente a lo ilícito sino a eventualidades en las cuales, sin ser ilícita la utilidad, no es equitativo o justo obtenerla. Y finalmente, ha de convenirse que el propósito de obtener un provecho ilícito es el elemento subjetivo de

la extorsión, en tanto que el dinero o la utilidad indebidos de la concusión son los objetos sobre los cuales recae la conducta forzada impuesta a la víctima²⁰.

4. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Resultan difícilmente pensables casos de presencia de causales de justificación en este tipo de delitos.

Sin embargo, guardando las respectivas relaciones y especificidades, excepcionalmente sería pensable un estado de necesidad por razones económicas.

Podría pensarse en una legítima defensa cuando un servidor público es atropellado por otro con una actuación arbitraria mediante la cual persigue ilícitamente registrarle su escritorio y el segundo lo constriñe que de proceder en tal forma le ordenará un lanzamiento de un bien por razón de un pleito que tiene pendiente de fallar como inspector de Policía, caso en el cual se configuraría una legítima defensa.

5. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Es posible, pero muy difícil de configurar en la práctica, un error de prohibición directo, pues la ilicitud de la concusión es manifiesta y causa repulsa a la conciencia colectiva y al sentimiento de justicia de una comunidad civilizada, de manera que la conciencia de la antijuridicidad siempre se presentará como actual.

Tal vez resulte más viable pensar en un error de prohibición indirecto como sucedería si en los eventos señalados se incurriera en un yerro respecto de los elementos objetivos-fácticos de una causal de justificación por estado de necesidad o legítima defensa.

Miedo insuperable e insuperable coacción ajena son posibles en zonas donde el servidor público ejerce sin apoyo material-real de la autoridad encargada de la fuerza legítima del Estado.

6. PUNIBILIDAD

El Código Penal de 2000 sólo introdujo al tipo penal en estudio modificaciones a nivel de la punibilidad, pues se le aumenta tanto la pena privativa de la libertad como la multa:

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de abril de 1992, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

Artículo 404. *Concusión*. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

Las variaciones que incluye el tipo penal en el Código Penal actual son:

1. La pena mínima queda en 6 años; en comparación con el Código Penal anterior se aumenta en 2 años; así mismo el tope de la pena máxima pasa de 8 a 10 años.
2. Se cambia la expresión interdicción por inhabilitación para ajustarla al léxico constitucional.
3. La inhabilitación de derechos y funciones públicas será de 5 a 8 años. Antes era por el mismo término de la pena principal.

CAPÍTULO TERCERO
Cohecho

I. NOCIÓN

El cohecho es conocido también con el nombre de "corrupción" y es la "venta" de la función pública por parte del servidor público. Podría decirse que se trata de un tipo bilateral, comoquiera que comete el hecho tanto el servidor público que ofrece como el particular que recibe el dinero o la dádiva, salvo el artículo 407 del C. P. de 2000, donde sólo lo comete el delito el particular.

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal se ha ocupado de la definición:

Figura el cohecho, sin duda, entre los delitos graves que atentan contra la Administración Pública. Es germen activo de descomposición social y se considera como ruina moral de las naciones, porque quienes han sido escogidos para preservar la moralidad pública y mantener la organización de la comunidad, para lo cual se les dota de excepcionales recursos, olvidan sus fundamentales obligaciones y vuelven su poder contra la sociedad misma. Desatan el desorden y conmueven las bases jurídicas y éticas del Estado. El funcionario o empleado que lo realiza desconoce los principios morales y legales que rigen su actividad, ordenadores de la forma como debe realizar sus funciones; y quien con él pacta la ilícita retribución, tiene bases seguras para desconfiar de la bondad y rectitud de las funciones públicas y de sus ejecutores y para continuar con el deterioro de la facultad oficial que se le ha vendido. El funcionario o empleado público que así se comporta "menoscaba el derecho y el recto funcionamiento de la Administración Pública"; por ello se suele omitir consideraciones sobre el daño o peligro patrimoniales.

El cohecho constituye una evidente corrupción. Por eso se le conoce con este nombre, como también con el de baratería. Este último porque el funcionario se engaña a sí mismo al dar algo inestimable (la función pública) por cosa de menor valor (el dinero, la promesa remuneratoria). En forma concisa se dice que consiste en pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido. Sus dos formas principales, en clasificación que exhibe notorio fundamento y acierto, son el cohecho propio depravado y el cohecho simple o impropio. El primero representa un pacto mediante el cual por dinero, dádiva o promesa remuneratoria, se omite o retarda el acto que está obligado a ejecutarse o se realiza de modo contrario a sus deberes oficiales; hay, evidentemente, una disconformidad con la ley en cuanto al ejercicio de una función. El segundo, que supone el mismo acuerdo y la misma relación causal entre retribución y acto, exige que éste sea justo y conforme a los deberes del cargo. No hay, en su ejecución, un rechazo de la atribución que se tiene, pero se realiza ésta o se toma la decisión, por el dinero o la dádiva entregados a la promesa remuneratoria ofrecida. Los artículos 160 y 161 del C. P. de 1936, representan los modelos de estas dos actividades.

Cuando la ley no fija una posibilidad de retribución, todo lo que sea demanda de la misma o exceso de la autorizada, constituye el delito de cohecho impropio o simple.

La retribución carece de causa legal y es intrínsecamente ilícita. Para nada cuenta que el acuerdo de venta sea directo o por medio de otra persona, que suele ser la modalidad más frecuente. Basta que aparezca el consentimiento y el interés del funcionario y la relación causal entre acto y retribución. El ingrediente doloso se satisface con la conciencia y voluntad de corromperse, exteriorizadas en la recepción del dinero, sabiéndose que no hay título legal para ello¹.

II. ANTECEDENTES

El Código de 1936 contemplaba las siguientes modalidades de cohecho: impropio (art. 160), propio (art. 161), por concertación (art. 162), activo (art. 164) y aparente (art. 165).

El anteproyecto de 1974 conservó en líneas generales las modalidades principales del cohecho y creó una circunstancia de atenuación cuando se recibía el dinero o la dádiva por acto ya cumplido (art. 165). En cuanto al cohecho por el particular —y pensando en permitir la denuncia del servidor público— estableció para aquel una pena no privativa de la libertad (art. 167). La pena privativa de la libertad se dejó sólo para el evento de que el sujeto agente fuere “apoderado o consultor”.

El proyecto de 1976 conservó las mismas directrices, sólo que estableció pena de arresto para el cohecho del particular, con exención de pena en caso de confesión (art. 170). Así mismo estableció una pena privativa de la libertad (6 meses de arresto) para el caso del cohecho aparente.

III. CLASES DE COHECHO

El Código Penal de 1980, modificado por la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), dejó finalmente como modalidades de cohecho las de cohecho propio (art. 141), impropio (inc. 1.º art. 142), por dar u ofrecer (art. 143) y aparente (inc. 2.º art. 142).

El Código Penal de 2000 conservó intactas las descripciones típicas anteriores, modificando exclusivamente lo relacionado con la punibilidad.

¹ Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de agosto de 1976, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Extractos de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, julio-diciembre de 1976, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá, pp. 40 a 42.

A. COHECHO PROPIO

El artículo original del Código Penal de 1980 tipificaba el cohecho propio en el artículo 141, así:

El empleado oficial que reciba para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, incurrirá en prisión de 1 a 5 años, en multa de 5.000 a 100.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

El artículo 22 Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) introdujo algunas variantes al tipo penal:

El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de 4 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Las modificaciones que realizó el citado estatuto al artículo 141 del C. P. de 1980 son las siguientes:

1. La pena mínima de prisión se aumentó 3 años, esto es, pasó de 1 a 4 años; igualmente para la pena máxima, que pasó de 5 a 8 años.
2. Se incrementó considerablemente la pena de multa, que actualmente era de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Se sustituyó la expresión "empleado oficial" por la de "servidor público", de acuerdo con las modificaciones hechas por la Constitución de 1991.
4. La pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas tendrá una duración igual al término de la pena principal de prisión, de acuerdo con la dosificación que realice el juez.

El artículo 405 del C. P. de 2000 consagró el cohecho propio:

El servidor público que reciba para sí o para otro dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de 5 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

Como se puede apreciar, las reformas introducidas alcanzan exclusivamente aspectos de la punibilidad.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

Como se afirmó con anterioridad, el tipo objetivo fija los límites de la prohibición en cuanto figura que determina la afectación punible del bien jurídico.

— SUJETO ACTIVO

Sujeto activo de esta modalidad específica es el servidor público.

Claro está que si el servidor público “recibe”, ello supone la existencia de *un particular que “da”*. Por este aspecto se trataría de un tipo bilateral de encuentro. Aquí cada uno de los sujetos realiza su conducta por separado (dar y recibir), para el mismo fin, y adecua su conducta a tipos legales diversos pero que protegen el mismo bien jurídico.

Puede afirmarse que lo esbozado para la concusión se predica en este aparte del cohecho.

— SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico de la Administración Pública, único bien que resulta afectado con la conducta del actor.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Se protege igual interés que en la concusión. También la antijuridicidad material está dada por la deformación del instituto funcional en la submodalidad de afectación a los fines estatales e interés general.

Lo mismo predícase de las especies de cohecho que más adelante se estudiarán.

— OBJETO MATERIAL Y LA ENTIDAD DE LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El objeto material lo constituye el dinero, la utilidad o la promesa remuneratoria.

Al igual que en la concusión, aun cuando por lo general la “utilidad” tiene un contenido económico, bien puede tener otro carácter.

No es tampoco indispensable la obtención efectiva de un provecho. Come-
te por tanto delito de cohecho el servidor público que recibe del particular un título de contenido crediticio que al ser presentado es devuelto por falta o insuficiencia de fondos.

Algunos sectores de la doctrina hablan de dos objetos materiales: uno el inmediato —el acto indebido que se negocia— y otro el mediato —el precio o la promesa remuneratoria—.

Al interpretar el concepto de “dádiva” consignado en el Código anterior, la Corte Suprema de Justicia opinó que aquella debía ser de alguna entidad para que se estructurara el delito:

Esa dádiva o promesa debe ser, por otra parte, de suficiente entidad, es decir, de tal magnitud que sirva de móvil a la conducta, o sea que haya entre esta y aquella una relación cuantitativa que permita equipararlas. Las dádivas o promesas de escasa significación, esto es, lo que los prácticos llamaban “minúscula”, como en el clásico ejemplo de la canasta de frutas, aunque objetivamente puedan configurar la conducta punible de que se trata, no los acepta la doctrina moderna como cohecho, a no ser que se trate de dádivas reiteradas².

En tales eventos, si bien no hay antijuridicidad material, sí se configura una falta disciplinaria (num. 3 art. 35 Ley 734 de 2002).

En cuanto a la promesa remuneratoria, no es indispensable que ésta efectivamente se cumpla, en razón de que, como ya se anotó, no se requiere la obtención efectiva de un provecho por parte del sujeto activo.

— CONDUCTA

Los verbos rectores son recibir y aceptar: se trata por tanto de un tipo compuesto alternativo.

Como *elemento normativo del tipo* se tiene que la recepción del dinero o la aceptación de la promesa deben realizarse “para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales”.

Esta es la forma más grave de cohecho, como quiera que la recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa están encaminadas a la ejecución de una acción ilegal. Esa acción ilegal puede ser el no cumplimiento del deber (en cuanto a la omisión se refiere) o la ejecución de un acto contrario a las normas legales.

Ejemplos de la primera hipótesis serían el del juez que recibe dinero para abstenerse de abrir una investigación penal, o para no vincular a un ciudadano como procesado, o para no emitir oportunamente una boleta de excarcelación.

En la segunda hipótesis el servidor público recibe el dinero o acepta la promesa, por ejemplo, para dictar un auto de detención ilegal, o una sentencia

² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de enero de 1979, M. P.: ROMERO SOTO.

absolutoria existiendo mérito para condenar, o para efectuar un nombramiento a quien no reúne los requisitos legales.

Debe existir, como lo enseña la Corte en la jurisprudencia precedentemente transcrita, una relación entre la recepción del objeto material y la conducta oficial indebida del servidor público. De esta consideración se desprenden varias consecuencias para la comprensión jurídica del fenómeno.

En primer lugar, es necesario que el sujeto agente tenga *competencia* para la ejecución de la conducta (activa u omisiva) ilegal. No se trata de la competencia en sentido estricto, sino de la competencia de manera general. Así, por ejemplo, si un juez del circuito que ocasionalmente tiene en su despacho un negocio de competencia del tribunal o de un juez superior recibe dinero para la ejecución de un acto contrario a sus deberes oficiales, comete delito de cohecho, aun cuando en sentido estricto no tiene la competencia para conocer del caso. No comete delito de cohecho, en cambio, el alcalde municipal que recibe dinero para la liberación de un detenido que se encuentra por cuenta de un juez, por cuanto no compete a la autoridad administrativa una decisión de tipo jurisdiccional. Puede en algunos casos, en el ejemplo propuesto, tipificarse un delito de concusión o de estafa.

Por esta misma razón, no comete delito de cohecho el servidor público que recibe dinero *por acto ilegal ya cumplido*, si no ha existido acuerdo previo con la persona que le ofrece la dádiva o la promesa.

— SE EXCLUYE LA TENTATIVA

El delito se consuma en el momento de la aceptación de la promesa o de la recepción del dinero o de la "utilidad". Por esta razón no es concebible, a nuestro juicio, la tentativa en el delito de cohecho, pues o el sujeto agente acepta el dinero o la promesa, caso en el cual no se dan los requisitos de la tentativa señalados en el artículo 27 del C. P. de 2000 (intención de cometer un hecho punible, actos de ejecución, y no consumación por circunstancia ajena a la voluntad del agente).

Podrá pensarse en una hipótesis de lo que en la legislación anterior se llamaba "tentativa desistida" (art. 15 C. P. de 1936). El funcionario pudo, en efecto, haber tenido la "intención" de aceptar la promesa o el dinero, y arrepentirse antes de la aceptación de la misma. En este caso en verdad no cabe hablar de la tentativa, pues las solas intenciones, aun unidas a actos preparatorios, no son punibles en nuestra legislación penal.

— AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Se aplican los mismos criterios ya precisados para la concusión.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El tipo subjetivo tiene, *mutatis mutandi*, configuración semejante a la del tipo subjetivo de la concusión. Sólo que aquí se agrega un ingrediente subjetivo.

El “para” que utiliza el artículo corresponde en el fondo a un ingrediente subjetivo del tipo. Luego si un servidor público detiene, por ejemplo, en forma arbitraria a un sindicado, y luego el interesado, enterado del hecho, le entrega dinero, no se genera propiamente el delito de cohecho por ausencia de esta relación entre la oferta o entrega del objeto material y la ejecución del acto ilegal.

La Corte Suprema de Justicia en auto del 5 de abril de 1984 se refiere al punto analizado y comenta la diferencia entre la legislación italiana y la nuestra, en los siguientes términos:

El tipo de cohecho propio descrito en el artículo 141 del C. P. colombiano —hoy 405 del C. P. de 2000— contiene dos verbos rectores y tres ingredientes subjetivos alternativamente dispuestos, a saber: *recibir* dinero u otra utilidad o *aceptar* promesa remuneratoria, para retardar acto propio del cargo, para omitirlo, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales. Como se sabe, característica de tales ingredientes es la de que siendo finalidades hacia las cuales apunta la conducta del actor, ésta ha de precederlas, lo que significa que en el plano cronológico hay coincidencia entre el comportamiento del agente y el propósito que pretende lograr, pero no entre aquel y la efectiva realización del hecho pretendido cuya concreción material ni siquiera es necesaria para la cumplida adecuación del tipo. En este orden de ideas, el cohecho propio supone en nuestra legislación que la obtención del dinero o la aceptación de la promesa remuneratoria sean coetáneas con la finalidad —“para”— de retardar u omitir acto propio del cargo oficial o de ejecutar uno contrario a los deberes propios de aquel, pero anteriores al efectivo retardo, omisión o ejecución ilegal del acto oficial, si es que estos hechos llegaren a realizarse. En este aspecto existe importante diferencia entre la nuestra y la legislación penal italiana, en cuanto esta última extiende el cohecho propio —allí denominado “corrupción por acto contrario a los deberes oficiales”— a la hipótesis en que el actor reciba el dinero o la utilidad por haber actuado contra los deberes propios de su cargo o por haber omitido o retardado un acto oficial; situación esta no prevista como forma de cohecho en el ordenamiento punitivo colombiano³.

3 ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1985, p. 73. Corte Suprema de Justicia. Auto del 5 de abril de 1984.

En segundo lugar, y por tratarse de un ingrediente subjetivo del tipo, no es necesario que efectivamente el servidor público omita el acto propio del cargo, o ejecute el acto contrario a sus deberes oficiales.

En cuanto al error, vale lo dicho para la concusión.

2. CONCURSO DE DELITOS

Ahora bien, si el servidor público efectivamente omite el cumplimiento de su deber, o ejecuta el acto contrario a sus deberes oficiales, surge entonces un concurso de hechos punibles.

Si de la omisión se trata, podría presentarse un concurso con el prevaricato por omisión. Si se dicta el acto ilegal, surgiría el concurso con el prevaricato por acción⁴. Y si se trata de un acto que no exprese necesariamente una determinación jurídica, esto es, que no tenga la categoría jurídica de resolución, auto, sentencia, dictamen o concepto, el concurso se generaría con el abuso de autoridad si se configura un acto arbitrario e injusto.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD

En términos generales se predica los mismos criterios que se expusieron para la concusión.

4. PUNIBILIDAD

Para esta especie de cohecho el Código Penal de 1980 contemplaba pena privativa de la libertad (prisión de 4 a 8 años), de multa (50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes) e interdictiva (interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal).

El Código Penal de 2000 frente a la disposición que penaliza el delito de cohecho propio introdujo las siguientes modificaciones:

1. Se aumenta un año la pena mínima, esto es, pasa de 4 a 5 años; el tope de la pena máxima se mantiene en 8 años de prisión.
2. Se habla de inhabilitación y no de interdicción.
3. Se establece que la inhabilitación de derechos y funciones públicas será de 5 a 8 años. En el Código Penal de 1980, con las modificaciones introducidas por la Ley 190 de 1995, era hasta por el mismo término de la pena principal.

4 Así la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de segunda instancia del 9 de noviembre de 2003, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 385 de enero de 2004, Edit. Legis, p. 38.

B. COHECHO IMPROPIO

Se denomina así esta especie de cohecho por cuanto el servidor público se limita a recibir dinero por el cumplimiento de su deber, a diferencia del cohecho propio en donde el sujeto agente "vende" una conducta ilegal.

Estaba previsto en el inciso 1.º artículo 142 del C. P. de 1980 así:

El empleado oficial que *accepte* para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años, en multa de 2.000 a 50.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Esta disposición fue modificada por el inciso 1.º artículo 23 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción):

El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Los cambios hechos por el citado estatuto al tipo penal en estudio son los siguientes:

1. La pena mínima pasó de 6 meses a 2 años de prisión y la máxima de 2 a 6 años.
2. La multa ahora es de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Se sustituyó la expresión "empleado oficial" por la de "servidor público", para armonizar el Código Penal con el texto constitucional.
4. La pena de interdicción de derechos y funciones públicas debe ser igual a la pena principal de prisión impuesta por el juez.

El artículo 406 del C. P. de 2000 se ocupó del cohecho impropio así:

El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de 4 a 7 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

En relación con el delito de cohecho impropio, al igual que en el propio, sólo se efectuaron modificaciones a nivel de la punibilidad.

I. TIPICIDAD

Los elementos tipificantes de esta figura, tanto en el ámbito del tipo objetivo como subjetivo, son similares a los del cohecho propio. Así mismo el manejo del error de tipo.

La diferencia está marcada por lo que se propone el sujeto agente, esto es, el servidor público se limita a recibir dinero por el cumplimiento de su deber.

Como es evidente, es un delito de menor entidad, por cuanto el servidor público simplemente recibe dinero "adicional" por el cumplimiento de su deber.

Tal sería el caso del juez que recibe dinero para dictar resolución que decreta una medida de aseguramiento en su modalidad de detención preventiva, en un proceso en el cual se encuentran reunidos los requisitos que para proferir tal determinación exige el Código de Procedimiento Penal, o para expedir una boleta de visita a un detenido, o para conceder un permiso a un sindicado, teniendo derecho a ello. El servidor público afecta con su comportamiento la Administración Pública, no porque ejecute acciones ilegales, sino porque habitualmente el Estado le paga sueldo por el cumplimiento de sus funciones, y por ende cualquier otra prestación que reciba por el mismo concepto de parte de los particulares es evidentemente ilícita. "En el cohecho impropio el dinero se recibe o se acepta el ofrecimiento, por un acto que el funcionario debe efectuar en el desempeño de sus funciones, pero que debía realizar gratuitamente y, sin embargo, recibe por él una gratificación a todas luces indebida"⁵.

La diferencia radica entonces solo en este elemento normativo del tipo, pues en tanto que en el cohecho propio el agente recibe dinero o acepta promesas por violar la ley, en este realiza lo mismo pero por cumplirla.

Por los motivos precedentemente explicados, no se presenta el delito si el servidor público recibe el dinero por acto legal ya cumplido.

Tampoco cabe la tentativa por las razones expuestas al estudiar la figura del cohecho propio.

No es posible el concurso de hechos punibles, pues si el acto es legal no surge un nuevo hecho punible si el servidor público, por ejemplo, recibido el dinero o aceptada la promesa, "cumple" lo prometido mediante la expedición del acto jurídicamente perfecto.

5 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de abril de 1993, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS.

2. OTRAS CATEGORÍAS Y SUBCATEGORÍAS DOGMÁTICAS

En cuanto a la autoría, participación, causales de justificación y culpabilidad rigen, guardadas las diferencias, las mismas reglas que para el cohecho propio.

3. PUNIBILIDAD

La reforma introducida por el Código Penal de 2000 establece lo siguiente:

1. En relación con la pena privativa de la libertad, aumenta el monto de la pena mínima en 1 año, al pasar de 3 a 4 años; el tope máximo se aumenta 1 año, esto es, queda en 7 años.

2. Se cambia la expresión interdicción por inhabilitación.

3. La pena de inhabilitación será de 5 a 8 años. En el Código Penal de 1980 era por el mismo término de la pena principal.

C. COHECHO POR DAR U OFRECER (ACTIVO)

Hemos visto que, en el caso del cohecho, cuando se comete por parte del servidor público simultáneamente también lo comete el particular.

Este aspecto ha planteado graves problemas de orden probatorio, pues de esta manera el servidor público corrupto tiene garantizada su impunidad, ya que sabe que el particular no se atreverá a denunciarlo, por cuanto con ello estaría a su vez confesando la comisión de un delito.

Por esta razón, el anteproyecto de 1974 no establecía pena privativa de la libertad para el particular. Disponía el artículo 167 de ese estatuto:

El que diere u ofreciere dinero o dádiva a los funcionarios o empleados o a los trabajadores de que tratan los artículos anteriores, para los fines allí previstos, incurrirá en multa de 500 a 10.000 pesos.

La pena será de 1 a 4 años de prisión para el consultor o apoderado que realice la conducta descrita en el inciso anterior.

Sobre la misma materia dispuso el artículo 170 del anteproyecto de 1976:

El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial o auxiliar de la justicia en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de 1 a 12 meses, y multa de 500 a 50.000 pesos.

No se aplicará pena alguna al particular si confiesa y coopera a demostrar la aceptación del empleado oficial o auxiliar de la justicia.

Con esta causal de exención punitiva se buscaba permitir la demostración de la conducta indebida del funcionario. Sin embargo, esta última parte no se incluyó en el texto final del Código de 1980.

En efecto, el artículo 143 original del C. P. de 1980 describía la figura así:

El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de 3 meses a 2 años y multa de 1.000 a 20.000 pesos.

Esta disposición fue modificada por el artículo 24 Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción):

El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y prohibición de celebrar contratos con la Administración por el mismo término.

Los cambios que realizó la Ley 190 de 1995 al tipo penal en estudio son los siguientes:

1. Se aumentó la pena privativa de la libertad; la mínima pasó de 3 meses de arresto a 3 años de prisión, y la máxima de 2 años de arresto a 6 años de prisión.
2. Se incrementó la pena de multa, que con la modificación es de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Se consagró una pena interdictiva equivalente al monto de la pena principal.
4. Se impuso como pena accesoria la prohibición de celebrar contratos con la Administración por el mismo término de la pena principal.
5. Se sustituyó la expresión "empleado oficial" por la de "servidor público", para armonizar el Código Penal con la Constitución.

El artículo tenía un párrafo que establecía la extinción de la acción penal para el particular o servidor público—autor o partícipe del hecho punible— que denunciara la ocurrencia del hecho dentro de los 15 días siguientes a su comisión, acompañando pruebas que prestaran mérito para iniciar la investigación penal:

Parágrafo. Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o partícipe particular, efectuada dentro de los 15 días siguientes a la ocurrencia del hecho punible, acompañada de prueba que amerite la apertura de la investigación en contra del servidor que recibió o aceptó el ofrecimiento, la acción penal respecto del denunciante se extinguirá. A este beneficio se hará acreedor el servidor público si denunciare el delito.

En todo caso, si el funcionario judicial no estimare suficiente la prueba aportada para iniciar la investigación, la denuncia correspondiente no constituirá prueba en su contra.

Esta disposición fue posteriormente declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-709 de 1996, al considerar que no perseguir penalmente a una de las personas que participó en el delito genera impunidad:

La norma del artículo 143 del C. P. de 1980 reformado denota una falta de coherencia interna, en el sentido de que el sujeto que da u ofrece la ventaja económica y, por consiguiente, comete el delito es el mismo que posteriormente denuncia el hecho punible y obtiene como beneficio la extinción de la acción penal. Por su parte, el otro sujeto, el servidor público que acepta o recibe dicha ventaja, y por lo tanto también comete el delito, es exonerado de la referida acción. De este modo, se premia en ambos casos a quien delinque y luego denuncia el hecho.

La norma acusada plantea un conflicto entre la eficacia y la impunidad. En efecto, dentro del deber que tiene el Estado de perseguir y sancionar el delito indudablemente las acciones que despliegue con este propósito se vinculan con la idea de eficiencia y eficacia, de modo que los hechos delictuosos no queden impunes. En este orden de ideas, podría admitirse que dicha norma es eficaz en cuanto tiende a debilitar o romper el acuerdo o concierto entre el particular y el funcionario en lo relativo a la negociación de actos propios de la función pública y de todas maneras persigue punitivamente a uno de los autores o partícipes del hecho ilícito. No obstante, la ganancia que se obtiene en términos de eficacia se convierte en una pérdida por la impunidad que se genera al no perseguir penalmente a una de las personas que participan en el ilícito.

La Corte considera que debe darse prevalencia al principio de moralidad de la función pública sobre el principio de eficacia de la actividad estatal. En este sentido, se considera que la norma acusada no se justifica constitucionalmente, porque el beneficio de la extinción de la acción penal es un factor que genera impunidad, en cuanto exonera de acción a quien denuncia, no obstante ser autor o partícipe del delito⁶.

El Código Penal de 2000 estableció en su artículo 407, respecto del cohecho por dar u ofrecer, lo siguiente:

Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

6 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-709 del 19 de diciembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Las modificaciones a este tipo penal no se apartan de lo dicho respecto de tocar exclusivamente la punibilidad.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

El *sujeto activo* del delito de cohecho por dar u ofrecer es entonces indeterminado.

La *conducta* consiste en “dar” u “ofrecer”.

En el caso de que el sujeto activo *dé* al servidor público, surgiría un tipo bilateral si no estuvieren dadas las condiciones para estimar una determinación del servidor público en cohecho, pues ambos cometen el hecho punible, tanto quien “peca por la paga como quien paga por pecar”.

En cuanto al *ofrecimiento*, supone acción delictuosa sólo para el particular, cuando el servidor público rechaza la propuesta indebida.

Se trata entonces de un tipo instantáneo, ya que el delito se estructura con el solo ofrecimiento. Por tanto, no es concebible la tentativa.

No compartimos la posición de algunos sectores de la doctrina que plantean la posibilidad de tentativa para el particular, cuando el servidor público rechaza el ofrecimiento ilegal, porque a nuestro juicio se trata de un tipo penal instantáneo que se configura con el ofrecimiento ilegal que el particular hace al servidor público, independientemente de que éste acepte o no la oferta.

La jurisprudencia así se ha pronunciado al concebir el cohecho por dar u ofrecer como un tipo penal “que se perfecciona con la realización simple de cualquiera de las acciones que el tipo consagra en forma alternativa (dar u ofrecer), independiente del resultado obtenido”; de allí que, por ser un “tipo de peligro, y en razón de su estructura, es de mera conducta y de consumación instantánea”, y en consecuencia no admite tentativa o grados de ejecución imperfectos⁷.

El Código Penal anterior contenía una circunstancia de atenuación para el caso de que la propuesta del particular no fuera aceptada por el funcionario (inc. 2.º art. 164 C. P. de 1936).

La autoría, coautoría y autoría mediata no tienen ningún problema en tanto se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado.

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de noviembre de 2003, M. P.: MAURO SOLARTE PORTILLA, rad. 17.674.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El dolo consiste en conocer que se está ofreciendo dinero y tener la voluntad de hacerlo.

Ahora, la entrega del objeto (en sentido genérico) debe efectuarse, bien para que el funcionario falte a su deber (cohecho propio), o para que cumpla un acto propio de sus funciones (cohecho impropio), o debe realizarse por persona que tenga interés en asunto sometido al conocimiento del funcionario (cohecho aparente).

Si el particular ofrece o entrega el dinero o la dádiva por otra razón, no comete delito de cohecho por falta del elemento subjetivo que desquicia el tipo subjetivo. Tal sería la hipótesis del particular que ofrece o regala joyas a una servidora pública de quien se encuentra perdidamente enamorado.

Es difícil pensar en un error de tipo. De todos modos, sea vencible o invencible, la conducta resultaría atípica por falta del remanente culposos.

2. CONCURSO DE TIPOS PENALES

Podría pensarse que si se configura un cohecho activo nos encontraríamos frente a un concurso entre cohecho por dar u ofrecer y una determinación de un servidor público para que a través de ello, al recibir o aceptar, realice una conducta punible contra la administración pública (concusión, peculado, prevaricato, etc.) en grado de tentativa o consumación. Tal sería un concurso ideal de tipos penales.

Se excluye, si el servidor público no alcanza a realizar el compromiso, un concurso entre cohecho por dar u ofrecer y la determinación de un cohecho por recibir o aceptar. Tal sería un aparente concurso de tipos resuelto por la ley con la creación de la figura autónoma del cohecho activo.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Es viable pensar en un estado de necesidad, por ejemplo si necesitando el particular que se le reconozca urgentemente una cesantía, ofrece dinero al servidor público encargado de reconocerla, toda vez que urgentemente necesita su valor para someter a su hijo a una intervención quirúrgica sin la cual probablemente perdería la vida.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Es viable un error de prohibición indirecto si se modifica el ejemplo anterior sobre la base de que en realidad el niño no se encuentra en grave peligro de muerte.

Es más factible aceptar un error de prohibición directo y falta de conciencia de la antijuridicidad, pues un campesino que necesita entrar a la plaza pública y no tiene el permiso respectivo, dados sus precarios conocimientos y difícil acceso a los valores de la cultura, puede creer erróneamente que su conducta es válida.

No son difíciles de imaginar casos de inexigibilidad de otra conducta por la vía del miedo insuperable o de la insuperable coacción ajena, cuando el sujeto agente vive en un ambiente de violencia y la protección estatal es nula por no existir fuerza pública disponible, como tenía ocurrencia en muchos municipios perdidos en la desesperanza en nuestro territorio nacional.

5. PUNIBILIDAD

La pena principal era de prisión de 3 a 6 años. La disminución cuantitativa y cualitativa de la sanción que establecía el artículo original del Código Penal de 1980 (arresto de 3 meses a 2 años), en comparación con la fórmula del Código Penal de 1936 (prisión de 1 a 5 años), estaba enmarcada dentro del objetivo ya indicado de permitir la investigación del hecho. Finalidad que, como lo vimos, persiguió la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) al contemplar la exención punitiva para quien denunciara la comisión del hecho, pero que posteriormente fue declarada inexequible por la Corte Constitucional, en el fallo ya citado.

El Código Penal de 2000 innovó en lo punitivo así:

1. Se sustituyó la expresión interdicción por inhabilitación.
2. La pena de inhabilitación será de 5 a 8 años. En el Código Penal de 1980 era por el mismo tiempo de la pena principal.
3. Se elimina la referencia expresa a la pena accesoria —incluida por la reforma de la Ley 190 de 1995, que consistía en la prohibición de celebrar contratos con la Administración por el mismo término de la pena principal.

Finalmente, cuando el particular decide denunciar al servidor público que incurre en cohecho, si bien no existe hoy por hoy una norma particular, resulta claro que operan las reglas de colaboración con la justicia de que se ocupa el Código de Procedimiento Penal.

D. COHECHO APARENTE

En esta modalidad del cohecho el servidor público se limita a recibir “dádivas” —en términos generales— otorgadas no en razón de una finalidad específica sino en consideración a su cargo. Aun cuando parece ser la forma menos grave de cohecho, a nuestro juicio es la que más seriamente puede comprometer la independencia del funcionario público por lo sutil de su realización. Con esta conducta se busca obte-

ner el favor, la buena actitud, la buena voluntad del empleado hacia el "donante". Es el caso frecuente de los "regalos" dados a los servidores públicos por personas que tienen algún interés en un acto actual o futuro del funcionario.

El artículo 165 del C. P. de 1936 tipificaba esta figura así:

Los funcionarios de que tratan los artículos anteriores que recibieren dinero o dádivas, *ofrecidas en consideración a su cargo*, por personas que tengan algún asunto pendiente en su respectivo despacho, incurrirán en la interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Es de anotar que en esta norma el sujeto activo era solamente el funcionario o empleado público, y que la conducta era atípica para el particular. Así mismo exigía dos condiciones en cuanto a la recepción de la dádiva o el dinero: que fueran dados *en consideración a su cargo* y, además, por persona que tuviere algún asunto pendiente en su despacho.

Esta modalidad del cohecho aparente se contempló en el artículo original del Código Penal de 1980, artículo 142 inciso 2.º, así:

El empleado oficial que reciba dinero u otra utilidad de persona *que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento*, incurrirá en arresto de 3 meses a 1 año, en multa de 1.000 a 20.000 pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Esta fórmula fue modificada por el artículo 23 Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción):

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de 1 a 5 años, multa de 30 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Las variaciones realizadas por la Ley 190 de 1995 al cohecho aparente fueron las siguientes:

1. La pena mínima pasó de 3 meses de arresto a 1 año de prisión y la máxima de 1 año de arresto a 5 años de prisión.
2. La pena de multa es de 30 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
3. Se sustituyó la expresión "empleado oficial" por la de "servidor público", para armonizar el Código Penal con el texto constitucional.

El Código Penal de 2000 en su inciso 2.º artículo 406 en lo que hace referencia al delito de cohecho aparente, propone:

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de 2 a 5 años, multa de 30 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

Las modificaciones introducidas siguen los mismos derroteros de los cohechos ya estudiados.

I. LA TIPICIDAD Y OTRAS CATEGORÍAS DOGMÁTICAS

La conducta puede ser realizada tanto por el servidor público, como por el particular, en los términos del inciso 2.º artículo 406 del C. P. de 2000.

No se comete el delito si el dinero o la dádiva han sido entregados exclusivamente en consideración al cargo. Así por ejemplo, si alguien, que no tiene ningún asunto pendiente en el despacho del juez, le envía un regalo el día de su nombramiento, o matrimonio, o cumpleaños, y el juez lo recibe, no se tipifica el delito de cohecho aparente.

Se requiere que el particular tenga algún asunto cuya decisión dependa de la conducta del empleado a quien le envía el “regalo”. No significa que el asunto debe estar materialmente en “manos” del servidor público, pues tal aspecto debe ser entendido en términos jurídico-valorativos⁸.

En este orden de ideas no cometen el delito los empleados que en el mes de diciembre reciben regalos por parte de los departamentos de “relaciones públicas” de las empresas si los “donantes” no tienen algún asunto que deba ser decidido por el funcionario.

Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc. pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial. Más allá de la eficacia de la Administración Pública, también debe precaverse su insospechabilidad, pues no es dable el mantenimiento de ésta cuando el interesado en una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues así no lo diga sí está sobreentendiéndose que se quiere buscar su favor en el asunto del cual conoce. De esta manera hasta la resolución acertada se impregna de dudas y la desviada adquiere matices todavía más graves.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de noviembre de 2002, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

Esta explosión de obsequios y regalos, así nada concreto se pida por ellos, aceptados por el empleado que debía y podía rehuirlos, debe merecer reproche y sanción, porque la justicia resulta estropeada en su buen nombre y termina por deteriorarse por afanes de mero yantar y complementarios, práctica que desde ULPiano se presenta como sórdida e indigna, y en el Deuteronomio se señala al juez: "No torcerás el derecho ni te fijarás en la condición de las personas. No aceptarás regalos, porque los regalos ciegan los ojos de los sabios y se hacen en perjuicio de los justos".

Refulge esta norma —inc. 2.º art. 142, hoy inc. 2.º art. 406 C. P. de 2000— el interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los funcionarios, la cual sufriría por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad, ofrecidos por quien está interesado en asuntos sometidos a decisión del funcionario y por éste aceptados, con los condicionamientos ya indicados. Para el caso, se recalca, atentó contra la buena imagen de la Administración de Justicia el doctor... cuando aceptó invitaciones e ingirió licor con quienes él sabía estaban bien comprometidos con el proceso a su cargo. Y tan fue así que el entonces sindicado y su familia, igual que otros particulares, atribuyeron su detención a esos agasajos⁹.

La pena de prisión es de 1 a 5 años. A nuestro juicio, el incremento punitivo que incorporó la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) fue acertado, como quiera que el funcionario compromete su independencia en el ejercicio de la función pública. Extrañamente, la pena del cohecho aparente es mayor para el particular (3 a 6 años de prisión) que para el servidor público (1 a 5 años de prisión).

El Código de 1936 (art. 166) establecía además para todos los casos de cohecho el decomiso de los dineros u objetos recibidos.

Es de conducta instantánea y por tanto no admite la tentativa.

Autoría, coautoría y autoría mediata son posibles sin problema alguno en tanto se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado.

Tipo subjetivo y error de tipo sufren tratamiento similar al cohecho por dar u ofrecer, aun cuando la modalidad ahora tratada es más sensible a aceptar un error por cuanto su realización no llama inmediatamente a la ilegalidad.

No resultan pensables los aparentes ni reales concursos de tipos penales. Tampoco las causales de justificación, pues la dilatada mediatez entre el comportamiento y lo que se obtendría excluye cualquier apremio.

Los errores de prohibición por desconocimiento de la ilicitud no son excepcionales, dado que la conducta *per se* no contradice la conciencia colectiva de lo ilícito y el sentimiento general de lo justo.

9 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Fallo del 20 de abril de 1989.

2. PUNIBILIDAD

La nueva regulación de la punibilidad introdujo las siguientes modificaciones:

1. En relación con la pena privativa de la libertad se incrementa el monto del mínimo en un año, que pasa de 1 a 2 años, y se mantiene el tope máximo en 5 años.

2. La expresión se muda por la de inhabilitación.

3. La inhabilitación de derechos y funciones públicas será de 5 años. En el Código Penal de 1980 era hasta por el mismo término de la pena principal.

CAPÍTULO CUARTO

Diferencias entre concusión y cohecho

Una de las fronteras jurídicas de más difícil precisión es la existente entre los dos delitos contra la Administración Pública que son la concusión y el cohecho. Se trata de tipos con un mismo sujeto activo (servidor público), que lesionan el mismo bien jurídico principal (Administración Pública), y en algunos casos con resultados similares (recepción de dinero u otra utilidad).

La Corte Suprema de Justicia por intermedio de su Sala de Casación Penal en algunas oportunidades se ha pronunciado sobre el tema en examen:

Es evidente que si se siguiera la orientación común, seguida por parte de la doctrina y jurisprudencia, en cuanto al criterio para distinguir el delito de concusión del de cohecho, basado sobre la teoría de la *iniciativa*, muy seguramente la calificación que se diera al asunto que se examina, sería el de considerarlo como un caso de concusión. De acuerdo con dicha teoría, se daría la figura del cohecho todas las veces que el funcionario público o el empleado público o quien transitoriamente desempeña una función pública, *acepta o recibe*, adhiriendo a la iniciativa del particular, dinero o dádivas o promesas remuneratorias, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones (art. 160 C. P. de 1936). Considerando, en cambio, que se presenta la hipótesis de concusión, cuando el funcionario público o el empleado público o quien está encargado de un servicio público, *pide o solicita* el dinero u otra cualquiera utilidad, tomando él mismo la iniciativa de la indebida exigencia.

En síntesis, y de acuerdo con esta teoría, se estaría en presencia de una concusión, aun en el caso de que habiendo partido la iniciativa del funcionario público para la indebida prestación, el particular hubiera adherido voluntariamente, quedando por tanto impune, aun cuando su adhesión hubiera estado motivada por una razón de ventaja o de provecho personal.

Esta, como se dijo, es tesis recogida por la mayoría de la doctrina nacional, que así la explica el tratadista PACHECO OSORIO cuando al hacer el deslinde entre las dos figuras dice: "Ahora bien, si el funcionario *toma la iniciativa*, y *pide o exige*, explícita o implícitamente, ya no se ha limitado a *recibir o aceptar*, ha hecho algo más, ha cometido una acción más repugnante y audaz reveladora de mayor peligrosidad. Su delito, por tanto, es más grave que el cohecho pasivo simple. Es una concusión, reprimida, con mayor rigor que aquel. Siempre, pues, que la iniciativa de efectuar el ominoso contrato parte del funcionario, debe estarse al título de concusión y no al de cohecho. Y, al contrario, cuando ella emane del particular, el delito será de cohecho y no de la concusión".

De suerte que si se aplicara este criterio al caso que se estudia, habría que calificar la ilicitud como de concusión y no, como acertadamente lo hizo el tribunal de Medellín, de cohecho, en vista de que, y de acuerdo con los términos de la denuncia, la iniciativa para que el denunciante HINESTROZA MONTOYA hiciera los tres préstamos de dinero al ex juez de Cáceres, siempre partió del ex funcionario.

La doctrina más reciente varió el criterio de la distinción, dejando de lado el origen de la iniciativa y con base en un examen profundo de la estructura del delito y del interés jurídico tutelado en cada una de las normas, llegó a la conclusión de que quizá es más técnico considerar la posición de los sujetos en los dos delitos, en cuanto a que, en la hipótesis de cohecho, siendo de su esencia la existencia de un verdadero *acuerdo* mediante el cual el funcionario vende el acto público al particular, las partes estarían operando en un plano de igualdad, mientras que la concusión estaría caracterizada por una posición de superioridad del funcionario público que haría valer esa condición frente al particular intimidándolo, es decir, colocándolo en situación de *metus publica potestatis*.

Debe considerarse además que el dinero o la dádiva que recibe el funcionario público que incurre en cohecho tiene el profundo significado de una *retribución*, de una *recompensa* que paga el particular por el acto del funcionario. En el cohecho, el particular, a cambio de un acto oficial del funcionario, da o promete al mismo, es decir, que entre el acto y la dádiva se establece una necesaria relación de prestación y contraprestación en la cual, al contrario de lo que ocurre en la concusión, tanto el particular como el funcionario resultan gananciosos de la comisión del resto.

De suerte que no es aventurado afirmar, como lo hace algún autor, que todas las veces que el funcionario público ofrece al particular la perspectiva de una ventaja injusta, se dará la figura de cohecho y no la de concusión, porque la concusión es inconcebible sin un daño injusto explícita o implícitamente amenazado al particular por el funcionario público valiéndose de su posición de superioridad y abusando de sus poderes.

Debe tomarse en cuenta también que, por cuanto hace al elemento subjetivo, en el delito de cohecho el dolo de la conducta oficial exige que el funcionario público reciba el dinero o la dádiva o acepte la promesa renunciatoria como una *retribución* por el acto conforme o contrario a la función. De igual manera, la conducta del particular que da o promete debe estar inspirada en la misma razón de considerarla como una *retribución* por el favor que recibe.

Que en el caso de autos se está en presencia de un delito de cohecho, no queda la menor duda. Basta con tomar en cuenta la razón por la cual el denunciante HINESTROZA MONTOYA han formulado su queja contra el ex juez: para que le devuelva su plata “*ya que no cumplió el compromiso de fallar a mi favor*” son sus palabras textuales (fl. 2 vot.). De modo que, \$1.500, tuvieron en la mente del denunciante y la del exjuez beneficiado, ese profundo sentido de la *retribución* que es, como se dijo, característica propia del cohecho¹.

¹ Sala de Casación Penal, año 1976, M. P.: JESÚS BERNAL PINZÓN, en *Extractos de jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia*, julio-diciembre de 1976, Colegio de Abogados Penalistas de Bogotá, pp. 37 a 39.

Posteriormente afirmó:

Lo primordial para dilucidar si se trata de un delito de concusión o de uno de cohecho no es, como lo pretende la defensa, fijar de quién viene la iniciativa sino, ante todo, examinar la posición de las partes en orden a establecer si actúan en un plano de igualdad, como ocurre en los contratos, o por el contrario una de ellas, el particular, se encuentra supeditado a la otra, el funcionario, quien para obtener sus fines hace valer su condición oficial intimidando al otro, es decir, suscitando en éste el *metus potestatis* que lo hace plegarse a la voluntad del agente.

De otra parte, el medio usado no tiene por qué ser siempre, como parece entenderlo el defensor del imputado según sus argumentaciones tanto en audiencia pública como en memoriales, la imposición violenta de su voluntad o de su primacía como autoridad, sino que puede consistir en procedimientos indirectos; “no es necesario, dice MANZINI, que se trate de una coacción absoluta; basta que el sujeto pasivo sea puesto por el agente en condiciones de deber adherir a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, siempre que no le sea posible resistir”².

Continuó manifestando la alta corporación:

Lo primordial para dilucidar si se trata de un delito de concusión o de uno de cohecho no es, como lo pretende la defensa, fijar de quién viene la iniciativa sino, ante todo, examinar la posición de las partes en orden a establecer si actúan en un plano de igualdad, como ocurre en los contratos, o, por el contrario, una de ellas, el particular, se encuentra supeditado a la otra, el funcionario, quien para obtener sus fines, hace valer su condición oficial intimidando al otro, es decir, suscitando en éste el *metus potestatis* que lo hace plegarse a la voluntad del agente.

De otra parte, el medio usado no tiene por qué ser siempre, como parece entenderlo el defensor del imputado según sus argumentaciones tanto en audiencia pública como en memoriales, la imposición violenta de su voluntad o de su primacía como autoridad, sino que puede consistir en procedimientos indirectos: “no es necesario, dice MANZINI, que se trate de una coacción absoluta: basta que el sujeto pasivo sea puesto por el agente en condiciones de deber adherir a la voluntad del funcionario público para evitar un mal peor, siempre que no le sea posible resistir”.

Otro autor, RICCIO, sostiene que “el constreñimiento puede ser también causado por otros comportamientos que no sean propia y verdadera violencia, es decir, por cualquier medio que sin ser explícitamente una amenaza determine la voluntad y cree decisiones en el sujeto pasivo”. Y agrega: “por consiguiente no la iniciativa, sino el

² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 28 de octubre de 1980, M. P.: ROMERO SOTO.

medio usado, la acción querida, la particular situación psicológica del particular, el dolo, establecen si se trata de una concusión o un cohecho"³.

El delito de concusión, en su tipo básico, puede darse, bien porque se abuse del cargo o investidura, o bien porque se abuse de las funciones propias, y tanto cuando se constriñe al sujeto pasivo, cuando se le induce, siempre que quien así proceda sea un funcionario y que la prestación que se exija no sea debida, la cual puede ser para él mismo o para un tercero.

Cuando se trata, pues, de la concusión por abuso de la calidad o investidura que se ostenta, no es preciso que el hecho ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente del delito.

La ley sanciona en este caso la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y del poder intimidante que suscita su mal uso, para hacer a otro una exigencia a que no está obligado.

El abuso del cargo viene a ser, entonces, el medio para la coacción, la cual, al despertar en el constreñido el natural temor que infunde el desempeño arbitrario de la autoridad, determina la prestación indebida. En otros términos, debe haber una relación de razón suficiente entre el abuso de la investidura, el constreñimiento y la exigencia no debida⁴.

Tal y como se desprende de las expresiones verbales rectoras utilizadas en el tipo de concusión, el sujeto activo puede realizar el comportamiento empleando procedimientos violentos, sean éstos físicos o morales (constreñimiento), hábiles o sinuosos (inducción) o simples, directos o llanos (solicitud), pero siempre en abuso del cargo o de sus funciones.

Por ello en todas estas formas de realización (constreñiendo, induciendo o solicitando), el abuso del cargo o de la función, expresan el desequilibrio entre el actor y su víctima, ya que ésta actúa intimidada por el temor de sufrir un perjuicio derivado del poder del funcionario (*metus potestatis*).

Por el contrario, el cohecho impone actitud pasiva del funcionario al aceptar de quien le ofrece, en un plano de equilibrio contractual, dinero o beneficio, allí no existe, por parte de quien hace la oferta, intimidación o temor, solo lo mueve el propósito de torcer a su favor o de un tercero la voluntad del funcionario público⁵.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 30 de octubre de 1980. M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 121.

4 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Auto del 13 de noviembre de 1980. M. P.: DARIO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia penal*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 123.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 6 de junio de 1987. M. P.: RODOLFO MANTILLA JACOME, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 373 y 374.

Más recientemente se ha dicho:

Estos dos delitos contra la Administración Pública se excluyen entre sí y ni siquiera es posible recurrir al denominado “conflicto aparente de normas o de tipos penales”, pues la descripción de estas conductas implica comportamientos subjetiva y objetivamente diferentes. De conformidad con el artículo 140 del C. P. de 1980, existe concusión cuando el empleado oficial abusa de su cargo o de sus funciones para constreñir o inducir a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o los solicite. En el cohecho propio el empleado oficial “recibe” dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales y en el impropio, “acepta” esos beneficios por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones. De la comparación de estas descripciones típicas se colige que en cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña, suscitando en la víctima el *metus potestatis* que lo hace plegarse a la voluntad del agente. En el cohecho *metus potestatis* está lejano de la presunta víctima, quien conociendo el poder del funcionario pretende que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales o simplemente para que cumpla con sus funciones, para lo cual da u ofrece dinero u otra utilidad al empleado oficial, infringiendo, también, la ley penal. Si bien no en todos los casos puede afirmarse que sea determinante precisar de quién viene la iniciativa para dilucidar si una conducta es típica de concusión o de cohecho, como lo afirmó esta corporación en providencia del 30 de octubre de 1980, lo cierto es que en la concusión la víctima actúa determinado por la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial, del cual teme se emplee en su contra. Aun en la “concusión implícita”, llamada así por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende pueda resultar un perjuicio en su contra⁶.

Nos parece, sin embargo, que el problema no puede resolverse con los criterios señalados por la Corte Suprema de Justicia, pues tratándose del ejercicio de la función pública—con su siempre encubierto poder de intimidación— en ningún caso el particular puede estar colocado “en pie de igualdad” con el servidor público.

La diferencia sustancial se encuentra a nuestro juicio en la naturaleza de los verbos rectores: constreñir, inducir, solicitar, en la concusión; y recibir o aceptar, en el cohecho. De ahí se desprende que en la concusión hay siempre

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de febrero de 1989, M. P.: LIZANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA, en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1989, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 56 a 58.

una "exigencia" por parte del servidor público, en tanto que en el cohecho existe una mera aceptación de la propuesta indebida.

Por esta misma razón, el tipo de concusión afecta además la autonomía personal (constreñimiento ilegal), por lo menos en dos de sus modalidades, lo que no ocurre con el cohecho. En alguna medida sí puede afirmarse, en dirección opuesta a la posición de la Corte Suprema de Justicia, que la diferencia sustancial radica en la "iniciativa", que en un caso viene del servidor público (concusión) y en otro del particular (cohecho). Porque evidentemente si el particular "ofrece" por "insinuación" del servidor público, no se trata de un caso de cohecho sino de concusión. Esa es la diferencia fundamental.

Existen otras, como la relativa al objeto material del comportamiento (personal en la concusión, real en el cohecho); a los sujetos (en la concusión sólo comete el delito el funcionario, y no el particular que "da" u "ofrece" presionado); al comportamiento mismo (en la concusión hay un abuso del cargo o de la función, en tanto que en el cohecho sólo se presenta, de manera general, el "abuso de la función"), etc.

Pero todas estas diferencias se desprenden de la que nos parece sustancial y que se refiere, como lo hemos indicado, a la naturaleza de los verbos rectores.

Mientras en la concusión el funcionario genera con su acto de abuso el temor o el error de la víctima llevándola a dar o prometer mediante el constreñimiento, la inducción o la sola solicitud lo que no debe; de la cosa que indebidamente se da u ofrece en el cohecho se desprende el particular por su libre voluntad, sin subordinaciones ni temores, sino a manera de contraprestación dentro de un acuerdo corrupto en el que ya se pactaron bilaterales compromisos —el del funcionario para proferir la decisión que le compete o una contraria a su deber, y el particular la de lucrarse o darle recompensas— cuando menos y con la misma libertad.

En cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está utilizando su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña, suscitando en la víctima el *metus potestatis* que lo hace plegarse a la voluntad del agente [...] Situación ausente en el cohecho, donde ese *metus potestatis* está lejano de la presunta víctima, quien conociendo el poder del funcionario que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes funcionales, o simplemente para que cumpla con sus funciones, para lo cual da u ofrece dinero u otra utilidad al empleado oficial, infringiendo también la ley penal.

Lo cierto es que en la concusión la víctima actúa determinada por la perturbación que en su ánimo produce el poder del empleado oficial, del cual se teme emplee en su contra⁷.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 8 de octubre de 1993, M. P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

En providencia del magistrado JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO se dijo al respecto:

Es cierto que no siempre el origen de la iniciativa será determinante para distinguir el cohecho de la concusión, cuando se trate de los mismos hechos, pero en este caso no sólo hubo dos acciones naturalísticamente deslindables, sino que en una ocasión el estímulo partió reiteradamente del ciudadano oferente, pero en la segunda la solicitud del cheque y la fijación de su valor se hicieron soberanamente por el servidor público. En ambas oportunidades existenciales, el funcionario hizo uso de medios de comisión completamente diferentes, la corrupción pasiva para recibir los presentes y la fuerza arbitraria de su poder (*metus potestatis publicae*) para solicitar el título valor, que se valoran negativamente también de manera distinta por el ordenamiento jurídico, pues en una de ellas se tipifica como cohecho impropio implícito y en la otra como concusión implícita.

De igual manera, cada una de las acciones distintamente disvaliosas también dio lugar a su respectivo desvalor de resultado, pues en el delito de cohecho el funcionario se dejó incentivar por dádivas y puso así en entredicho la imparcialidad de la Administración Pública, mientras que en la concusión, además de tal riesgo contra el equilibrio funcional, se afectó la libre autodeterminación de un miembro de la comunidad.

Por el aspecto subjetivo de la conducta también cabe el discernimiento de dos punibles, pues en el injusto de cohecho el sujeto activo sabía que tenía bajo su órbita funcional un asunto de interés para la persona que desplegaba halagos, a pesar de lo cual los aceptaba, pero en el ilícito de concusión el funcionario tiene conciencia de que induce al ciudadano a entregar lo no debido.

Se ha presentado en este caso la pluralidad de acciones que, al ser desvaloradas tanto en la tipicidad como en la antijuridicidad y la culpabilidad, suponen el surgimiento de dos hechos punibles que concurren materialmente, como acertadamente se dedujo por los juzgadores de instancia, en el acatamiento de la preceptiva del artículo 26 del C. P. de 1980 —hoy del 31 C. P. de 2000—⁸.

8 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 3 de diciembre de 1999, rad. 11.136, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO.

CAPÍTULO QUINTO
Celebración indebida de contratos

En el Código Penal de 1936 no existía un capítulo relativo al régimen de la contratación administrativa, por cuanto en la época de su expedición eran ciertamente pocos los contratos que celebraba el Estado y relativamente pequeña su cuantía. Sin embargo, con el surgimiento de la actividad empresarial del Estado, el aumento considerable de las obras públicas y el desarrollo de actividades antes no contempladas (todo lo relativo a la radio, la televisión y las comunicaciones, por ejemplo), se desarrolló lo que podríamos llamar una rama independiente del derecho administrativo: el derecho de la contratación.

Paralelamente, entonces, surgieron las acciones de funcionarios inmorales dirigidas a obtener ventajas indebidas de su participación en la contratación del Estado. Aparece así, como subespecie del bien jurídico de la Administración Pública, la "contratación administrativa", entendida como el interés del Estado en que la participación de funcionarios en los contratos no esté influida por intereses particulares, unidos a la corrupción administrativa; esto es, que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollen con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad, y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa (arts. 209 C. N. y 23 Ley 80 de 1993).

En materia de contratación, se han establecido una serie de exigencias que deben cumplir tanto la Administración, cuando actúa como contratante, como los particulares, cuando obran como contratistas ante ella.

En tal sentido, y dado que por esta actividad se manejan fondos públicos en busca del interés general, la Administración solo puede hacer lo que por ley le está permitido, al estar su actividad totalmente reglada¹.

Pero además, debe entenderse, muy a pesar de que la jurisprudencia se refiere al delito de celebración indebida de contratos por incumplimiento de los requisitos legales esenciales, que para los tres tipos penales enlistados en este capítulo (arts. 408, 409 y 410 C. P. de 2000) rigen las siguientes reglas:

El servidor público, en desempeño de sus funciones, no solo celebra contratos de índole administrativa [...] también suscribe contratos de derecho privado, es decir de índole civil, comercial o laboral, no regulados por el derecho administrativo [...] Como es de elemental obviedad entenderlo, en la celebración de esta última clase de contra-

¹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 10 de marzo de 1995, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

tos el servidor público debe igualmente lealtad a la Administración, y también en ellos está obligado a cumplir los requisitos que para cada caso la ley establece. La transparencia, moralidad y eficacia de la actividad contractual estatal no puede estar referida a solo una modalidad de contratación, pues tan nocivas pueden ser las consecuencias de una negociación amañada en el ámbito de lo estrictamente administrativo, como en el campo del derecho privado [...] [La Ley 80 de 1993] no hace distinción, y que los contratos celebrados por ella, cualquiera sea su naturaleza, conforman una categoría única (criterio de la naturaleza unitaria de los contratos de la Administración), bajo la denominación de contratos estatales, entendiéndose como tales todos aquellos actos jurídico generadores de obligaciones que celebren las entidades públicas, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad (art. 32 ibíd.) [...] la estructura del tipo penal que define el delito no permite diferenciar entre contratos administrativos entendidos en sentido estricto y los que carecen de esta connotación, ni menos pregonar, a partir de una tal categorización, que la previsión normativa opera en relación con los primeros, con exclusión de los últimos [...] La operancia de la norma que define la conducta, se insiste, dice relación con cualquier tipo de contrato celebrado por las entidades públicas, llámeseles de derecho administrativo, de derecho común o de regulación especial².

I. ANTECEDENTES

Como lo expresamos, el Código de 1936 no traía un capítulo especial, aun cuando contenía dos disposiciones que de alguna manera podían aplicarse a la contratación administrativa. El artículo 162 describía el llamado cohecho por fraude, en los siguientes términos:

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 1 a 8 años.

Y dentro del capítulo de las “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”, como artículo único traía el siguiente:

El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeña funciones públicas, que directa o indirectamente se interese en cualquier clase de contrato u

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 20 de agosto de 1998, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, año 1998, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 355 y 356.

operación en que deba intervenir por razón de su cargo, incurrirá en interdicción perpetua de derechos y funciones y en multa de 100 a 3.000 pesos.

Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros, o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, participación o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos o sucesiones.

El anteproyecto de 1974, dentro del capítulo de las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, se ocupó por primera vez de la celebración indebida de contratos. El artículo 169 establecía:

El funcionario o empleado público o trabajador oficial, que en ejercicio de sus funciones celebre contrato con su consocio en sociedad distinta de la anónima, o con pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incurrirá en prisión de uno a 3 años y multa de 1.000 a 50.000 pesos.

Se impondrá la misma pena cuando el agente realiza la conducta descrita en el inciso anterior con un consocio o con un familiar de quien lo designó o intervino en su designación.

El proyecto de 1976 dedicó ya un capítulo completo a la celebración indebida de contratos e incluyó las siguientes modalidades: a. Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades (art. 171); b. Concertación fraudulenta (art. 172); c. Interés ilícito en la celebración de contratos (art. 173); d. Aprobación o celebración indebida de contratos (art. 174); e. Pactar precios superiores a los permitidos en un contrato de arrendamiento o enajenación de inmuebles (art. 175), y f. Adquisición de objeto inadecuado, obsoleto, inservible, innecesario o suntuario (art. 176).

La comisión redactora del Código Penal de 1976 dejó consignado el significado y alcance del objeto jurídico y su específica tutela, en los siguientes términos:

Dada la especial importancia que en la vida moderna tiene la actividad estatal, que invade campos que antes estaban limitados a la iniciativa particular, y habida cuenta que esa actividad se traduce en la prestación de servicios previa la celebración de contratos que en ocasiones demanda la inversión de grandes cantidades de dinero, se ha considerado que el derecho penal no puede ser indiferente con la actividad del empleado oficial que incumple fundamentales deberes en detrimento del interés colectivo. Así como otras ramas del derecho se han ocupado en señalar pautas mínimas para el servidor público, el derecho penal debe ubicar dentro del elenco de conductas delictivas aquellos comportamientos del empleado que al actuar en la celebración de

contratos viola unas pautas mínimas pero esenciales, lesionando o por lo menos poniendo en peligro intereses pecuniarios del Estado y principalmente el prestigio, eficacia y buen nombre de la Administración³.

Para efecto de los delitos que a continuación se van a tratar, debe establecerse que prima el establecimiento del "contrato realidad" por encima de lo meramente formal. Tal criterio fundamental emana de las propias valoraciones constitucionales, pues en el ámbito general se tiene que prevalece lo sustancial (art. 228 C. N.), y en el específico de la contratación el contrato "por interpuesta persona" se impone sobre el formal (art. 127 ibíd.). También las valoraciones legales en materia de derecho penal imponen tal criterio, según se desprende de la existencia de delitos como el enriquecimiento ilícito y el testaferrato (arts. 326 y 412 C. P. de 2000) y las faltas disciplinarias de fraude a la ley (num. 60 y 61 art. 48 Ley 734 de 2002).

Así lo ha establecido la jurisprudencia penal en sentencia de única instancia del 19 de diciembre de 2000, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, rad. 17088, recientemente reiterada⁴:

En las anotadas condiciones, el contrato se revelaba lícito, pues por convenio interadministrativo se entiende, por definición legal, el celebrado entre sí por entidades estatales (art. 7.º Dcto. 855 de 1994), y ya se dejó visto cómo ambas, tanto el municipio como la administración cooperativa, ostentaban dicha condición, según lo dispuesto en los artículos 2.º de la Ley 80 de 1993 y 2.º del Decreto 2251 del mismo año.

Esta legalidad, sin embargo, sólo era aparente, pues la actividad probatoria demostró que la descisión del procesado de acudir a esta forma de contravención se erigía en una simple patraña para obviar el proceso licitatorio, y favorecer a terceros.

En la sentencia impugnada, el tribunal, al exponer las razones en las cuales sustentaba la decisión absoluta, analizó el primer aspecto (legalidad formal del convenio), pero omitió referirse al segundo.

II. MODALIDADES

De otra parte, los códigos penales de 1980 y 2000 consagraron sólo tres de los delitos mencionados con anterioridad.

3 Cfr. *Actas de la Comisión Redactora del proyecto de Código Penal de 1976*, cit., pp. 96 y ss.

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de enero de 2004, rad. 17574, M. P.: MAURO SOLARTE PORTILLA.

A. VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL O LEGAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El artículo 144 original del C. P. de 1980 establecía:

Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de 1 a 5 años, en multa hasta de 5.000.000 e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 7 años.

Esta fórmula fue posteriormente modificada, primero por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) y luego por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción).

El texto del artículo 57 de la Ley 80 de 1993 establecía:

El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de 4 a 12 años y en multa de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

Con las modificaciones que realizó el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, el texto del artículo quedó así:

El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de 4 a 12 años y en multa de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

Esta disposición posteriormente vuelve a ser modificada por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995:

Para los delitos contra la Administración Pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de acuerdo con la dosificación que haga el juez.

Con las variantes que se introdujeron al artículo 144 del C. P., tanto por la Ley 80 de 1993 como por la Ley 190 de 1995, finalmente el texto quedó así:

El (servidor público) que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en prisión de 4 a 12 años y en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales.

Si se observa con atención, paradójicamente la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) disminuyó la pena de multa para el delito contemplado en el artículo 144 del C. P., modificándola así: de ser entre 20 y 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes la disminuye a una suma de entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El principal cambio que consagra el Código Penal de 2000, en relación con la celebración indebida de contratos, consiste en el aumento considerable de la pena de multa, teniendo en cuenta no sólo el grave daño que este delito ocasiona, sino también el que precisamente a través de este, por lo general, así no se demuestre y según lo indica la experiencia, se incrementa ilícitamente el patrimonio del servidor público que defrauda la confianza que en él deposita el ente estatal. De esta manera se sanciona pecuniariamente al que por tal vía muy posiblemente obtiene dineros indebidos.

En relación con el tipo penal de violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, el Código Penal de 2000 señala:

Artículo 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 4 a 12 años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años.

1. TIPICIDAD

El tipo penal hace referencia no solamente a la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades sino que, además, y en eso consiste la innovación, consagra expresamente la violación a las disposiciones constitucionales al incluir la expresión "*o a lo dispuesto en normas constitucionales*". Lo anterior por cuanto, como lo hemos mencionado, existen muchas causales de inhabilidad e incompatibilidad a nivel del texto constitucional.

Ya antes de entrar en vigencia el Código Penal de 2000, afirmaba la jurisprudencia penal: "En la celebración indebida de contratos por violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades 'la norma obviamente también alude a los preceptos constitucionales, como que el régimen legal parte de la Carta Política'"⁵.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de marzo de 1994, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1994, 1.º sem, Editora Jurídica de Colombia, p. 238.

a. TIPO OBJETIVO

Como se ha dicho, el tipo objetivo delimita las condiciones de tiempo, modo y lugar en que se estima punible la afectación del bien jurídico tutelado.

— SUJETO ACTIVO

El *sujeto activo* es el servidor público. No solamente quien firma el contrato respectivo, sino todos los demás funcionarios que de una u otra forma intervienen en el proceso de "tramitación" del contrato. Pueden cometer el delito, por tanto, entre otros, los directores administrativos y financieros de las entidades públicas, los jefes de oficinas jurídicas, los asesores que emitan un concepto dentro del proceso de contratación, etc.

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 consagró que para efectos de la responsabilidad penal el contratista, interventor, consultor y asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas y están sujetos a la misma responsabilidad que los servidores públicos.

Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

De acuerdo con el artículo transcrito anteriormente, puede incurrir en este tipo penal a título de autor el contratista, interventor, consultor y asesor que intervenga en el proceso de contratación, por cuanto la Ley 80 de 1993 los asimiló a particulares que ejercen funciones públicas, adquiriendo por ende la calidad de servidores públicos y perfilándose como eventuales sujetos activos del delito. Esto es, el artículo 56 en mención opera como un amplificador del concepto de autoría que consagran los artículos 144, 145 y 146 del C. P. de 1980, hoy artículos 408, 409 y 410 del C. P. de 2000.

Nos parece que la creación de esta norma era innecesaria, porque si lo que se buscaba era sancionar penalmente a estas personas, ello podía hacerse aplicando las normas generales de participación del Código Penal. Una extensión de la responsabilidad penal desde este punto de vista podría generar soluciones absurdas, como lo veremos, por ejemplo en relación con el tipo de interés ilícito en la celebración de contratos.

La jurisprudencia penal ha precisado que incurre en tal delito, por vía de lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley 80, el servidor público que contrata encontrándose inhabilitado, pero lo hace por fuera del ejercicio de sus funciones:

Afirma el censor que el procesado no podía ser autor del punible tipificado en el artículo 144 del C. P. de 1980 (fundamentalmente igual al 408 del actual) y que en caso de que exista alguna responsabilidad penal sería en una calidad distinta, sin que explique cuál ni por qué, lo que no sólo redundaría en perjuicio de la claridad y precisión del reparo, sino que desconoce que la casación no es el campo adecuado para plantear hipótesis sino para denunciar y demostrar vicios, al tenor de las causales expresamente señaladas en la ley, y evidenciar su trascendencia.

[...] una interpretación sistemática de dicha disposición, en concordancia con los artículos 127 de la C. N., 63 del C. P. de 1980, entonces vigente, y 8.º y 56 de la Ley 80 de 1993⁶, permiten llegar a la conclusión contraria. Así, es necesario distinguir entre el comportamiento del servidor público que a nombre del Estado actúa como contratante y la del servidor público que directamente, o por interpuesta persona, obra como contratista.

Para que la acción del primero se adecue a las previsiones del artículo 144, citado, se requiere que, *en ejercicio de sus funciones*, intervenga en la celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades. En cambio, la conducta, en calidad de autor, del servidor público que actúa como contratista, no se subsume en dicho precepto, directamente, sino a través del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, pues por expreso mandato de ella se considera que obra en ejercicio de sus funciones.

En otros términos, si al tenor de los artículos 127 de la C. N. y 8.º de la Ley 80 de 1993 los servidores públicos tienen el deber constitucional de no contratar con entidades estatales, por lo que están inhabilitados para ello, el sentido del artículo 56 *ibidem* es el de que comprende no sólo a los particulares sino, con mayor razón, a los servidores públicos que fungen como contratistas. A los primeros, para efectos de imputarles la calidad de autores, no sólo les atribuye la calidad de servidores públicos, sino que considera que actúan en ejercicio de sus funciones. A los segundos, ni siquiera tiene

6 Según el artículo 127 de la C. N., "Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales". Al tenor del artículo 8.º de la Ley 80 de 1993 "son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos en las entidades estatales: [...] f. Los servidores públicos...". Y conforme al artículo 56 *ibidem*: "Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos".

que endilgarles una calidad que ya poseen, sino que apenas tiene que considerar que actúan en ejercicio de sus funciones.

Por otra parte, si ésta no fuera la inteligencia de ese precepto, se llegaría al absurdo de que al particular contratista que celebra un convenio con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades se le considera servidor público en ejercicio de sus funciones y, en cambio, al que ya es servidor público, no⁷.

— SUJETO PASIVO

El *sujeto pasivo* es el Estado como titular del bien jurídico Administración Pública.

— OBJETO MATERIAL

El *objeto material* lo constituye el contrato respectivo. Como se anotó, allí se incluye todo tipo de contrato, los propiamente administrativos y los privados que realiza la Administración.

Incluso se debe entender como contrato las ventas que se realicen en remates y subastas públicas, sean administrativas o judiciales.

En efecto, el inciso 3.º artículo 741 del C. C. dispone:

En las *ventas forzadas* que se hacen por decreto judicial a petición de un acreedor, en pública subasta, la persona cuyo dominio se transfiere es el tradente, y el juez su representante.

Como se puede ver, se trata de un *negocio jurídico*, pues, aunque se realiza forzosamente, se trata de una venta donde el representante del Estado manifiesta una voluntad contractual en el ejercicio de sus funciones públicas.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Se busca proteger el instituto personal en orden a garantizar que el Estado cumpla en debida forma con sus funciones. Ello debe realizarse bajo estrictos parámetros de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad.

Lo antijurídico material está dado por la deformación del instituto personal:

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de abril de 2002, rad. 16.408, M. P.: JORGE CÓRDOBA POVEDA.

El desconocimiento de factores de inhabilidad e incompatibilidad o de procedimientos previamente establecidos para la contratación, por sí solo atenta contra los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad que constitucionalmente informan el ejercicio de la función administrativa al servicio de los intereses generales.

De ahí, aunque se presumiera el reporte de un beneficio económico coyuntural para la Administración por el contratista ilegalmente seleccionado, lo cierto es que la ilegitimidad del medio ya le ha ocasionado un daño al propio aparato administrativo y a terceros, porque a la postre resultan más costosos política y económicamente los métodos basados en el tráfico de influencias y la contraposición de intereses⁸.

— CONDUCTA, ELEMENTOS NORMATIVOS Y TIPO EN BLANCO

La conducta consiste en *intervenir* en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades.

Intervenir quiere decir participar, actuar. El complejo proceso de la elaboración, tramitación y aprobación de un contrato supone la participación de un “enjambre” de servidores públicos.

La *tramitación* es la etapa principal y de mayor duración.

Sobre el tópico ha dicho la jurisprudencia:

El proceso administrativo de contratación es complejo y requiere la intervención de diversos servidores públicos, ya que toda la actuación no puede estar a cargo del representante legal de la entidad.

Ahora, para dilucidar lo planteado sobre la delegación debe acudir al estatuto de contratación administrativa, artículo 12 entre otros, que establece que los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia, para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos, en los servidores públicos que desempeñen cargos de nivel directivo o ejecutivo o sus equivalentes.

El precepto hace referencia a dos fenómenos distintos: la delegación de competencia para celebrar convenios y la desconcentración de licitaciones o concursos, su manejo, desarrollo y evaluación, o sea, su radicación en otras dependencias de la entidad, sin perjuicio de las directrices que corresponde trazar al representante legal, para que la actuación de los subalternos se sujete al interés general.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001, rad. 16.837, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

No puede interpretarse que la delegación cubre los dos eventos, al contrario de lo señalado por el no impugnante, al ser etapas diferentes de la compleja contratación estatal, que no cabe radicar en su totalidad en el representante legal. Esta conclusión es robustecida con lo previsto en otros preceptos de la Ley 80 de 1993, que en su numeral 9 artículo 25 indica que en dichos procesos intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad, que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

Igualmente, en el numeral 10 *ibídem* se establece que los jefes o representantes de las entidades podrán delegar la facultad para celebrar contratos, en los términos previstos en el artículo 12 de dicha ley, mientras que el inciso 2.º artículo 7.º del Decreto 679 de 1994 señala que la desconcentración implica la atribución de competencias para la expedición de actos en los procedimientos contractuales de licitación o concurso, pero no incluye la adjudicación o celebración del contrato.

De tal manera, el representante legal puede delegar la competencia para contratar, sin que la intervención de diferentes servidores en otras fases requiera de delegación, como en los casos de desconcentración o participación de miembros de unidades asesoras o ejecutoras que actúan por mandato legal, o empleados que deban hacerlo dentro de la distribución de funciones, según lo reglamentado en la entidad, como concluyó el representante del Ministerio Público y al contrario de lo argumentado por el no impugnante.

Esta interpretación atiende el principio de economía que rige la contratación estatal, pues atentaría contra la celeridad y la óptima utilización de la fuerza laboral que la ley exigiera al representante legal la realización de todo el proceso respectivo, entre otras razones, ante la gran cantidad de contratos que deban ser celebrados⁹.

La celebración es la firma misma del contrato por quien tiene la facultad legal para ello. Es el acto jurídico por medio del cual se compromete la voluntad estatal:

El tipo penal descrito en el artículo 144 del C. P. —hoy 408 C. P. de 2000— como violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, es delito de mera conducta que consiste en intervenir en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación de dicho régimen legal.

En otras palabras, el delito se consuma con la sola gestión del servidor público a pesar de la inhabilidad o incompatibilidad por él conocida, sin necesidad de que la Administración sufra menoscabo patrimonial ni que el funcionario obtenga rendimientos específicos, caso en el cual la conducta podría conllevar otra configuración diferente¹⁰.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 julio de 2001, rad. 13.681, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

10 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 11 de marzo de 1997, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

El aspecto central en la interpretación de esta norma es el relativo a los *elementos normativos del tipo* y el concepto de tipo en blanco.

La acción del agente sólo es punible en la medida en que en la tramitación, aprobación o celebración del contrato se viole el "régimen constitucional o legal" de inhabilidades o incompatibilidades.

De acuerdo con lo anterior, se ha venido sosteniendo en esta obra, no incurrirá en este tipo penal quien, con violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades, intervenga en la etapa de ejecución o liquidación de un contrato, si tenemos en cuenta que de acuerdo con la Ley 80 de 1993 las etapas de la contratación son las de preparación (pliego de condiciones, num. 5 art. 24), licitación o concurso público (num. 1 art. 24), celebración (arts. 39 y 41), ejecución y liquidación (arts. 60 y 61).

No obstante, en alguna oportunidad, hoy revisada, la jurisprudencia penal opinó lo contrario:

Así mismo, se debe puntualizar que el artículo 146 del C. P. de 1980 (que es igual al 410 de la Ley 599 de 2000, salvo en lo atinente al tipo subjetivo específico, que en este último ya no se exige), contempla tres modelos de comportamiento, a saber: tramitar contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales; celebrarlo sin verificar el cumplimiento de tales requisitos; y liquidarlo sin verificar el cumplimiento de los mismos.

Como quiera que la conducta imputada al procesado fue la primera, sólo de ella se ocupará la Sala.

Tramitar es dar curso secuencial a cualquiera de los actos que se desarrollan con ocasión del complejo procedimiento de la contratación estatal, comprendiendo, por ende, la preparación (registro de proponentes, pliego de condiciones, concurso, adjudicación), la celebración (esto es, la suscripción), la ejecución (realización de la obra, prestación del servicio o suministro del bien), y la liquidación, estando todos, sin excepción, sujetos al principio de legalidad.

Se ha sostenido por alguna parte de la doctrina que la tramitación a la que se refiere el artículo 146 transcrito sólo involucra la etapa precontractual, esto es, la que se desarrolla antes de la suscripción o celebración del convenio, no quedando, por lo tanto, incorporada en ella la ejecución, en forma tal que la inobservancia de los requisitos legales esenciales únicamente puede predicarse de tres precisos momentos del contrato estatal: el trámite (referido sólo a la fase preparatoria), la celebración y la liquidación, habiendo quedado por fuera lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, haciendo la ley un salto de la celebración a la liquidación, para dejar la materia propia de aquel estadio al interés ilícito o a cualquier otro punible que se pueda tipificar.

La Sala no comparte este criterio, por las siguientes razones:

1. No resulta lógico que la inobservancia de los requisitos legales esenciales en una fase del trámite de contratación administrativa, quede por fuera de la descripción del artículo mencionado, máxime cuando, con fundamento en el principio de responsabilidad, los servidores públicos están obligados a vigilar la correcta ejecución del contrato y a proteger los derechos de la entidad.

2. La norma no prevé la tramitación como una etapa previa a la celebración y a la liquidación, sino como un modelo conductual.

Así, no dice: el servidor público que tramite, celebre o liquide contrato sin la observancia de los requisitos legales esenciales, sino que se refiere, como ya se expresó a la tramitación, sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, a la suscripción *sin verificar* que se cumplieron y a la liquidación *sin verificar* que se cumplieron.

En el primer modelo, los actos del procedimiento contractual son realizados directamente por el servidor público, en tanto que en el segundo y el tercero han sido delegados o normativamente están adscritos a otros funcionarios, consistiendo la conducta típica en no constatar, al suscribir el negocio o al liquidarlo, que se desarrolló acatando la legalidad esencial.

Si en la primera especie el trámite es llevado a cabo directamente por el servidor público, bien sea que uno sólo se encargue de todo el proceso de contratación, o que en sus distintas fases intervengan distintos funcionarios, es obvio que todos ellos, incluidos los encargados de vigilar la ejecución, deben observar la legalidad esencial.

3. Así mismo, si se tiene en cuenta que la liquidación es el acto final del procedimiento contractual, no se entendería que el servidor público que liquida el contrato sin comprobar que se cumplió la legalidad esencial, en todo el trámite previo, incluida la ejecución, responda por la figura genérica de "contrato sin cumplimiento de requisitos legales" y que, en cambio, el funcionario que directamente los inobservó (por ejemplo, al autorizar la ejecución u ordenar el pago sin haberse prestado las garantías), no responda por este punible¹¹.

A continuación la posición actual de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual, por demás, en enjundioso estudio, trata el tema integral de los tipos de celebración indebida de contratos:

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de marzo de 2002, rad. 13.085, M. P.: JORGE CÓRDOBA POVEDA.

El legislador tiene establecido, con carácter progresivo, requisitos de existencia, validez y eficacia de cada una de las fases previa, concomitante y posterior, que componen la contratación estatal, referidas al trámite, celebración, y liquidación del contrato, y en esa misma medida ha indicado el ámbito de protección que a través de la conminación de una pena, amerita la transgresión en cada una de ellas.

No puede resultar desconocido que el principio de legalidad o de reserva —como límite al ejercicio del poder punitivo del Estado— tiene fundamentación política en la constitución del modelo de aquél como social y democrático de derecho, se halla íntimamente vinculado con la teoría de la tridivisión de poderes, y se asienta en la prerrogativa exclusiva del Parlamento para, a través de la ley, expedir códigos y establecer limitaciones a la libertad mediante la determinación abstracta de conductas punibles y la correspondiente restricción a los derechos por medio del preestablecimiento de la pena.

Parejo a este principio, se halla el de sometimiento estricto del juez al imperio de la ley, quien sólo está facultado para calificar como delito aquellos comportamientos que aparecen formalmente definidos como tales por el ordenamiento penal sustantivo, de manera escrita, estricta, cierta y previa, es decir, determinados de manera clara, precisa y con anterioridad al hecho en el estatuto punitivo.

Si bien el tipo penal contenido en el artículo 144 del Decreto 100 de 1980, con las modificaciones introducidas por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, y los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995, y hoy en día por el artículo 408 del nuevo C. P. (Ley 599 de 2000), podría catalogarse como de aquellos denominados doctrinariamente tipos penales en blanco, en cuanto para consolidar su contenido material es necesario remitirse a otros ordenamientos, especialmente pertenecientes al ámbito del derecho administrativo, ello no significa que el juez no se halle atado al principio de reserva y, con él, en la imposibilidad jurídica de llenar los vacíos que ésta presente, siéndole vedado, por tanto, establecer como penalmente relevante cualquier hipótesis que no se halle perfectamente determinada e identificada como delito.

Así entonces, bajo el entendido de que la contratación estatal corresponde a la idea de proceso complejo que involucra la necesaria realización de etapas previas, concomitantes y posteriores a la celebración del negocio jurídico, el ordenamiento penal no solamente remite a otras disposiciones normativas que permiten establecer con precisión su alcance, sino que además, señala las etapas del trámite contractual que ameritan protección a fin de sancionar especiales comportamientos desconocedores del interés general, o que constituyen atentados a la legalidad contractual del Estado, o afectaciones del patrimonio público, sin perjuicio de que conductas no comprendidas en los tipos especiales configuren otro tipo de delitos contra la Administración como peculado, concusión, cohecho, o una figura delictiva distinta, como falsedad, por ejemplo.

De la lectura de los artículos 144 a 146 del Decreto 100 de 1980 (arts. 408 a 410 nuevo C. P.), sin dificultad se observa la determinación de las etapas del proceso contractual en que en cada caso el correspondiente tipo encuentra realización:

Así, el artículo 144 establece que “El servidor público que en ejercicio de sus funciones *intervenga* en la *tramitación, aprobación o celebración* de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades incurrirá...”.

El artículo 145 preceptúa que “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...”.

Y el artículo 146 establece que “El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para un contratista o para un tercero, *tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá...*”.

Mientras la violación del régimen legal y constitucional de inhabilidades e incompatibilidades se manifiesta durante las fases de *tramitación, aprobación o celebración* del contrato, no así durante la ejecución y liquidación que son posteriores a aquellas, el interés indebido en la contratación se predica no sólo de todas las fases previas y concomitantes del contrato, esto es de su formación y celebración, sino también de aquellas actuaciones administrativas posteriores que implican la ejecución del mismo, y que se realizan por medio de las denominadas *operaciones administrativas* a través de las cuales se persigue ejecutar la voluntad de la Administración plasmada en el contrato, en orden a buscar su efectivo cumplimiento y la satisfacción del interés general, y particular de la entidad contratante.

Y el tipo de contrato sin cumplimiento de requisitos legales esenciales, por su parte, encuentra realización cuando se *tramita, celebra o liquida* inobservando el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, sin que el legislador hubiere previsto para la configuración de este delito lo relativo a los requisitos legales esenciales para la ejecución del contrato, pues de la celebración del contrato hace un salto a la fase de liquidación, y deja la materia propia de la ejecución a la descripción del delito de interés indebido en la contratación, o a cualquier otro delito que pueda tipificarse durante ella, por ejemplo falsedad, concusión, cohecho, peculado, etc. [...]

Y es que en la fase de ejecución del contrato el servidor público puede interesarse en que, por vía de ejemplo, la entidad o persona contratista vincule como operarios o consultores a determinadas personas, o se adquieran determinados bienes con alguna empresa en particular, o se beneficie a la entidad contratista mediante la no declaración de caducidad del contrato a pesar de su incumplimiento, o se deje de aplicar alguna otra sanción contractual o legalmente prevista, o se permita entregar los bienes o servicios en cantidad o calidad inferior a la contratada, o en plazos o en lugar distintos de los pactados.

No se trata, pues, de un olvido del legislador de incluir en el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades la intervención indebida del servidor público en la fases de ejecución y liquidación, pues acorde con la previsión esta-

blecida en el artículo 8.º de la Ley 80 de 1993, las inhabilidades e incompatibilidades no sólo son taxativas, sino que se predicán de la participación “en licitaciones o concursos y para *celebrar* contratos con las entidades estatales”, no de la etapa de ejecución, pues en ella la voluntad de la Administración plasmada en el contrato administrativo se manifiesta, como se ha dejado expuesto, a través de las denominadas operaciones administrativas que corresponden a un fenómeno posterior a su existencia y perfeccionamiento y con el que se busca materializar el consentimiento expresado en aquél, es decir, hacerlo operante desde el punto de vista de su eficacia.

En tal medida, durante la fase de ejecución del contrato no solo existen obligaciones para la entidad contratante, sino prerrogativas que le permiten exigir del contratista el cumplimiento de lo convenido en los términos acordados, que se realice dentro de los plazos pactados, en el lugar estipulado, la continuación en la ejecución de lo convenido, el derecho de dirigir y de controlar su ejecución, así como la potestad de modificar unilateralmente los términos pactados para ajustarlos a las reales necesidades de la Administración, pudiendo incluso rescindir el contrato o aplicar las sanciones legal o contractualmente previstas para el caso de incumplimiento.

Debido a ello, dada la característica material que ostenta la fase de ejecución contractual, por ende de las operaciones administrativas a través de las cuales se realiza, termina siendo un contrasentido aplicar en dicha etapa un régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las fases previas y de celebración de contratos con el evidente riesgo de incurrir en la utilización excesiva de elementos normativos que en la práctica conducirían a dejar en manos del juez la determinación del alcance del tipo penal.

De ahí que no resulte acertado el criterio expuesto en el fallo materia de impugnación, en el sentido de que todo lo que tenga que ver con la contratación administrativa constituye “trámite”, pues se asegura sin mayor análisis que “el concepto tramitación para efectos penales es de amplia cobertura, en el entendido que comprende no apenas los pasos previos a la contratación (licitación, concurso), la propia suscripción del convenio, sino también su ejecución, terminación y liquidación”, lo cual no se compadece siquiera con la etimología del término, entendido por la Real Academia como “cada uno de los estados y diligencias que hay que recorrer en un negocio hasta su conclusión” —que en materia jurídica se tiene entendido corresponde a los pasos que la Administración debe seguir hasta la fase de “celebración” del compromiso contractual—, ni con las expresiones utilizadas por el estatuto punitivo para definir las conductas que ameritan protección penal, coincidentes con las fases que la contratación estatal ostenta.

Si la pretensión del Parlamento hubiera sido conferir el carácter de “trámite” a todo el proceso contractual desde el nacimiento de la necesidad que amerita satisfacción, hasta su liquidación, la definición comportamental del delito no habría sido la contenida en el artículo 146 del Decreto 100 de 1980 —hoy 410 del C. P. de 2000—, sino otra distinta. Habría dispuesto, por ejemplo, “el servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esencia-

les incurrirá en...", sin incluir el aparte siguiente relativo a que "o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos".

Del mismo modo, habría sido suficiente, de acuerdo a la tesis del tribunal, que, en relación con el tipo de violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, sancionara con pena al "servidor público que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación de un contrato con violación del régimen constitucional o legal de inhabilidades o incompatibilidades", sin agregar las fases de "aprobación o celebración".

Tampoco, en relación con el tipo de interés ilícito en la celebración de contratos, habría incluido el legislador la expresión "u operación en que deba intervenir por razón de su cargo", pues, de acuerdo con la tesis del juzgador de alzada, sobraría la distinción entre contrato y operación administrativa, siendo suficiente con sancionar al servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero en la tramitación de cualquier contrato.

Esta manera de razonar del juzgador contraría la voluntad de la ley, conduce a admitir que aun en la postrera fase de liquidación del contrato el servidor público encargado de ella está obligado a verificar nuevamente si en las etapas previas y concomitantes a la celebración del contrato se cumplió por ejemplo con el principio de planeación, y lo autorizaría incluso para cuestionar la legalidad de la convocatoria a contratar, la licitación o el concurso, el contrato mismo y las obligaciones adquiridas por las partes contratantes, con menoscabo de la presunción de legalidad que ampara los actos de la Administración, y suplantar de tal modo la función del órgano jurisdicente de resolver las controversias que entre las partes se susciten. Es decir, un caos en materia contractual, conllevando incluso la parálisis de la Administración, todo lo cual repugna a la seguridad jurídica establecida de antaño a partir del principio según el cual el contrato es ley para las partes mientras éstas no lo rescindan o se declare la nulidad por el órgano competente.

Por ello resulta un despropósito sostener, como se plasmó en las consideraciones del fallo, que "es acertado tipificar la conducta como *violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades*, porque es indiscutible que el procesado, al establecer contacto en los términos mencionados con la firma [...] y comprometerse a confeccionar [...] hecho finalmente cumplido, *intervino en la tramitación contractual, cuando ya ésta cursaba su etapa final*, valiéndose de un tercero para hacerlo"¹².

Contiene el tipo penal dos elementos normativos: los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, de naturaleza jurídica extrapenal. Lo que debe entenderse por cada cual será objeto de tratamiento más adelante.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de mayo de 2003, rad. 164.699, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

Empero, cuáles situaciones son consideradas como inhabilidad o incompatibilidad, es asunto deferido a definición normativa. Por ello se trata de un tipo penal en blanco, ya que la remisión es excesivamente genérica: al “régimen constitucional o legal”.

Sobre el tema la jurisprudencia penal ha dicho:

De la celebración indebida de contratos por violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades se tiene “que se trata de una ley penal o tipo penal en blanco, porque para determinar el contenido de su precepto es necesario acudir a otras normas legales”¹³. En verdad la norma invocada contiene un tipo penal en blanco, cuya integración se cumple con las normas pertinentes de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública)¹⁴.

Estos regímenes constitucional y legal pueden ser múltiples, con lo que se varía también la norma penal integral.

Las inhabilidades e incompatibilidades son conceptos que tocan con la capacidad para contratar y en los cuales la ley indica quiénes no pueden celebrar un contrato con una entidad estatal a pesar de ser legalmente capaces para los otros actos jurídicos, en los términos de la ley¹⁵.

Las inhabilidades se han definido como aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él; y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos¹⁶.

La Ley 80 de 1993 regula en una misma norma las inhabilidades e incompatibilidades (art. 8.º), dándole el mismo alcance jurídico a dichos conceptos, no obstante que intrínsecamente son de naturaleza diferente. En la misma exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 se dijo al respecto:

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de octubre de 1993, M. P.: GUILLERMO DUQUE RUIZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1993, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 359.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001, rad. 16.837, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU.

15 Cfr. JUAN ÁNGEL PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación de las entidades estatales*, 2.ª ed., Librería Jurídica Sánchez R., 1998, p. 85.

16 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-558 del 6 de diciembre de 1994, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ. Demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2699 de 1991 (Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación).

Se denomina inhabilidades e incompatibilidades las que recogen una relación de circunstancias vinculadas con la persona misma del contratista y cuya presencia impide la celebración del contrato, so pena de verse afectado de nulidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales a que haya lugar [...] Como se indicó, el proyecto de ley, siguiendo los lineamientos del Decreto 222 de 1983, divide esas circunstancias en aquellas que dan lugar a la inhabilidad para contratar y las que originan incompatibilidad; las primeras se refieren a circunstancias de alguna manera imputables al contratista que impide la celebración de cualquier tipo de contrato estatal por un tiempo determinado. Las relativas a la incompatibilidad se predicen respecto de la celebración de un contrato circunscrito a una determinada entidad [...] en razón a las vinculaciones de orden laboral, vínculos de parentesco y vínculos de afecto o interés. No cabe alguna duda de que existe una apreciación equivocada en la unificación de los conceptos, y más concretamente respecto a la incompatibilidad. La incompatibilidad mira a la simultaneidad de actividades para evitar la existencia de intereses contrapuestos en el titular de la función. Mientras desempeña el cargo o la función, no puede participar en la contratación. Como dice MANUEL MARÍA DÍEZ, "La incompatibilidad, como es muy lógico suponer, está justificada por razones del buen servicio, dedicación total a las funciones públicas, imposibilidad material de ejercer éstas simultáneamente con otras actividades, obligación de asegurar la independencia de los funcionarios y de no permitir su intervención en asuntos en que puedan tener interés o respecto de personas con las cuales pudieran estar vinculadas [...] Evidentemente, entonces, la inhabilitación se distingue fundamentalmente de la incompatibilidad, ya que no se trata de la prohibición de acumular cargos públicos con otros de la misma naturaleza o privados, sino simplemente de no tener interés personal en la decisión de asuntos que le estén encomendados"¹⁷.

De acuerdo con la cita transcrita anteriormente, la incompatibilidad hace referencia al funcionario y a la imposibilidad de obrar como un servidor público imparcial y respetuoso de las cánones morales de la Administración Pública, con el debido aislamiento de los intereses personales, familiares, económicos, etc., esto es, libre de la contraposición entre los intereses y fines declarados constitucional y legalmente y los pertenecientes a su órbita particular. Por el contrario, la inhabilidad está relacionada con circunstancias que comprometen la independencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones, impidiéndole obrar por afectar la capacidad.

Son varios los pronunciamientos que ha realizado la Corte Constitucional en relación con este punto.

Respecto del tema y en orden a precisar el concepto ha señalado: "Las incompatibilidades legales tienen como función primordial preservar la probi-

17 Cfr. PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación*, cit., p. 89.

dad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública”¹⁸.

Con relación a una demanda contra el artículo 2.º del Decreto 960 de 1970 ha indicado:

Es bien sabido que la incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado¹⁹.

Respecto de las incompatibilidades de concejales y miembros de juntas administradoras locales ha manifestado:

La condición de servidor público que cobija también, como se ha dicho, a los concejales y a los miembros de las juntas administradoras locales, le da a la persona que ejerce la función una gran capacidad de influencia sobre quienes manejan dineros públicos o deciden asuntos de Estado, con lo cual se podría generar un conflicto de intereses entre dichos servidores y la Administración, en perjuicio del interés general y de los principios que regulan la función pública. El objetivo de esas disposiciones resulta entonces bastante claro, en cuanto que trata de impedir que se mezcle el interés privado del servidor público con el interés público, y evitar, por tanto, que pueda valerse de su influencia para obtener cualquier provecho en nombre propio o ajeno. Las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 –“por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”– hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado²⁰.

Otro aspecto que ha generado diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional es el relacionado con la vigencia de las inhabilidades e incompatibilidades. La Corte se pronunció en relación con una demanda de inconstitucionalidad que se presentó contra los artículos 45, 47, 95 y 96 de la Ley 136 de 1994:

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-426 del 12 de septiembre de 1996, M. P.: HERNANDO HERRERA VERGERA.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-181 del 10 de abril de 1997, M. P.: FABIO MORÓN DÍAZ.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-307 del 11 de julio de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a la de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen [...]

Es indudable que al legislador corresponde, ya que es inherente a su función, determinar cuándo comienza y cuándo finaliza la vigencia de las incompatibilidades para los cargos públicos cuya regulación le ha sido encomendada por la Carta, entre ellos el de concejal. Tal determinación resulta, además, indispensable por razones de seguridad jurídica, puesto que la persona elegida debe tener exacto y previo conocimiento acerca de aquello que es incompatible con la dignidad que ostenta, así como también tiene derecho a saber el momento preciso en que le es exigible la observancia de las pertinentes normas y el tiempo durante el cual se extiende su aplicación [...]

La consecuencia jurídica de suscribir un contrato estando incurso en una causal de inhabilidad e incompatibilidad es la siguiente:

"Quien se encuentre incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad es incapaz de celebrar un contrato con la Administración. En razón de ello, si llega a concluir el contrato, la consecuencia jurídica inmediata es su nulidad absoluta, pero que no puede ser declarada administrativamente por la entidad, sino que requiere pronunciamiento judicial, como se expone más adelante. Sin embargo, la Ley 80 de 1993 previó un mecanismo administrativo para impedir la marcha en la ejecución de un contrato viciado de nulidad cuando se presente la inhabilidad o incompatibilidad, consistente en que el jefe o representante legal de la entidad deberá dar por terminado el contrato, mediante acto debidamente motivado, y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre (art. 45). Tal actuación no implica la declaratoria de nulidad del contrato pero sí la cesación de sus efectos..."²¹.

La Ley 80 de 1993 reguló tanto la capacidad de los sujetos públicos como la capacidad o competencia de los sujetos privados que intervienen en las relaciones jurídicas a que dan lugar los contratos estatales. En tal virtud, estableció que están habilitadas para celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes (art. 6.º). Por consiguiente, no pueden acordar contratos con las entidades estatales las personas incapaces, las cuales, según el régimen de la contratación estatal, son quienes se catalogan como tales conforme a la ley civil o comercial u otros estatutos, e igualmente las que están incursas en causales de inhabilidad o de incompatibilidad. La competencia y la capacidad de los sujetos públicos y privados para celebrar contratos es una materia propia y de obligada regulación dentro de un estatuto de contratación estatal, porque tales materias atañen a las calidades o atributos específicos que deben tener dichos sujetos, con el fin de que puedan ser titulares y hacer efectivos los derechos y obligaciones que emanan de la relación contractual²².

²¹ PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación*, cit., p. 117.

²² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-178 del 29 de abril de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

Muchas son las disposiciones que consagran causales de inhabilidad e incompatibilidad.

La Ley 80 de 1993 las regula principalmente en los artículos 8.º, 9.º y 10.º. Sin embargo no son las únicas, pues en el mismo texto de la ley existen otras circunstancias que pueden dar lugar al surgimiento de una inhabilidad o incompatibilidad. Veamos:

Artículo 8.º De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.

1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes (inhabilidad).

b. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados (inhabilidad).

c. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad (inhabilidad).

d. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución (inhabilidad).

e. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado (inhabilidad).

f. Los servidores públicos (incompatibilidad).

g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso (inhabilidad).

h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas²³, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal, o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso (inhabilidad).

²³ Para efectos de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 tienen el carácter de sociedades anónimas abiertas aquellas que reúnen los siguientes requisitos: tener más de 300 accionistas, que ningún accionista sea titular del más del 30% de las acciones en circulación, que las acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

- i. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria (inhabilidad).

Las inhabilidades a que se refieren los literales c, d e i se extenderán por un término de 5 años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b y e se extenderán por un término de 5 años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

- 2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

- a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante (incompatibilidad).

Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de 1 año, contado a partir de la fecha del retiro.

- b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante (inhabilidad).

- c. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal (inhabilidad).

- d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo (inhabilidad).

- e. Los miembros de las juntas o consejos directivos (incompatibilidad).

Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Parágrafo 1.º La inhabilidad prevista en el literal d del ordinal 2.º de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

Parágrafo 2.º Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

Para determinar cuándo un servidor público pertenece al nivel directivo, asesor o ejecutivo del nivel nacional ha dicho la jurisprudencia: "En verdad, el parágrafo artículo 7.º del Decreto 679 de 1994 (28 de marzo), reglamentario de la Ley 80 de 1993, remite a los artículos 4.º y siguientes del Decreto Ley 1042 de 1978 y las disposiciones que lo desarrollan, para efectos de determinar los funcionarios que corresponden a los niveles directivo, ejecutivo, asesor o sus equivalentes. El Decreto 590 de 1993 reglamenta en esa y otras materias el Decreto 1042 citado"²⁴.

Sin embargo, cuando se trate de servidores públicos de los niveles departamental y municipal, se impone la autonomía administrativa de los entes territoriales:

Para las entidades territoriales rige el principio general de la autonomía administrativa, calidad de la cual gozan para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley (arts. 1.º y 287 C. N.). De igual manera, en desarrollo del principio de autonomía y con sujeción a la Constitución y la ley, corresponde a las asambleas departamentales "determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleos...", facultades que pueden delegar *pro tempore* en el gobernador del departamento (nums. 7, 9 y 12 art. 300 C. N.)²⁵.

Queda inhabilitado durante el término de 10 años el contratista que de mala fe presente para la inscripción en la cámara de comercio (Registro de Proponentes) documentos e informes falsos. La razón de ser de esta sanción —más grave que la declaratoria de caducidad— consiste en que los datos allí consignados sirven para que la entidad estatal acredite la idoneidad del contratista y celebre el contrato bajo la presunción de que ha actuado conforme a la verdad.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 3 de septiembre de 2001, rad. 16.837, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

²⁵ Ídem.

Artículo 22. [...] 6. *De las sanciones.* Cuando se demuestre que el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad, se ordenará, previa audiencia del afectado, la cancelación del registro, quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de 10 años sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar [...]

Se presenta inhabilidad cuando al servidor público o el contratista que ha intervenido en el proceso de contratación se le declara responsable civil o penalmente por su actuación dentro del mismo:

Artículo 58. *De las sanciones.* Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les imputen en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

[...] 3. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por 10 años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la inhabilidad para “celebrar contratos estatales” ha sido derogada por el Código Penal de 2000²⁶.

Discrepamos de lo afirmado por la alta corporación, toda vez que tal norma complementaba “formalmente”, mas no “sustancialmente” al Código Penal de 1980, pero no era constitutiva de una “prohibición o un mandato penal”, entendidos como las normas abstractas que subyacen al tipo penal y no como una prohibición hacia futuro como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad penal.

Por ello, la inhabilidad no surge de la comisión de una conducta punible que tenga que ver con los delitos de celebración indebida de contratos, puesto que claramente la ley está diciendo que surge de la declaratoria de responsabilidad, por tal motivo. Tan cierto es lo anterior que, como se puede notar sin dificultad, también surge dicha inhabilidad cuando se ha declarado la responsabilidad civil, de lo cual no se puede colegir que sea una “sanción penal”; lo cual se avala si se mira que el numeral 6 del mismo artículo 58 consagra una

26 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 8 de octubre de 2003, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 384, diciembre de 2003, pp. 2344 a 2346.

inhabilidad por el simple hecho de dictarse una medida de aseguramiento al representante legal de una persona jurídica o de resultar condenado penal o civilmente por acciones u omisiones relacionadas con la actividad contractual, nada de lo cual tiene que ver directamente y respecto del responsable de la comisión del punible.

De todos modos, la Corte aclara que se encuentra inhabilitado para celebrar contratos quien sea declarado responsable penalmente y se le ha impuesto la pena accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas, habida cuenta que de conformidad con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 los particulares que contratan con el Estado cumplen "funciones públicas".

El artículo 15 de la Ley 610 de 2000 dispone que se encuentran inhabilitados para celebrar cualquier tipo de contrato con el Estado quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales.

El literal b numeral 1 artículo 39 de la Ley 734 de 2002 dispone que se indirectamente, en remate o venta de bienes que se efectúen en la entidad donde labore o en cualquier otra sobre la cual se ejerza control jerárquico o de tutela o funciones de inspección, control y vigilancia, aun encontrándose en uso de licencia.

Se encuentran inhabilitados para ser contratistas directa o indirectamente del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, de conformidad con el inciso 3.º artículo 1.º de la Ley 821 de 2003 (que modifica el art. 49 Ley 617 de 2000):

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

También están inhabilitados para celebrar contratos de prestación de servicios con el Estado las personas enlistadas en el parágrafo 2.º artículo 1.º de la Ley 821 de 2003 (que modifica el art. 49 Ley 617 de 2000). Esto es, no pueden celebrar contratos con el Estado:

Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y distritales.

La Ley 863 de 2003 —que modifica el Estatuto Tributario— consagra en su parágrafo inciso 3.º artículo 66 como inhabilidad para celebrar contratos con el

Estado el que las personas naturales o jurídicas aparezcan en el Boletín de Deudores Morosos por concepto de obligaciones tributarias, boletín a cargo de la Contaduría General de la Nación.

La Corte Constitucional ha explicado sobre las inhabilidades e incompatibilidades:

Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales que de modo general se reconoce a las personas naturales y jurídicas, y obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades, por razones vinculadas con los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales que exigen que éstas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia.

[...] La consagración de las inhabilidades e incompatibilidades obedecen unas, primordialmente, a razones éticas, y otras se vinculan con la eficiencia, la eficacia y la imparcialidad administrativa, pues se busca asegurar una adecuada selección del contratista, que redunde en beneficio de los fines de interés público o social insitos en la contratación.

[...] Las inhabilidades e incompatibilidades que obedecen a finalidades diferentes de interés público, asociadas al logro de la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia y la moralidad en las operaciones contractuales, no pueden identificarse ni asimilarse a las penas que se imponen por la comisión de un ilícito, con los fines, entre otros, de retribuir a la sociedad el perjuicio causado por la conducta que afecta un bien jurídico superior o fundamental para ésta. Las inhabilidades e incompatibilidades constituyen prohibiciones que restringen la capacidad y la libertad de un contratista para acceder a la contratación, pero no consagran una modalidad adicional de sanción penal a las previstas en el código de la materia.

No puede considerarse que la inhabilidad establecida en la ley de contratación implique la existencia de un juzgamiento y de una doble sanción por un mismo hecho. Cuando en un contratista concurre una causal de inhabilidad o incompatibilidad, simplemente se le priva o se le prohíbe el acceso a la contratación, pero no se le juzga penalmente por un hecho ilícito, ni mucho menos se lo sanciona [...] La inhabilidad consagrada se juzga necesaria, conducente y proporcionada a la finalidad que la misma persigue, cual es la de que no accedan a la contratación, en forma temporal, como colaboradores en la consecución de los fines propios del contrato, quienes hayan cometido delitos que conlleven la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, porque de alguna manera la celebración y ejecución de contratos comporta el desarrollo de actividades ajenas al ejercicio de dichas funciones.

[...] El legislador no sólo puede establecer términos como complemento de la regulación de las medidas que constituyen inhabilidades, sino que es su deber hacerlo a fin de impedir la vigencia de inhabilidades intemporales, con lo cual se impediría el retor-

no al pleno ejercicio de la capacidad del contratista y se consagraría de paso una especie de muerte civil, que adicionalmente atentaría contra el derecho al trabajo²⁷.

La Ley 80 de 1993 consagró las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes, esto es, que se presentan con posterioridad a la realización del acto respecto del que se predica la limitación o exclusión o con posterioridad a que el contratista manifestó su voluntad de obligarse; en este caso se incurrirá en la conducta penal cuando el sujeto agente, pese a tener conocimiento de la causal de inhabilidad e incompatibilidad sobreviniente, no informa haber tramitado, celebrado o aprobado el contrato en dichas circunstancias. Así por ejemplo, cuando el servidor público que tramita un contrato contrae matrimonio con la contratista al momento en que este va a ser celebrado, o cuando el contratista durante la tramitación del contrato es nombrado representante legal de la entidad pública, o se posesiona para el desempeño de un cargo dentro de la misma. La solución que establece la Ley 80 de 1993 para estos casos es la cesión del contrato por parte del contratista, previa autorización de la entidad estatal o la renuncia a la ejecución del mismo. En efecto, dice el artículo 9.º:

De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes. Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero, previa autorización escrita de la entidad contratante.

En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

En nada se ofende el imperio de la Constitución por haberse establecido que el hecho de sobrevenir una causal de inhabilidad o incompatibilidad en cabeza de quien ya es contratista da lugar a la obligación de éste de ceder el contrato, previa autorización escrita de la entidad contratante, o a la de renunciar a su ejecución si aquello no fuere posible. Tampoco se vulnera la Carta por consagrar que quien participa en un proceso de licitación o concurso y resulta intempestivamente afectado por inhabilidades o incom-

27 Corte Constitucional. Sentencia C-489 del 16 de septiembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

patibilidades deba renunciar a dicha participación, ni se desconoce la normatividad superior por prever, como lo hace la norma, la cesión en favor de un tercero de la participación en el consorcio o unión temporal que lícita o es contratista cuando la causa de inhabilidad o incompatibilidad se radica en uno de sus miembros. Si la Corte accediera a declarar la inconstitucionalidad solicitada, se tendría por consecuencia la desaparición de las reglas aplicables a los casos de inhabilidades o incompatibilidades sobrevinientes, sin motivo alguno para ello, ya que, por lo expuesto, ningún precepto de la Carta Política ha sido vulnerado, y, en cambio, sería posible una contratación que seguiría llevándose adelante pese a la existencia de tales situaciones jurídicas, con grave deterioro de la moralidad y la pureza de las correspondientes relaciones entre el Estado y los particulares²⁸.

Por su parte el artículo 6.º de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) consagró una disposición en la que se sanciona al servidor público con el retiro del cargo, si no pone fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad —sobreviniente— dentro de los tres meses siguientes a su ocurrencia:

Artículo 6.º En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los 3 meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

Frente a este punto la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse y declaró una exequibilidad condicionada:

La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo.

Si, por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o el funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad y el acceso al servicio

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-221 del 16 de mayo de 1996, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

público, sin que por este hecho se coloque a la Administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes²⁹.

Así mismo, existen casos en que los servidores públicos no quedan cobijados por las inhabilidades e incompatibilidades, a los que se les denomina excepciones al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, como cuando se contrata por obligación legal o se hace sin ánimo de lucro.

Artículo 10.º de la Ley 80 de 1993. *De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.*

No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

Un ejemplo de quiénes deben contratar por obligación legal podría ser el caso de las personas que tienen que adquirir bonos de guerra porque una ley las obliga a ello, o cuando el Estado necesita un inmueble para realizar una obra pública y celebra contrato de compraventa.

La segunda hipótesis que consagra el artículo 10.º de la Ley 80 de 1993 es la de las personas que contratan para usar los bienes y servicios de las entidades públicas. Esta disposición busca impedir que se genere una discriminación en relación con los servidores públicos frente a los particulares, esto es, en los contratos para la utilización de un servicio público es imperioso que ambos se encuentren en igualdad de condiciones, por tanto no existe incompatibilidad del servidor del Estado por tener tal calidad.

La tercera hipótesis se presentaría en el caso de que el representante legal de una persona jurídica sin ánimo de lucro tenga asiento en la junta directiva de una entidad pública; esa persona que participa en la junta por disposición legal o

29 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-038 de 1996, M. P.: EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

estatutaria podría celebrar un contrato con dicha entidad. Ejemplo de esto sería el de un representante legal de una persona jurídica sin ánimo de lucro defensora de los derechos de los usuarios de los servicios públicos que tuviera participación en la junta directiva de una entidad prestadora de los mismos; dicho representante podría celebrar un contrato con la entidad prestadora de servicios sin quedar cobijado por la causal de inhabilidad.

El artículo 60 de la C. N. hace referencia a la hipótesis de que una entidad estatal ceda la participación accionaria; en dicho caso lo hará en condiciones preferenciales para sus trabajadores, sin importar si existe violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, pues —como ya lo hemos dicho— se trata de una excepción al mismo.

Otra excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades la encontramos cuando se contrata con sociedades anónimas abiertas, calidad que se acredita con certificación del revisor fiscal y que según el artículo 5.º del Decreto 679 de 1994; estas sociedades son las que reúnen los siguientes requisitos:

- Tener más de 300 accionistas.
- Que ninguna persona sea titular de más del 30% de las acciones.
- Que sus acciones estén inscritas en una bolsa de valores.

Podemos citar otras excepciones al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades:

Para los congresistas, la práctica de la cátedra universitaria (par. 1 art. 180 C. N. y num. 1 art. 283 Ley 5.ª de 1992); quienes sean profesionales de la salud pueden prestar este servicio desde que se cumpla en forma gratuita (num. 10 art. 283 Ley 5.ª de 1992).

Para los servidores públicos que sean autores de obras protegidas por el derecho de autor, también existe una particular excepción, pues podrán disponer contractualmente de ellas con cualquier entidad de derecho público (art. 1.º de Ley 44 de 1993)³⁰:

Los empleados y funcionarios públicos que sean autores de obras protegidas por el derecho de autor, podrán disponer contractualmente de ellas con cualquier entidad de derecho público.

Así también el Estatuto Orgánico de la Procuraduría General de la Nación, Decreto 262 de 2000, dispone en su numeral 2 artículo 86 que los servidores de la entidad se encuentran inhabilitados para celebrar contratos, “por sí o por

30 Cfr. Circular n.º 17 del 4 octubre de 2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Gobierno.

interpuesta persona, con las entidades públicas”, salvo cuando se trate de “docencia o investigación académica” (parág. *ibíd.*).

Por último, la Ley 8.^a de 1993 establece una inhabilidad especial para personas jurídicas, contemplada en el numeral 6 artículo 58, consistente en que se inhabilita la persona jurídica cuando se ha dictado una medida de aseguramiento contra su representante legal producto de las acciones u omisiones que se le imputen por su comportamiento contractual anterior. Dice el artículo 58:

De las sanciones [...] 6. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por 10 años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.

Por supuesto, la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) en el artículo 5.^o inciso segundo consagró una inhabilidad para el particular que aporta información falsa para posesionarse o celebrar un contrato con la Administración:

Artículo 5.^o [...] Cuando se advierta que se ocultó la información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por 3 años.

En el evento de llegar a celebrarse un contrato en dicha circunstancia, se procederá a solicitar su terminación inmediatamente se advierta la infracción.

Frente a este artículo la Corte Constitucional manifestó:

El examen de constitucionalidad de la norma acusada sólo es posible adelantarla analizando en forma conjunta y sistemática los dos estatutos normativos mencionados, esto es, el Código Disciplinario Único y la Ley 190 de 1995, en punto a la sanción accesoria de inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas.

Para declarar o determinar la responsabilidad penal o disciplinaria es necesario que se observe el debido proceso dentro de la correspondiente actuación procesal de carácter penal o disciplinario.

La sanción consistente en la inhabilitación mencionada constituye una pena accesoria, que es consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente pro-

ceso penal o disciplinario, y que comporta naturalmente la imposición de una pena principal.

Y juzgada la conducta penal o disciplinaria, y establecida por consiguiente la correspondiente responsabilidad, se ha asegurado dentro de la respectiva actuación procesal el derecho al debido proceso, que cobija tanto la imposición de la pena principal como la de la accesoria.

Podría pensarse, como lo hace el demandante, que el entendimiento de la norma conduce a considerar que una cosa es la responsabilidad penal o disciplinaria que se le puede deducir a la persona a quien se le imputa la aludida conducta y otra muy diferente es la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas que operaría en forma autónoma e independiente y que podría ser aplicada por la Administración; es decir que dicha inhabilitación tendría operancia, con independencia de que en el proceso penal o disciplinario el imputado resulte incurso en la correspondiente responsabilidad. De este modo, quedaría a la discrecionalidad y arbitrio de la Administración, mediante el ejercicio de una especie de autotutela y sin observar el debido proceso, determinar la existencia de la aludida inhabilitación.

Entendida así la norma sería inconstitucional, porque sin haberse establecido previamente la responsabilidad penal o disciplinaria e impuesto una pena principal, se le estaría aplicando una especie de sanción o una prohibición para acceder al servicio público que no tiene como causa la existencia probada de una conducta ilícita o irregular, a través del respectivo proceso, más aún si se considera que, como el derecho al acceso a la función pública (num 7 art. 40 C. N.) tiene el carácter de fundamental, su restricción, con mayor razón, sólo es posible por la vía de una sanción de tipo penal o disciplinario, impuesta con la observancia del debido proceso.

No obstante, si se entiende la norma mediante la interpretación sistemática y de conjunto de los referidos estatutos que se ha realizado, teniendo en cuenta la mutación legislativa contenida en el citado artículo 30, en el sentido de considerar que dicha inhabilitación es una sanción accesoria, naturalmente la norma resulta ajustada a la Constitución.

En las circunstancias anotadas, la Corte declarará exequible la disposición acusada, bajo el entendido de que la inhabilitación contemplada en el inciso 2.º de la norma demandada constituye una sanción accesoria impuesta a través del proceso penal o disciplinario³¹.

La Constitución también establece inhabilidades e incompatibilidades por ejemplo en los artículos 127, 128, 180, 181 y 182:

³¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-631 del 21 de noviembre de 1996, M. P.: ANTONIO BARRERA CARBONELL.

"Artículo 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

"A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos y en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio.

"Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley.

"La utilización del empleo para presionar a los ciudadanos a respaldar una causa o campaña política constituye causal de mala conducta (inhabilidad)".

"Artículo 128. Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

"Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas (incompatibilidad)".

"La Corte Constitucional ha señalado con respecto a este tema que la aceptación de cargos públicos simultánea con el ejercicio como concejal vulneraría el mandato del artículo 128 de la C. N., según el cual, salvo los casos expresamente previstos por la ley, nadie podrá recibir más de una asignación del tesoro público, dentro del cual también están comprendidos los recursos de las entidades territoriales. Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 65 de la misma ley objeto de análisis, los miembros de los concejos tienen derecho al reconocimiento de honorarios por la asistencia comprobada a las sesiones plenarias. Esto, a su vez, encuentra sustento en el inciso final del artículo 312 de la C. N...³².

Algunas inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas:

Artículo 180 de la C. N. Los congresistas no podrán:

[...] 2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con

³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-194 del 4 de mayo de 1995, M. P.: JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.

ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

[...] 4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado o reciban donaciones de este. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

Parágrafo 1. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

Parágrafo 2. El funcionario que en contravención del presente artículo, nombre a un congresista para un empleo o cargo o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, incurrirá en causal de mala conducta.

Respecto a este tema señaló la Sala Penal de la Corte lo siguiente:

El solo hecho de ostentar la investidura de congresista y de pertenecer simultáneamente a un movimiento de carácter político y ser uno de sus directivos, no adecua el comportamiento a la incompatibilidad que establece el numeral 1 artículo 180 de la C. N., pues la Ley 5.^a de 1992 que reglamentó el postulado constitucional, en el numeral 9 artículo 283, autoriza a los miembros del Congreso Nacional para participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica de acuerdo con la ley.

La misma Ley 5.^a de 1992 contempla en el artículo 281 que por incompatibilidades se debe entender todos aquellos actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período del ejercicio de la función; normatividad que se encuentra vigente y que no riñe con el postulado constitucional, pues la Corte Constitucional al realizar el control constitucional la encontró ajustada a la Carta Política en pronunciamiento que lleva fecha del 4 de febrero de 1993.

Tampoco se debe olvidar que la actividad legislativa es eminentemente política, pues sus integrantes como representantes en el Congreso de sus electores están para hacer las leyes de acuerdo a las circunstancias sociales, económicas y políticas de la comunidad que representan, y conforme a los soportes ideológicos de la agrupación a que pertenecen.

Entendidas así las cosas, los congresistas pueden pertenecer en calidad de directivos a partidos o movimientos políticos que tengan personería jurídica de acuerdo con la ley; y al Partido Liberal Colombiano se le reconoció mediante Resolución n.º 4 del 28 de 1986, emanada del Consejo Nacional Electoral, la cual se encuentra vigente³³.

33 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Decisión del 16 de diciembre de 1994, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

Además debe tenerse en cuenta:

Artículo 181. Las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo. En caso de renuncia, se mantendrán durante el año siguiente a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo, quedará sometido al mismo régimen de inhabilidades e incompatibilidades a partir de su posesión.

Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones.

Otras inhabilidades e incompatibilidades para los congresistas se encuentran en la Ley 5.^a de 1992 (Reglamento del Congreso):

Artículo 280.

[...]

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ella en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de su elección.

No existe norma alguna que haga incompatible la suscripción de un contrato de producción de televisión por parte de una empresa de la cual un miembro de una corporación de elección popular sea socio. La incompatibilidad sólo afecta al congresista, pero no a las sociedades de las cuales éste sea asociado. Distinta es la situación cuando por cualquiera de las circunstancias antes señaladas o por otras semejantes sea posible determinar que no es la persona jurídica la que contrata para ella, sino el inhabilitado que lo hace para sí, por intermedio de aquella. En este evento es claro que sí se viola el artículo 144 del C. P. —hoy 408 C. P. de 2000—, como que el ente jurídico se ha utilizado de pantalla³⁴.

Así mismo los congresistas no podrán desempeñar empleo público o privado, (art. 282 Ley 5.^a de 1992), ni ser miembro de juntas o consejos directivos de entidades descentralizadas de cualquier nivel (art. 1.^o Ley 5.^a de 1992).

34 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Decisión de única instancia del 14 de octubre de 1993, M. P.: GUILLERMO DUQUE RUIZ.

Además de las sanciones penales a las que haya lugar, el congresista que viole el régimen de inhabilidades e incompatibilidades perderá su investidura. Dice el artículo 183 de la C. N.:

Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses [...]

Los principales casos de inhabilidades e incompatibilidades están citados en los artículos 8.º, 9.º y 10.º de la Ley 80 de 1993, e igualmente en la Carta Fundamental; sin embargo existen causales contempladas en otras leyes o en decretos distintos de los reglamentarios de la Ley 80 de 1993. Es por ello que el Estatuto de Contratación de la Administración Pública establece en el artículo 8.º numeral 1 literal a como personas incursas en dichas causales aquellas que “se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes”, por cuanto que la Carta y las disposiciones que hemos citado no son la única fuente en donde podemos encontrar causales de inhabilidad e incompatibilidad. Solo a manera de ejemplo podemos citar algunas: artículo 28 del Decreto 3130 de 1968 (incompatibilidades de los miembros de las juntas y de los gerentes y directores); artículo 15 del Decreto 128 de 1976 (inhabilidades en entidades descentralizadas); artículo 1.º del Decreto Ley 3074 de 1968, modificatorio del artículo 9.º del Decreto 2400 de 1968 (incompatibilidades para servidores públicos); artículo 29 del Decreto 1421 de 1993 (incompatibilidades de los concejales); artículo 146 del Decreto 1421 de 1993 (limitaciones para participar en procesos contractuales); artículo 4.º del Decreto 679 de 1994 (personas inhabilitadas por razón de la presentación de otras ofertas); artículo 19 de la Ley 53 de 1990 (inhabilidad de los parientes para efectos de la contratación a nivel municipal); Ley 136 de 1994 (inhabilidades e incompatibilidades en el ordenamiento municipal para el nombramiento o elección en cargos del cónyuge o compañera permanente); artículo 3.º de la Ley 177 de 1994; artículos 45 numeral 3 y 96 de la Ley 136 de 1994 (prohibición de los concejales de contratar con el respectivo municipio o distrito y con sus entidades descentralizadas, así como con entidades privadas que administren fondos o tributos del municipio).

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Este delito sólo admite la modalidad *dolosa*.

Por tanto, si se trata de dolo directo, supone que el sujeto activo tiene que saber de la existencia de la causal de inhabilidad o incompatibilidad, y a pesar

de ello interviene voluntariamente en la celebración, aprobación o tramitación del contrato.

Como se trata de un delito de resultado, al menos respecto de la modalidad de celebración, lo cual adquiere tal connotación sin duda alguna desde una perspectiva jurídica, si el sujeto agente dudó sobre si se encontraba o no inhabilitado y prefirió seguir adelante con la firma del contrato librando a la buena suerte el que no incurriera en el tipo penal, se configura un dolo eventual.

Para el efecto, por tratarse en el prevaricato del tipo que pone a prueba lo relacionado con el dolo eventual en los delitos contra la Administración Pública, a las nociones allí expuestas nos remitimos para entender el fenómeno en este capítulo.

Es viable el error de tipo cuando el sujeto activo yerra sobre los elementos normativos "inhabilidad o incompatibilidad". Vencible o invencible, se excluye el tipo subjetivo y por tanto la congruencia típica.

C. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Como en la contratación por lo general se trata de trámites complejos, debe convenirse que ningún problema existe para efectos de entender la coautoría, empero, siempre nos enfrentaremos a la coautoría propia, toda vez que en los trámites específicos señalados cualquier intervención tiene el mismo valor de aporte, a más de que se trata de un delito de infracción de deber.

La autoría mediata estaría configurada cuando el responsable de la contratación que previamente ha delegado la tramitación o la celebración de contratos, por medio de engaño hace que el delegado incurra en un error en torno a los elementos inhabilidad o incompatibilidad.

Ningún problema existe para la configuración de la determinación. Ella puede aparecer teniendo como sujeto a un particular o a un servidor público que no tenga como función la intervención en los trámites contractuales.

La complicidad también puede fácilmente configurarse, bien por parte de un particular o de un servidor público que no tenga dentro de sus funciones la de participar en la contratación estatal.

d. TENTATIVA

Es posible la tentativa, aun cuando difícil de presentarse, puesto que ya cualquier intervención en cualquier etapa de las señaladas como aptas para incurrir en el tipo penal se constituye en delito consumado.

Empero, quien ha delegado en parte o totalmente la tramitación de un contrato estatal, con el fin de suscribirlo encontrándose inhabilitado y, por virtud

de la intervención de un órgano de control en los casos señalados se suspende la celebración del contrato, se configura una tentativa.

2. CONCURSO DE DELITOS

Es factible un concurso ideal entre los delitos de celebración indebida de contratos por violación al régimen constitucional legal de inhabilidades e incompatibilidades y de celebración indebida de contratos por violación de los requisitos legales esenciales.

Cuando nos encontramos ante las figuras de los delitos de celebración indebida de contratos por violación al régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades y de celebración indebida por interés indebido se presenta un aparente concurso, puesto que el primero recoge al segundo, dado que en el mismo se subsume éste.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Resulta exótico el reconocimiento de una causal de justificación. Empero, resultaría posible un estado de necesidad en aquellos casos en que media un fin económico en orden a subsanar un peligro grave e inminente, casos que tendrían que tener verdaderas connotaciones de excepcionalidad.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Se siguen, tanto para el evento de la conciencia actual como de la eventual, bien para el tratamiento del error directo y las causales de inexigibilidad de otras conductas, las mismas reglas ya esbozadas en los delitos anteriormente tratados. Debe tenerse en cuenta también lo que más adelante se precisará en torno a la culpabilidad en materia de prevaricato.

5. PUNIBILIDAD

La pena privativa se mantiene en prisión de 4 a 12 años.

Se aumenta considerablemente la pena de multa, que pasa de una suma que va de 10 a 50 a una que va de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se incrementa el tiempo de interdicción, ahora inhabilitación de derechos y funciones públicas, pasando a ser de 5 a 12 años; antes de 2 a 7 años.

B. INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS

El artículo original del Código Penal de 1980 lo tipificó en el artículo 145 así:

El empleado oficial que 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, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años, en multa de 1.000 a 500.000 pesos, e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Esta norma fue posteriormente modificada por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) en los términos precedentemente citados; el texto de la disposición penal en estudio quedó así:

El servidor público que 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, incurrirá en prisión de 4 a 12 años, en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Es esta la figura que el Código de 1936 denominaba “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”. Tal vez es esta la forma que de manera más directa afecta la contratación administrativa, pues en ella existe ya la intención del agente de obtener un provecho para sí o para otro. Afecta la honestidad en el desenvolvimiento de la actividad contractual del Estado.

Frente al antes llamado tipo penal de interés ilícito en la celebración de contratos el Código Penal de 2000 ha establecido:

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 4 a 12 años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 12 años.

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 incluso es perfecto; empero, se quebrantarían los deberes de transparencia, imparcialidad y moralidad, si el interés apunta a su desconocimiento³⁵.

35 GÓMEZ MÉNDEZ. *Exposición de motivos Proyecto de Ley*, cit., p. 64.

I. TIPICIDAD

Predícase, *mutatis mutandi*, lo afirmado en los tipos ya tratados. No obstante, como se precisará más adelante, no es un mero proceso anímico el que resulta objeto de la prohibición, cuestión inalcanzable en un Estado de Derecho, sino su exteriorización a través de actos contractuales u operaciones específicos en que intervenga en ejercicio de sus funciones; por tanto, desde ya se aclara que la expresión “*interese*” no es constitutiva de un elemento subjetivo del tipo, sino de una conducta estereotipada de las antes señaladas que se encuentra presidida, lo cual es objeto del dolo, por un interés.

a. TIPO OBJETIVO

Delimita los ámbitos de afectación del bien jurídico.

— SUJETO ACTIVO

Es el servidor público. Pero además, como ya lo habíamos indicado, el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 consagró que para efectos de la responsabilidad penal también responde el particular cuando cumple funciones públicas como contratista, interventor, consultor o asesor, puesto que está sujeto a la misma responsabilidad que los servidores públicos.

Aquí la disposición no es muy clara, por lo menos en lo que concierne al contratista, pues es obvio que este está interesado en la celebración del contrato y es por ello que participa en el proceso de licitación o concurso. Pero en este caso se trata de un interés lícito.

— SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular de la contratación y operaciones estatales.

— OBJETO MATERIAL Y LOS ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO “CONTRATO” Y “OPERACIÓN”

El objeto material lo constituye *el contrato u operación* en que el funcionario deba intervenir.

Aun cuando la norma habla de “cualquier clase” de contrato, debe entenderse que se trata de un contrato estatal.

Para efectos del tema que estamos analizando, es decir, la noción de contrato administrativo, el nuevo estatuto presenta la particularidad de no referirse a ese concepto en los términos que hemos venido utilizando, así como tampoco al de contratos de derecho privado de la Administración, sino que introduce la noción de contrato estatal para referirse a todos los contratos celebrados por las entidades que forman parte de la Administración Pública.

Las normas de este estatuto que debemos destacar en este momento, por tener relación con el tema, son las siguientes:

El artículo 1.º, según el cual la citada ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

A su vez, el artículo 13, sobre la normatividad aplicable a los contratos estatales, expresa que los contratos que celebren las entidades estatales se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas en la misma ley. Relacionado con lo anterior, el artículo 77 dispone que en cuanto sean compatibles con la finalidad y principios de la misma ley las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa serán aplicables en las actuaciones contractuales y, a falta de ellas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, el artículo 32 define como contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades estatales, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, y el inciso 2.º del artículo 40 prevé que las entidades podrán celebrar todos los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y que requieran para el cumplimiento de los fines estatales³⁶.

Además, en el contrato respectivo el agente debe intervenir *por razón del cargo o de la función*. Hubiese sido suficiente con incluir la función, pues el ejercicio del cargo, tratándose de la contratación, está íntimamente relacionado con aquella. Por este aspecto no puede darse un “ejercicio del cargo” que no implique el ejercicio de la función, como sí es posible, por ejemplo, en el caso de la concusión.

La expresión “contrato” hubiese sido suficiente, pues el concepto de “operación” no es definido claramente en la Ley 80 de 1993, por lo que, en principio, habrá que remitirse a lo que de manera usual se ha denominado operación en el derecho administrativo.

Tradicionalmente se ha considerado como operación administrativa aquel fenómeno jurídico que consiste en un conjunto de actuaciones administrativas tendientes a la

36 Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ. *Derecho administrativo*, 11.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999.

ejecución de la decisión legal o administrativa como la reunión de una decisión de la Administración con su ejecución práctica. Fenómeno al que naturalísticamente se le atribuye una sola identidad. En la operación, al igual que los demás medios de actuación o manifestación de la Administración, influye en algún grado la voluntad, en la medida que mediante esta —voluntad— la Administración da aplicación a lo preceptuado —derechos y obligaciones— por el acto y lo realiza en su totalidad haciéndole producir la plenitud de sus efectos, siendo indiferente que para tal efecto se acuda a procedimientos, escritos, verbales o materiales. Como claramente lo ha expuesto la jurisprudencia del Consejo de Estado, la operación administrativa es generalmente un proceso de ejecución de la ley o de un acto administrativo. Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta. La operación resulta ser, consecuentemente, la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho, la cual está vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la Administración.

La jurisprudencia colombiana clasifica en dos tipos las operaciones administrativas, partiendo de si el acto, al que se pretende dar cumplimiento, es expreso o tácito. De esta forma se conoce la operación dependiente de un acto escrito y la dependiente de un acto no escrito³⁷.

La Corte Constitucional se orienta en tal sentido:

El legislador alude a cualquier clase de contratos, luego no excluye a ninguno, lo importante es que en él 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

37 Cfr. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO. *Acto administrativo. Procedimiento eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 44 y ss.

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

*“Y este sentido multicomprendivo es el que le impone al juez su definición, para evitar el inadecuado manejo de las acciones que la presenten como fuente de perjuicios”*³⁸.

Pensamos que además quedan comprendidos dentro del concepto de contrato, así mismo, aquellos actos jurídicos de autoridades administrativas y judiciales cuando tramitan y adjudican un remate de bienes. Allí, sin duda alguna, el servidor público manifiesta una voluntad estatal en un acto bilateral.

Aquí, también, creemos que se encuentran comprendidos no sólo los actos de celebración de la adjudicación del bien en el remate, sino también los preparatorios en remates y en subastas públicas realizadas por mandato de la ley por autoridades judiciales y administrativas.

Igualmente, los trámites posteriores a un remate o adjudicación en los anteriores eventos, son constitutivos de una operación. Dan cumplimiento a algo ya ordenado.

La norma no habla de “operación administrativa”, sino simplemente de operación, y es claro que dentro del concepto de bien jurídico tutelado de Administración Pública entran las actuaciones de los administradores de justicia.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico tutelado es la Administración Pública, y la antijuridicidad material se evidencia con la deformación del instituto personal, toda vez que se le da un sentido extrainstitucional y de carácter personal al contrato o a la operación. Se busca proteger el instituto personal en orden a garantizar que el Estado cumpla en debida forma con sus funciones. Ello debe realizarse bajo estrictos parámetros de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad. En este delito se “da prelación subjetiva sobre (los) iguales, en desmedro de la imagen de la Administración Pública y de la credibilidad de la colectividad en los procesos” contractuales, “desequilibrando la expectativa de terceros, legítimamente interesados en contratar con la Administración”³⁹; esto es, la antijuridicidad material está dada por “la vulneración

³⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. 12 de diciembre de 1996, exp. 12.448, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 25 de octubre de 2000, rad. 15.273, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

de la confianza que causa en la ciudadanía el abandono de la imparcialidad y transparencia que deben caracterizar la actuación contractual”⁴⁰.

La Corte Constitucional ha señalado sobre el tema:

En efecto, si la actuación del servidor público llamado a intervenir en razón de su cargo o sus funciones en un contrato estatal está determinada por un interés ajeno al interés general que de acuerdo con la Constitución, la ley y los reglamentos es el que debe perseguir dicho servidor en ese caso concreto, en nada incide para la vulneración del bien jurídico el respeto del régimen de inhabilidades o incompatibilidades o el cumplimiento de los requisitos legales esenciales aludidos, pues la desviación de la actuación del servidor en esas condiciones está desvirtuando la imagen de la Administración Pública, la transparencia y la imparcialidad en la celebración de los contratos y, en fin, la moralidad pública [...] El bien jurídico que se pretende proteger con el tipo penal analizado no es el patrimonio de la Administración, como tampoco la adecuada prestación del servicio contratado, o cualquier otro diferente de la transparencia de la actividad contractual de manera que la confianza de los ciudadanos en la Administración Pública no se vea afectada por el comportamiento indebido de los servidores públicos que intervienen en ella⁴¹.

— CONDUCTA

La conducta consiste en *interesarse*, es decir, en actuar con miras a la obtención de un determinado resultado favorable al propio agente o a un tercero.

La Corte Constitucional ha precisado el alcance de la conducta:

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 la 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 público.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

⁴¹ Ídem.

⁴² Cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, 21.ª ed., Madrid, Espasa Calpe, p. 1179.

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 económico⁴³.

Así por ejemplo, cuando el jefe de la oficina de contratación de una entidad estatal se interesa en un contrato de obra que va a celebrar la misma, en el sentido de que sea ejecutada cerca de su lugar de residencia con el objeto de que ésta se valore, y para el efecto, de manera dolosa, ordena que en la elaboración de los pliegos se consigne una condición que se ajuste a dicho interés.

Como lo explica PACHECO OSORIO al comentar la norma del Código anterior, similar por este aspecto a la actual:

El interés que en el contrato u operación pone el funcionario es siempre ilícito, pero no porque trate de obtener una ganancia fraudulenta, desmedida, perjudicial para la Administración Pública, ni siquiera "proporcionada al interés del capital", sino porque es contrario a la ética y a sus específicos deberes de imparcialidad actuar en su mismo acto como parte y contraparte, en nombre del Estado y como representante de sus propios intereses. Y esa intrínseca ilicitud no la destruye ni siquiera la consideración de que la Administración Pública resulte más favorecida con la indebida intervención privada del funcionario que sin ella, como en el caso de que éste haga suministros, como proveedor, más baratos que los ofrecidos por otros, para citar el ejemplo de SOLER⁴⁴.

La Corte Suprema de Justicia también se ha pronunciado en similar sentido:

Si el interés deviene en favor de la Administración (verbigracia, el contrato celebrado, con atención personal, se presenta como fructuoso para la Administración, o de mayor rendimiento para esta), el delito se ha consumado, porque en esta modalidad no se demanda la existencia de un interés de perjuicio, pues no se busca sancionar negocios prohibidos sino disconformes con el ejercicio de la función pública. El interés, así traduzca éste un aprovechamiento económico, puede permitir un beneficio para la Administración o para terceros. No se correlaciona para nada utilidad y daño. Son dos aspectos indiferentes y ajenos al problema de la negociación incompatible que persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Esta-

43 Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

44 Cfr. PEDRO PACHECO OSORIO. *Derecho penal especial*, t. 1, Bogotá, Edit. Temis, 1978, p. 188.

do de la apetencia o interés particular. Además la naturaleza de este delito es la de ser formal y no de resultado⁴⁵.

No todos los doctrinantes están de acuerdo con la anterior apreciación. Veamos:

El interés debe tener la nota de ilicitud, pues no cualquier interés estructura esta figura delictiva. El ánimo de solucionar determinado problema de una comunidad a través de un contrato cualquiera constituye sin duda un interés en provecho de terceros que no tiene que entenderse como ilícito. Entonces, a pesar de que en el enunciado de la norma no se hace referencia a la ilicitud del interés, debe tomarse este elemento del título del artículo 145, tal como lo sostiene ANTONIO VICENTE ARENAS.

Entre las inhabilidades conocidas no existe en nuestro medio una derivada del interés particular que pueda tener el funcionario en la tramitación, celebración o liquidación de un contrato, con lo cual se da margen a que un funcionario, obrando conforme a los intereses de la Administración, también lo haga conforme a su interés particular o al de terceros allegados suyos. De allí que debe limitarse al máximo la expresión interés, en cuanto a su ilicitud, entendida como la pérdida de imparcialidad que lleva al funcionario a obrar en contra del interés general de la Administración. Como lo que pretende es protegerse la función pública en general (en cuanto a sus notas de transparencia, eficacia e imparcialidad) y no el patrimonio estatal en particular, el interés no tiene necesariamente que tener connotación económica, puede ser cualquier clase de interés, obviamente ilícito. Ej.: otorgar un contrato para obtener los favores de la mujer pretendida.

Si a pesar del interés particular el funcionario no desvía el ejercicio del poder, la conducta no será típica, a falta de vulneración siquiera potencial del bien jurídicamente tutelado. Se trata de un fenómeno de ausencia de antijuricidad material que conduce a la atipicidad por falta de objeto material⁴⁶.

Consideramos que el interés ha de ser interpretado en los términos expresados por la Corte Suprema de Justicia —en el fallo precedentemente citado—, esto es, que el servidor público no ha de interesarse en el contrato bajo ninguna circunstancia, ni siquiera cuando ese interés beneficie a la Administración. Cosa diferente tendremos que afirmar en relación con el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 que hizo extensiva la responsabilidad penal para el contratista, interventor, consultor y asesor que intervenga en el proceso de contratación, debido a que

45 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 10 de febrero de 1992, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

46 Cfr. *Régimen de contratación estatal*, JORGE PINO RICCI (comp.), 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 375.

aquí sí sería un contrasentido pensar que el contratista no ha de estar interesado, pues aquí el interés es legítimo.

La anterior afirmación reitera nuestra opinión de que esta disposición era innecesaria, porque si lo que se buscaba era sancionar penalmente a estas personas: contratista, consultor, interventor, asesor, esto hubiera podido hacerse a través de las normas generales de participación reguladas en la parte general del Código Penal.

La jurisprudencia penal consolidada sobre la materia se condensa así:

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 [...]

Conviene recordar, para obtener un mejor entendimiento del asunto cuestionado, que resulta criterio equivocado requerir, como elemento típico de la conducta analizada, que exista una norma legal que prohíba, con toda precisión, al funcionario la actividad realizada. El error aparece evidente ya que el sistema administrativo opera en forma muy diferente y lo mismo ocurre con la regulación penal. Lo primero porque la pretensión sería la contraria, o sea, exigir la norma legal que permitiera en forma expresa, al empleado público, comportarse en la forma como lo hizo, esto es, propender por su provecho propio, y dejar de lado esta regla: "Los intereses de la Administración Pública son administrativos, económicos y morales. La incompatibilidad puede resultar también de la incoherencia de diversos cargos, de la prohibición de acumulación de ellos, y de la posible pero inadmisibles subordinación del interés público al del funcionario, cuando esos intereses no son, por regla general, paralelos o coincidentes".

[...] 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 (art. 145 C. P. de 1980, hoy 409 C. P. de 2000), 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 ejerce una atribución pública, así no ofenda el reglamento de inhabilidades o incompatibilidades, incurre en el hecho punible comentado.

[...] persigue mantener la función en lo que debe ser: separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia o "interés" particular. Además la naturaleza de este delito es ser formal y no de resultado. De ahí que SOLER enseñe: "la prohibición se funda en la idea de prevención genérica de los daños que con mucho más frecuencia se derivarían si se adoptara el criterio opuesto", vale repetir, dejar que los funcionarios públicos,

simultáneamente con la realización de sus actividades oficiales, atiendan y satisfagan sus "intereses privados"⁴⁷.

El interés previsto por el aludido artículo 145 –hoy 409 C. P. de 2000– no ha de ser, necesariamente, pecuniario, sino simplemente consistir en mostrar una inclinación de ánimo hacia una persona o entidad, con desconocimiento pleno o parcial de principios de neutralidad, objetividad, transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones, elemento subjetivo esencial para la estructuración del delito en estudio. Aunque el defensor indica que la conducta de su mandante, referida al artículo 145 C. P. –hoy 409 C. P. de 2000–, es atípica, por cuanto la Fiscalía es contradictoria en el pliego de cargos al atribuirle por una parte ese interés pero decir que no se buscaba ningún provecho irregular, de donde concluye que no existió la ilicitud imputada, debe advertirse, según el acta n.º 82 de la Comisión Redactora del Código Penal de 1980, donde se analizó lo atinente al actual artículo 145 –hoy 409 C. P. de 2000–, que si bien se adicionó el 167 del anterior estatuto, que 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 ahora se amplió el ámbito a "provecho propio o de un tercero", en ninguna parte se hizo referencia a que ese provecho o utilidad como tal sean de carácter económico, ni ilícitos, connotación ésta que sólo se aplica al interés aludido⁴⁸.

Así, sostiene el defensor de [...] que a éste se "imputa como delictuoso un fenómeno del fuero natural interno, de la voluntad humana, sin ser contrario el derecho (*sic*) dado que todo lo actuado se considera por la acusación como legal salvo el aspecto psicológico mencionado, que de otra parte tampoco es antijurídico". *Se justificaría entonces que el provecho individual avasalle el bien común, malsana costumbre que no por la probabilidad de que pueda encontrarse lamentablemente arraigada en el manejo de los asuntos del Estado deja de ser merecedora del reproche moral, social y jurídico, incluyendo la represión penal por hallarse tipificada como conducta punible*, en el artículo 145 del C. P. actual. 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 tercero⁴⁹.

47 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 8 de junio de 1982, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, *Gaceta Judicial*, n.º 2408, pp. 287 y ss.

48 Se reitera la anterior y se aclara el concepto de interés por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 17 de septiembre de 2000, rad. 14.170, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 2.º sem. de 2000, Editora Jurídica de Colombia, pp. 248 y ss.

49 Se reiteran las anteriores y se aclara el concepto de interés por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de única instancia del 25 de octubre de 2000, rad. 15.273, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, 2.º sem. de 2000, Editora Jurídica de Colombia, pp. 333 y ss.

En cuanto a la oportunidad en la cual, tratándose de contrato, debe manifestarse el interés, ha dicho la Corte Constitucional que se extiende a todas las fases de preparación, celebración, ejecución y liquidación: “Desde esta perspectiva resulta claro que el legislador pretende que el tipo penal *sub examine* proteja el interés general de la actividad contractual en todas sus etapas, desde la fase precontractual hasta la fase de terminación y liquidación”⁵⁰.

Como se señaló en su oportunidad, somos del criterio de que el tipo penal no debe extenderse indebidamente como lo ha entendido, rectificando jurisprudencia anterior, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al señalar que el tipo sólo se refiere a los trámites previos y la celebración del contrato.

Otra cosa es que los actos posteriores tales como la ejecución y liquidación, por ser de materialización de una orden administrativa ya contenida en el contrato, sean entendidos como una “operación administrativa”.

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 estatal.

Del mismo modo, varios sectores de la doctrina han criticado el verbo rector “interesarse”, e incluso se ha planteado su inconstitucionalidad por considerarlo muy amplio y por lo tanto atentatorio del principio de tipicidad.

Lo cierto es que el interés de que se trata no requiere que exista una norma que lo proponga como contrario a la ley. Ya no se trata de un “interés ilícito”, sino “*indebido*” (así el nuevo *nomen iuris* del tipo penal), esto es, por fuera del mandato constitucional que indica e impone que la función pública debe ejercerse al “servicio del Estado y de la comunidad”, esto es, “al servicio de los intereses generales”, de conformidad con la Constitución, la ley y los reglamentos (arts. 123 y 209 C. N.).

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El tipo subjetivo está dado por la voluntad de realizar el acto contractual o la operación interesado indebidamente, lo cual se constituye en un dolo muy especial o particular. No hay que demostrar ninguna voluntad como tal, pues ya el interés la presupone. De manera que se trata, exclusivamente, de un dolo directo.

50 Corte Constitucional. Sentencia C-128 del 18 de febrero de 2003, M. P.: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

No existe posibilidad jurídica de dolo eventual. El interés es inseparable naturalística y jurídicamente del acto contractual o de la operación y por tanto no es viable dejar librada al azar la realización del tipo.

Es posible el error de tipo cuando se yerra sobre los conceptos tramitación y celebración de contrato o realización de una operación. Invencible o vencible, conduce la desestructuración del tipo subjetivo.

C. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Es viable la determinación, tanto por parte de un particular como de un servidor público que no tenga entre sus funciones lo relacionado con la contratación o la operación.

No vemos posibilidad de complicidad, toda vez que el acto de interesarse no necesita de coadyuvancia alguna. Su absoluta instantaneidad no permite que alguien diferente a quien se interese pueda intervenir, y si lo hace es porque realiza actos de coautoría.

Sí es posible la autoría mediata cuando se instrumentaliza, por parte del delegante interesado en la delegación, al delegado de las funciones de tramitación o celebración de un contrato.

d. TENTATIVA

Como se dijo, por ser un acto especial de absoluta instantaneidad no resulta admisible la tentativa.

2. CONCURSO DE DELITOS

Por último, un sector amplio de la doctrina considera que este tipo penal debe ser de carácter subsidiario, so pena de violar el principio del *non bis in idem*, bajo el argumento de que quien viola el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades o celebra un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales de tipos penales dolosos.

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

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Siguiendo los mismos derroteros señalados en el tipo en precedencia, excepcionalmente, sería admisible un estado de necesidad.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Dado el especial requisito del interés indebido sólo es posible la configuración de una conciencia actual de la antijuridicidad.

Prácticamente excluimos la posibilidad de un error de prohibición directo, pues si el sujeto activo debe conocer en el ámbito del tipo que se está frente a un interés indebido, de contera se excluye cualquier posibilidad de hablar de que no conozca la ilicitud del acto.

Salvo en improbables eventos, sólo utilizando ejemplos de laboratorio, podría pensarse en un error directo por la suposición de la existencia de una causal de justificación.

Sí es posible, siguiendo las reglas antes señaladas, incurrir en insuperable coacción ajena o miedo insuperable.

5. PUNIBILIDAD

La pena principal se mantiene en prisión de 4 a 12 años.

Se incrementa considerablemente la pena de multa: será de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Antes era de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La inhabilitación de derechos y funciones públicas pasa de un término que va de 1 a 5 años a ser de 5 a 12 años, lo que significa un incremento considerable en el término de inhabilitación. Así mismo el nuevo Código ya no habla de interdicción sino de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

C. CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES ESENCIALES

El hecho punible lo tipificó el Código Penal de 1980 en el artículo 146, modificado posteriormente por el Decreto 141 de 1980, así:

El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite con-

trato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin observar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años y multa de 1.000 a 100.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Esta disposición —como ya lo hemos comentado— fue modificada por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993 y por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) en los términos ya conocidos. Veamos:

El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales, o lo celebre o liquide sin observar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de 4 a 12 años y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Por último, en lo que se refiere a la celebración del contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, el Código Penal de 2000 establece:

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

Se introduce una muy importante variante, en cuanto se elimina el ingrediente subjetivo del tipo que decía: “con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero”. Por lo tanto en el nuevo Código Penal bastará con tramitar, celebrar o liquidar un contrato sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales para incurrir en la conducta sancionada penalmente; ya no se requerirá probar el ingrediente subjetivo, esto es, el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero.

I. TIPICIDAD

Tal figura podría parangonarse con el prevaricato. No es cualquier violación a cualquier norma contractual la que constituye el delito, sino aquello manifiestamente contrario a la ley —en el sentido que se precisa para tal delito—, esto es, lo que desconozca los elementos esenciales que configuran la contratación estatal.

a. TIPO OBJETIVO

Delimita qué ilegalidades contractuales, esto es, cuáles violaciones al principio de legalidad en el ámbito contractual, merecen, al delimitar los contornos de la afectación al bien jurídico tutelado, un tratamiento penal diferencial respecto de la falta disciplinaria.

— SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es el servidor público. Así mismo hay que recordar la responsabilidad penal en la que puede incurrir el contratista, interventor, consultor y asesor, quienes se consideran particulares que cumplen funciones públicas, adquiriendo la calidad de servidores públicos y perfilándose como eventuales sujetos activos del delito (cfr. art. 56 Ley 80 de 1993).

— SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo, como en todos los demás casos estudiados, es el Estado.

— EL OBJETO MATERIAL

Es el contrato respectivo.

Debe quedar muy claro que se refiere a todo tipo de contrato que celebre la Administración:

No obstante estar frente a un contrato cuyo contenido se regula en el ámbito del derecho privado, no debe perderse de vista que es un convenio que realiza la Administración Pública y sus objetivos y alcances tienen que estar sometidos al interés general, en procura del bien común.

Por ello, no se puede tener en cuenta sólo lo previsto en el artículo 1501 del C. C., que hace referencia al contenido esencial del contrato, porque el convenio estatal tiene otras exigencias básicas, adicionales a lo que se conoce como elementos sustanciales del negocio jurídico y el artículo 146 del C. P. —hoy 410 C. P. de 2000— incluye tres estadios cardinales de la contratación administrativa, involucrando de tal manera requisitos legales esenciales en la tramitación, en la celebración y en la liquidación del contrato estatal.

Se observa además que en el trámite del contrato se deben aplicar los principios de planeación, transparencia y escogencia objetiva. Su celebración ha de estar ceñida a la estricta legalidad, con cumplimiento de los requisitos de existencia y validez. La liqui-

dación también debe seguir el principio de legalidad y la conmutatividad, pues se procura dejar resuelta cualquier diferencia económica entre las partes.

Así mismo, el principio de planeación impide que el trámite, la escogencia del contratista, la celebración, la ejecución y la liquidación del contrato se improvisen, debiendo respetarse las directrices técnicas, presupuestales, de oportunidad y de mercadeo, emanadas de la ley.

De ahí que en el numeral 12 artículo 25 de la Ley 80 de 1993 se establezca que, con la suficiente antelación a la apertura del procedimiento de selección y a la firma del contrato, según el caso, se elaboren los estudios, diseños y proyectos requeridos, para que la administración en tiempo oportuno conozca cada uno de los aspectos del objeto de la contratación. Lo que se pone en juego es la indemnidad de la administración pública, sin que sea aceptable que al momento de formalizar el contrato subsistan dudas sobre su necesidad, la calidad de los bienes o servicios y los precios del mercado, imponiéndose así mismo la objetividad en la selección (art. 29 *ibíd.*).

Mediante la transparencia se garantiza la igualdad y el ejercicio del poder con acatamiento de la imparcialidad y la publicidad. Esto último aparece regulado en los ordinales 2.º, 3.º y 4.º artículo 24 de la Ley 80 de 1993 y en el artículo 14 del Decreto 855 de 1994, al disponer que los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir informes, conceptos y decisiones que se rindan y adopten, además de fijar un aviso en donde se invita a presentar propuestas, cuando se trata de enajenación de bienes estatales a través de contratación directa⁵¹.

Al igual que en los otros tipos penales contractuales creemos también que cuando se desconozcan los requisitos esenciales de las llamadas ventas forzadas, judiciales o administrativas, puede configurarse el mentado tipo penal.

— EL OBJETO JURÍDICO Y LA ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico tutelado es, obviamente, la Administración Pública, empero, su afectación tiene ocasión como consecuencia de producirse una deformación en el instituto jurídico, submodalidad legalidad, puesto que se desconocen las formas jurídicas básicas diseñadas para garantizar los principios de igualdad, moralidad, transparencia, objetividad y neutralidad de la actividad contractual del Estado.

La jurisprudencia ha precisado:

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 10 de julio de 2001, rad. 13.681, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

Uno de los principios que gobierna la contratación de la Administración Pública es el de legalidad que encuentra su fundamento en que Colombia es un Estado de derecho, lo que implica que en la función administrativa contractual todos los procedimientos que deban desarrollarse con ocasión del contrato, comprendida su preparación, celebración, ejecución y liquidación, deben cumplirse con pleno acatamiento a la Constitución Política y a las normas civiles, comerciales y administrativas que la rigen. Se trata, pues, de una actividad reglada, en la que la discrecionalidad es la excepción. Sin embargo, no toda inobservancia de los requisitos legales para contratar constituye delito, independientemente de que se pueda configurar falta disciplinaria, sino sólo de los legales esenciales, esto es, de la legalidad esencial [...] La finalidad de la contratación administrativa en un Estado social de Derecho no puede ser simplemente ejecutar el presupuesto público sino cumplir sus propósitos, entre ellos, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la satisfacción de las necesidades colectivas⁵².

— CONDUCTA

La conducta consiste en *tramitar, celebrar o liquidar* un contrato sin el cumplimiento de los *requisitos legales esenciales*.

Obsérvese que, a diferencia de la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, aquí sí se hace referencia a la etapa de liquidación del contrato.

La norma inicialmente expedida se refería en términos generales a la falta de "requisitos" legales, lo que hubiese significado evidentemente una injusticia, pues existen en la contratación administrativa *una serie de requisitos cuyo incumplimiento no implica un atentado grave al bien jurídico protegido*.

Por ello, el Decreto 141 de 1980 introdujo este *elemento normativo del tipo* consistente en que el requisito omitido debe ser de los *esenciales* en los contratos.

El problema es saber cuáles son los requisitos esenciales del contrato, por cuanto la Ley 80 de 1993 no hizo referencia expresa a ello.

Sin embargo, el artículo 13 de la misma Ley 80 consagra una fórmula para resolver este vacío:

De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley...

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 19 de marzo de 2002, rad. 13.085, M. P.: JORGE CÓRDOBA POVEDA.

El artículo 1501 del C. C. estipula:

Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

De acuerdo con lo anterior, de manera genérica son de la esencia de un contrato: la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa lícita. Sin embargo, existen elementos esenciales específicos para cada tipo de contrato; por ejemplo, el precio en el contrato de compraventa.

Una norma así de específica y clara, no existe cuando se auscultar explícitamente los requisitos legales esenciales de los contratos estatales propiamente dichos se trata, cuando de ello debe ocuparse el operador jurídico para cumplir con el relleno del tipo a través de la norma de reenvío. De allí resultó que la Corte Constitucional se vio avocada a decir en su sentencia C-917 de 2001:

El artículo 410 de la Ley 599 de 2000, al igual que el artículo 146 del C. P. anteriormente vigente, describe como conducta delictual el tramitar contratos sin observación de los requisitos legales esenciales, o la celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos, razón ésta por la cual habrá de acudirse, en cada caso, a la norma legal vigente, en cuanto al establecimiento de tales requisitos en cada uno de los distintos tipos de contrato. De esta forma se integra la normatividad vigente para la aplicación de la conducta considerada por la ley como delito, con lo cual el procesado tiene conocimiento de cuáles son los requisitos legales esenciales de tales contratos, sabe que su inobservancia constituye una conducta punible, ya sea al tramitarlos o en la celebración o al liquidarlos, y puede ejercer a plenitud su derecho de defensa, con lo que se da estricto cumplimiento a los artículos 28 y 29 de la C. N.

Esto significa, como es normal y pertinente, que dependiendo del tipo de contrato los requisitos legales esenciales podrán variar.

Una norma que defina los requisitos legales esenciales de un contrato es necesaria siempre y cuando mejore la situación actual que paulatinamente ha ido perfilando y aclarando la jurisprudencia.

De todos modos, se debe tener claro que contrato estatal y contrato privado son disímiles, toda vez que una cosa es la libre autonomía de la voluntad de las partes privadas y otra bien diferente, por su significación ante los principios consagrados en los artículos 6.º, 123 y 209 de la C. N., la de quien contrata en

nombre del Estado, quien lo debe hacer en interés del bienestar general. De allí que si bien los requisitos legales esenciales de carácter general pueden coincidir en algunos puntos específicos, no puede llegarse al extremo de identificarlos, en tanto la contratación pública reclama un interés general cuya orientación mire al Estado y la comunidad.

Por motivos de orden público el Estado al regular los asuntos entre los privados debe y puede exigir requisitos, pero los mismos tienen que ser mínimos y sobre todos esenciales, dado que se debe dar a la autonomía privada el mayor marco de libertad en su regulación, pues el contrato privado no es más que la autodisposición de los intereses privados.

Ello no ocurre cuando se trata de regular la cosa pública, especialmente en lo referente a la contratación estatal, pues aquí se encuentran en juego el patrimonio público y la moralidad pública, como también la necesidad de asegurar principios como la igualdad, transparencia, objetividad y neutralidad; por tanto, los requisitos exigidos siempre tienen que ver con una regulación especial que determina su respeto cabal y muy poca autonomía a la voluntad de las partes, pues el Estado impone allí ciertas prerrogativas que no es dable negociar.

Cada contrato por sí mismo, cuando es regulado, va exigiendo dichos elementos, de tal forma que no lo hace teniendo en cuenta una mínima regulación sino unas máximas de exigencia determinadas por los principios.

Es así como, si los contratos privados se rigen por la voluntad privada y el Estado sólo exige un mínimo de requisitos, los contratos públicos se rigen por principios (art. 209 C. N. y Ley 80 de 1993) que definen y determinan, como lo tiene señalado la técnica de los códigos que se gobiernan por los mismos, no sólo la constitución de las instituciones sino además la interpretación de las normas posteriores conforme a ellos.

Esa técnica le defiere al juez la determinación de los requisitos esenciales y no a la ley de manera específica, pues la misma tendría que ser absoluta y demasiado casuística como para aprehender cuáles son los requisitos esenciales de cada uno de los contratos estatales, sin contar con aquellos atípicos en los cuales la ley no podría tener incidencia. Siempre, obviamente, con la contingencia de que algunos se queden por fuera.

La jurisprudencia colombiana ha sido rica en la determinación de tales requisitos y por tanto el asunto ha sido adecuadamente manejado por los operadores jurídicos.

Algunos sectores doctrinales critican la redacción del tipo penal porque consideran que mal podría hablarse de celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales, cuando a la luz de las normas del

Código Civil si el contrato no cumple con los requisitos legales esenciales no produce efecto alguno, esto es, será inexistente:

De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son solemnes, pues se perfeccionan cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se lleve a escrito. Por su parte, el artículo 39, al señalar la forma de los contratos, es perentorio al disponer que constarán por escrito, y lógicamente serán suscritos, con lo cual se concluye que en la contratación estatal no hay contratos verbales, ni meramente consensuales⁵³.

Dice el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 sobre el perfeccionamiento del contrato:

Los contratos se perfeccionarán cuando se logre el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica de presupuesto.

Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción del contrato escrito, se prescindirá de éste y aun del acuerdo acerca de la remuneración; no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la prestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno, y, a falta de éste, por un perito designado por las partes...

Artículo 39. *De la forma del contrato estatal.* Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

53 Cfr. PALACIO HINCAPIÉ. *La contratación*, cit., p. 32.

Parágrafo. No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales [...]

En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en que hubiese delegado la ordenación del gasto.

También hay que decir que los contratos serán más o menos solemnes de acuerdo a la cuantía de los mismos. En relación con este punto el artículo 25 del Decreto 679 de 1994 (reglamentario de la Ley 80 de 1993) considera como solemnidad plena la elaboración de un escrito que contenga los elementos esenciales del contrato (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita) y las demás cláusulas que haya que incorporar en atención a la naturaleza del contrato, las condiciones que se hayan consagrado en los pliegos o términos de referencia y su publicación en el *Diario Oficial* o gaceta de la entidad (num. 3 art. 41 Ley 80 de 1993, en concordancia con los arts. 24 y 25 Dcto. 679 de 1994).

Los demás contratos, salvo el caso de la urgencia manifiesta, deben cumplir unas ritualidades mínimas (art. 25 Dcto. 679 de 1994). Por su parte, la Ley 80 de 1993 en su artículo 42 trata de la urgencia manifiesta:

Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Parágrafo. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

De la norma transcrita se observa que las reglas sobre perfeccionamiento del contrato se flexibilizan tratándose de contratación de urgencia.

Existen algunos contratos que deben llenar lo que se ha denominado solemnidades *ab substantiam actus*, las cuales deben cumplirse para que el acto nazca a la vida jurídica. En la Ley 80 de 1993 deben elevarse a escritura pública

aquellos contratos que implican mutación del derecho de dominio o imposición de gravámenes sobre bienes inmuebles (art. 39).

Por último, para la ejecución del contrato es necesaria la aprobación de la garantía única de cumplimiento y que existan las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de contratación con recursos de vigencias futuras.

Consideramos que se incurre en el tipo penal en estudio cuando se omite el requisito de licitación o concurso público, pues si bien es cierto la Ley 80 de 1993 no habla expresamente de que se trata de un requisito esencial, sí lo es porque de su espíritu se desprende que lo que buscó el legislador fue garantizar transparencia y la selección objetiva del contratista. Ello también resulta predicable de todos aquellos requisitos mínimos en tratándose de contratación directa, como ocurre en los supuestos del artículo 3.º del Decreto 855 de 1994.

En anteriores ediciones, con fundamento en la norma penal vigente, opinábamos que lo que nutre de ilicitud el comportamiento es el ingrediente subjetivo del tipo, pues el agente debe intervenir *con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero*.

Empero, hoy, el sólo incumplimiento de los requisitos esenciales en la celebración de los contratos es punible, en la medida en que el agente deforma el instituto jurídico que busca asegurar los principios contenidos en los artículos 3.º, 6.º, 123 y 209 de la C. N. Desde luego, si se obtiene un provecho ello constituirá un mayor reproche, pero ninguna incidencia en la estructura típica tiene el que no se obtenga el provecho ilícito para el agente, el contratista o el tercero.

Ese sería el caso del servidor público que omite el requisito de la licitación pública para poder contratar con su amigo o pariente, de quien a su vez va a recibir un beneficio económico.

Finalmente, se tiene que las etapas que son objeto de ocupación por el delito de celebración indebida de contratos por violación a los requisitos legales esenciales se circunscriben a la tramitación previa a la celebración, la celebración y su liquidación. Determinar cuáles son los requisitos legales esenciales que se deben cumplir en cada una de dichas etapas de la actividad contractual es asunto librado al derecho administrativo de la contratación, de lo cual se ocupa la doctrina especializada. Sobresale, por la exposición detallada y por incardinar derecho administrativo y derecho penal, la obra del importante jurista JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA⁵⁴.

54 *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000; nueva edición como tomo del *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, en prensa.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se aplican las mismas reglas referidas para la celebración indebida de contratos por violación al régimen constitucional o legal de inhabilidades e incompatibilidades.

c. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Predícase lo mismo del aparte anterior.

d. TENTATIVA

Es admisible la tentativa, puesto que se trata de un delito de resultado: la producción de un acto jurídico contrario a la ley. Se imponen aquí las mismas reglas que se esbozarán cuando se trate el delito de prevaricato.

2. CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES

En algunos casos la violación al régimen de la contratación puede concurrir con otros delitos como el cohecho, la concusión o el prevaricato. El primer caso se daría cuando el agente, por ejemplo, desconoce las normas legales esenciales que rigen la contratación por haber recibido dinero u otra utilidad del contratista. La segunda hipótesis se presentaría si el servidor público exige dinero o dádivas para celebrar, tramitar o liquidar un contrato ilegal. Y el tercer evento se generaría si, por ejemplo, el empleado expide una resolución manifiestamente ilegal, en el proceso de la tramitación del contrato, con el objeto de “facilitar” su celebración por vías más expeditas que no aseguran el principio de transparencia.

El delito de celebración indebida de contratos por desconocimiento de los requisitos legales esenciales, según la jurisprudencia, puede ir acompañado del delito de prevaricato, tal como sucede, por ejemplo, cuando se declara una urgencia manifiesta sin fundamento (prevaricato) y con base en dicho acto se evade la licitación pública⁵⁵.

Cuando se aprueba un remate o una adjudicación en contra de los requisitos legales esenciales nos encontramos ante un aparente concurso de los tipos de celebración indebida de contratos y prevaricato, prevaleciendo el primero por ser especial.

55 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de septiembre de 2002, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 420.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Se reitera lo dicho para los otros delitos de celebración indebida de contratos.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Mutatis mutandi se siguen las mismas reglas señaladas para el tipo del artículo 408 del nuevo C. P.

5. PUNIBILIDAD

La pena principal se mantiene en prisión de 4 a 12 años.

Se incrementa la pena de multa, que como ya lo hemos mencionado en relación con los tipos penales anteriores será de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes. En la actualidad es equivalente a una suma de entre 10 y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, se incrementa la pena de interdicción, hoy de inhabilitación, pasando de un término que iba de 1 a 5 años a uno de entre 5 a 12 años.

En el tratamiento punitivo que le daba la fórmula original del Código Penal de 1980 a estos tres delitos existían fallas protuberantes. Así, por ejemplo, la conducta menos grave —por cuanto no exigía ningún propósito de aprovechamiento—, como la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se sancionaba con pena cualitativamente menor (arresto) pero cuantitativamente mayor (1 a 5 años) que los otros dos atentados graves contra el bien jurídico protegido.

La pena de 6 meses a 3 años de prisión era considerablemente menor a la señalada para comportamientos contra el patrimonio particular, mucho menos significativo que los que afectan a un sector importante de la Administración Pública, como el relativo a la contratación administrativa.

Como ya lo hemos mencionado, la pena actualmente es la misma para los tres tipos penales estudiados en este capítulo: prisión de 4 a 12 años y multa de 10 a 50 salarios mínimos legales.

III. LA COMISIÓN POR OMISIÓN

Se aplican las mismas reglas esbozadas para el peculado en comisión por omisión y tienen cobertura sobre las tres figuras típicas de la celebración indebida de contratos.

Las posiciones de garante fue tema especialmente tratado en la parte general de esta parte especial.

Creemos que no sólo se aplica la comisión por omisión respecto de los delitos de celebración indebida de contratos, sino también de otros con los cuales éstos están muy vinculados por razón de la complejidad de los trámites contractuales: por ejemplo, el prevaricato, si se declara, en acto manifiestamente ilegal, desierta una licitación pública.

Si bien para la figura de la comisión por omisión se requiere estar ante un tipo penal de acción, no es menos cierto que, si un delegado para la contratación o el responsable de la misma en una entidad no ejerce los poderes de control delegante-delegado o sobre sus subalternos que por ley realizan trámites contractuales, incurriendo estos en prevaricato por omisión, el delegante y responsable de la contratación también incurrirá en tal delito por incumplimiento de los deberes propios de su órbita funcional. El prevaricato por omisión consistirá en no retomar la facultad delegada.

Sólo admite la modalidad dolosa.

CAPÍTULO SEXTO
Tráfico de influencias

El tráfico de influencias era uno de los delitos contra la Administración Pública que podía ser cometido por un particular. Como lo señalamos anteriormente, la norma general es la de que éstos son delitos especiales, por la calidad del sujeto agente, y sólo por excepción podrán ser realizados por individuos que no tengan esa calidad.

Tal visión jurídica cambió, toda vez que con la nueva redacción ofrecida por el Código Penal de 2000 sólo puede ser sujeto activo el servidor público. Claro está que los particulares, como se explicó en la parte general integral, pueden intervenir en calidad de partícipes.

I. NOCIÓN

Se afirmaba en ediciones anteriores que la idea general que se tenía del delito no correspondía en verdad a su concepción jurídica.

Cuando en el lenguaje corriente se habla de "tráfico de influencias" se suele pensar en el delito de cohecho.

En el antiguo tráfico de influencias, en verdad, se protegía el bien jurídico de la Administración Pública de una manera "externa", en la medida en que con él se pretendía evitar la influencia de factores extraños en las determinaciones de los administradores del Estado, pero ello era una mera pretensión, puesto que si la conducta en realidad sólo quedaba como atentado contra el patrimonio económico cuando no se accedía al servidor público en búsqueda de una determinada decisión o servicio, la afectación al bien jurídico institucional se quedaba en el marco de la incidencia en el buen nombre de la Administración, pero no en el correcto desempeño de la misma.

De manera tal, si se aplicara con rigor el principio de la antijuridicidad material, la mayoría de los comportamientos que se adecuaban típicamente al antiguo tipo de tráfico de influencias carecerían de la potencialidad real de afectación al bien jurídico del correcto desempeño de la Administración Pública, pues se quedaban en la mera exacción patrimonial a particulares, lo cual era constitutivo de una estafa. Y cuando en realidad se afectaba la Administración Pública existía otro delito como el cohecho, por ejemplo.

Así, en términos semejantes, se pronunciaba ARENAS: "Si el sujeto recibe o se hace entregar o prometer dinero u otro provecho ilícito, no para obtener favor, sino para comprar por este medio la justicia o la injusticia, no puede hablarse de tráfico de influencias, sino de cohecho o de soborno. Obtener favor equivale a conseguir una decisión, declaración, dictamen o versión gratuitos para el funcionario, el testigo, el perito o el intérprete, de quienes se ofrecen a alcanzar esos resultados merced a influencias reales o simuladas, nunca por precio o remuneración"¹.

Empero, hoy se le ha dado al tráfico de influencias su verdadera dimensión. Antes la doctrina le daba el nombre de "venta de humo"; no obstante, más bien el tipo debió ser calificado como "distribución de falsas expectativas", en tanto su nombre no reflejaba lo que la comunidad esperaba de dicho control social; mientras tanto, conductas aberrantes como las que la sociedad creía por sentido común que se estaban combatiendo dejaban en la mayoría de los casos a sus autores en la impunidad, pues sólo eran castigadas cuando el sujeto pasivo también incurría en delito y tenía el valor de poner en conocimiento de las autoridades de dónde se había originado el acto delictivo.

II. ANTECEDENTES

Aun cuando los elementos son distintos, tanto para el Código Penal de 1980 como el del 2000 el antecedente inmediato de esta disposición puede encontrarse en el artículo 198 del Código de 1936, ubicado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. Decía esta norma:

El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de 15 días a 1 año y multa de 50 a 3.000 pesos.

En el proyecto de 1974 se incluyó ya este comportamiento dentro de los delitos contra la Administración Pública. En el artículo 172 de este estatuto se disponía:

El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero u otra utilidad con el fin de obtener favor de la autoridad que esté en conocimiento de algún asunto o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ella pueda desarrollar, incurrirá en prisión de 1 a 4 años.

Si quien realizare la conducta descrita en el inciso anterior fuere funcionario o empleado público o trabajador oficial, la pena imponible se aumentará de una tercera parte a la mitad.

El anteproyecto de 1976 "creó" otra modalidad del delito referida al tráfico para la "postulación" o nombramiento de determinados empleados. El artículo 178 en efecto establecía:

¹ ATONIO VICENTE ARENAS. *Comentarios al Código Penal colombiano, Parte especial*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1983, p. 84.

El que invocando las influencias reales o simuladas que pueda interponer, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o cualquier otra utilidad, con el fin de obtener que otro sea postulado, elegido o nombrado como auxiliar de la justicia o para un empleo oficial o cargo público, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años y multa de 500 a 20.000 pesos.

En el anteproyecto de 1978 se conservó la misma fórmula que se acaba de transcribir.

El texto final del artículo original del Código Penal de 1980 quedó contemplado en el artículo 147 así:

El que invocando influencias reales o simuladas, reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años y multa de 1.000 a 50.000 pesos.

Esta norma posteriormente fue modificada por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción). Veamos:

Artículo 147. El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de 4 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Las modificaciones que realizó la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) a la norma en estudio son las siguientes:

1. En cuanto al ingrediente subjetivo, actualmente se consagra la expresión: "con el fin de obtener cualquier beneficio", mientras el texto original del Código Penal de 1980 estipulaba el término: "con el fin de obtener favor".
2. Se eliminó la referencia al testigo que hacía el texto original del Código Penal de 1980.
3. Se incrementó la pena privativa de la libertad; pasó de un término entre 6 meses y 4 años a uno que va de 4 a 6 años.
4. Así mismo se aumentó la pena de multa, que actualmente es de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; anteriormente era de 1.000 a 50.000 pesos.
5. Se consagró una interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Sobre la estructura típica del antiguo tipo de tráfico de influencias habíamos señalado que el sujeto activo era indeterminado ya que la acción podía ser realizada tanto por un servidor público como por un particular.

No era propiamente un tipo plurisubjetivo, como lo afirmaba FERREIRA DELGADO al señalar que no sólo podía ser agente quien recibiera el dinero o la dádiva, pues deviene en tipo plurisubjetivo y por lo tanto “son coautores del tráfico el mediador o traficante tanto como el interesado que por conducto suyo compra la función del empleado oficial, quien bien puede ser ajeno a este pacto”², toda vez que no se requería la intervención necesaria de varias personas.

La acción sólo la realizaba quien hacía dar o prometer para sí o para un tercero. Podía él cometer el hecho sin necesidad de intervención de extraños; llamábase “beneficiario” de su acción de traficante o servidor público. Quien daba el dinero al “intermediario” no realizaba el tipo que se analiza.

La conducta consistía en recibir, hacer dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádivas con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que estuviere conociendo o hubiere de conocer, y alegando las influencias reales o simuladas que ante el mismo pudiera desarrollar.

El ingrediente subjetivo del tipo estaba dado por las expresiones “con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer”. El sujeto agente recibía el dinero, la dádiva o aceptaba la promesa con la finalidad descrita, y es este aspecto el que en cierta forma justificaba, aun tenuemente, la inclusión del comportamiento dentro de los delitos contra la Administración Pública.

Al igual que en el cohecho, podía darse una modalidad que no implicaba necesariamente bilateralidad, como cuando el particular ofrecía al servidor público un dinero que éste no aceptaba.

Por excepción podía pensarse en una hipótesis de determinación por parte de quien daba el dinero a la persona que decía desplegaría sus influencias reales o simuladas en relación con el servidor público.

Para que se configurara el antiguo delito de tráfico de influencias era necesario recibir o hacerse prometer para sí, nunca para el funcionario, pues en estos casos el delito debería recibir distinta denominación jurídica³.

A nuestro juicio, como bien lo expusimos en ediciones anteriores, esta figura no tenía razón de ser y resultaba aconsejable que desapareciera del Código Penal, por lo menos como delito contra la Administración Pública, habida cuenta que planteaba las siguientes situaciones:

a. Que el sujeto activo recibiera de alguien un dinero alegando una influencia simulada. Esta hipótesis es frecuente en el país, cuando al nombrarse un ministro,

² FRANCISCO FERREIRA DELGADO. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, p. 138.

³ VICENTE ARENAS. *Compendio de derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982.

o un empleado de rango importante, le aparecen un sinnúmero de parientes y de amigos "íntimos". Si un tercero entregaba dinero a uno de esos "vividores" que alegan influencias que realmente no tienen (por ejemplo, para el nombramiento de personal), simplemente estaba siendo víctima de un engaño con consecuencias patrimoniales. La conducta bien podría encausarse en el tipo legal de estafa.

b. Que el agente recibiera el dinero alegando influencias que realmente tuviera ante el servidor público, pero que finalmente no las utilizara. La solución en este caso es la misma contemplada para la hipótesis anterior. Claro está que en ambos casos, si el "beneficio" que se buscaba era de contenido ilícito, no podría el "perjudicado" alegar engaño, por cuanto el objeto de la negociación era de carácter indebido. Sería el mismo caso de quien denunciaba por estafa a alguien por haberle vendido como marihuana una sustancia inocua.

c. Que el "vendedor de humo" recibiera el dinero y ejerciera realmente su influencia sobre el servidor público. En este evento podían darse a su vez dos subhipótesis: 1. Que la influencia no lograra obtener el "beneficio" por parte del servidor público, caso en el cual no veíamos de qué manera podía afectarse la Administración Pública; 2. Que la influencia sirviera para obtener del servidor público el "beneficio" que el traficante buscaba, caso en el cual el agente del Estado era autor de un delito de cohecho en cualquiera de sus modalidades; claro está, siempre y cuando se encontraran presentes los restantes requisitos. Ya explicábamos cómo ese "beneficio" no podía ser el simple ejercicio de la función pública.

Y en estos casos de "eficacia" de la influencia, bien podríamos estar en el terreno de la determinación.

Tales razones, sin duda alguna, aconsejaron al legislador del 2000 para redactar una norma acorde con los tiempos presentes y la verdadera corrupción de actualidad.

La conducta anterior ha sido hoy recogida como un modelo de estafa agravada: la estafa será agravada cuando "Se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer" (num. 3 art. 247 *ibíd.*).

III. EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 2000

A. TIPICIDAD

Del antiguo delito de tráfico de influencias sólo queda el nombre. En relación con la reforma introducida por el Código Penal de 2000, el tipo penal quedó redactado así:

Artículo 411. *Tráfico de influencias de servidor público.* El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de 4 a 8 años, multa de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones y funciones públicas de 5 a 8 años.

Las modificaciones que introduce la reforma al Código Penal son las siguientes:

a. Se convierte en un tipo penal con sujeto activo calificado, esto es, sólo puede incurrir en el mismo quien tenga la calidad de servidor público. Antes podía incurrir en este delito tanto el particular como el servidor público, toda vez que el Código anterior utilizaba la expresión “el que”.

b. En cuanto al verbo rector, el nuevo tipo penal habla de “utilizar indebidamente”, mientras el Código Penal de 1980 consagra la expresión “invocando”; esta modificación tiene connotaciones en cuanto al momento consumativo del tipo, pues la conducta se sancionaba por el simple hecho de hacerse dar o prometer al invocarla, sin que importara si era o no ejercida; es por ello que se eliminó la referencia a las influencias simuladas, al consagrar la expresión “influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función”, lo que significa que la influencia ha de ser real, porque para la consumación de la conducta ha de ser utilizada. Por último, la nueva redacción elimina la expresión “haga dar o prometer para sí o para un tercero”, que utilizaba el Código de 1980; basta con utilizar indebidamente en provecho propio o de un tercero la influencia.

c. En cuanto al ingrediente subjetivo, sigue siendo el mismo: “con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer”.

I. TIPO OBJETIVO

El tipo objetivo del antiguo tráfico de influencias sufrió profundas modificaciones. Hoy por hoy se trata de una conducta totalmente diferente.

a. SUJETO ACTIVO

Sólo lo puede ser el servidor público. Como también se puede configurar el delito por el “abuso de la función”, es posible que incurran en tráfico de influencias los servidores públicos por asimilación, por ejemplo, aquel particular que ejerce funciones públicas y en temática relacionada con las mismas pretende obtener, utilizando indebidamente su situación de privilegio frente a otros, algún

beneficio relacionado con un asunto a cargo de otro servidor público real o por asimilación.

El sujeto activo está constituido por servidores públicos con cierto y real poder de influencia, esto es, combate los verdaderos abusos de poder, toda vez que el tipo antiguo reprimía conductas que en la gran mayoría de las veces son llevadas a cabo por sujetos sin mayor capacidad de daño, lo que indicaba que sus destinatarios eran "los de ruana".

b. SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo es el Estado.

c. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública, evitando que aquellos que ostenten cargos públicos o ejerzan funciones públicas, que los coloquen en situación de privilegio, lleven a cabo actos de abuso por medio de influencias dentro de la Administración, pretendiendo obtener provecho propio o ajeno de la misma, lo cual rompe el tratamiento imparcial, neutro, transparente e igualitario que todos deben recibir de la Administración Pública, utilizándola como medio para obtener sus protervos intereses.

Se busca proteger el instituto funcional en orden a garantizar el cumplimiento en debida forma de las funciones estatales. Ello debe realizarse bajo estrictos parámetros guiados por los fines estatales y el interés general.

Se deforma así el instituto funcional.

d. OBJETO MATERIAL

Lo es el otro servidor público, real o por asimilación, hacia el cual se dirigen las indebidas influencias y de quien se espera la obtención del beneficio para sí o para otro. Se trata de un objeto material de naturaleza personal, empero, lo que se pretende por el sujeto activo debe tener relación con el cargo o función pública que ejerce el sujeto pasivo: "en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer".

e. CONDUCTA

Consiste simplemente en utilizar indebidamente las influencias derivadas del cargo o de la función pública que se ejerce.

No se trata de influencias por razones personales, profesionales, gremiales, etc., pues las mismas deben tener relación "con el cargo o la función", habida cuenta que si no fuere así no se estaría abusando de los mismos.

Lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos diseñados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la Administración Pública.

No se requiere resultado alguno, esto es, no se exige que se obtenga ni medianamente algún éxito en la gestión. Basta que se ejerzan los actos abusivos de influencia.

Como se anotó, no se requiere siquiera que el otro servidor público prometa el acto del cual se va a derivar el beneficio a favor del agente activo o de un tercero, toda vez que ello hace parte de lo que se conoce como "agotamiento" del delito en aquellos tipos que requieren elementos subjetivos del tipo, lo cual es una circunstancia extratípica.

2. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

En primer lugar debe precisarse que contiene un ingrediente subjetivo del tipo: "con el fin de obtener cualquier beneficio". Ese beneficio puede ser económico, profesional, laboral, etc.

Sólo admite el dolo directo. Consiste en conocer los elementos del tipo y querer su realización.

No es posible el dolo eventual ni la culpa. Lo primero por cuanto el dolo eventual quedaría excluido por el ingrediente subjetivo del tipo, habida cuenta que tal modalidad de imputación se funda esencialmente en el elemento cognoscitivo y si se exige más de lo volitivo se cae en el dolo directo (art. 22 C. P. de 2000); lo segundo, por la implantación del sistema de *numerus clausus* en materia de imputación subjetiva culposa (art. 21 *ibíd.*).

Es casi imposible admitir un error de tipo. Es tan evidentemente abusivo el tráfico de influencias, como exceso de poder, que al rompe cualquiera tiene capacidad intelectual de saber que se abusa del cargo o de la función; sobre todo que aquellos servidores públicos con capacidad de influir son quienes ocupan posiciones privilegiadas, a las cuales no llegan sino los que conocen bien el funcionamiento de la Administración Pública, precisamente para llevar a cabo este y cualquier otro tipo de "tropelías y torcidos".

3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Es posible la coautoría: varios servidores se valen de sus cargos o funciones para influir sobre otro u otros.

La complicidad estaría dada cuando un particular o un servidor público sin poder real de influir intervienen en la utilización indebida del cargo o de las funciones del servidor público.

La autoría mediata y la determinación parecen disolverse en la coautoría, pues muy difícilmente se va a instrumentalizar o a determinar a un servidor público con real poder de influencia, pues si bien no exige el tipo una calificación extra sobre ello, es pertinente señalar que para poder influir, el cargo y la función reclaman una persona con ciertas calidades no necesariamente intelectuales, pero sí vinculadas con el conocimiento de lo que es el poder real y cómo funcionan sus hilos y los intrínquilis del poder público.

4. TENTATIVA

No resulta admisible la tentativa, pues ya los actos de influencia se constituyen en consumación. Se juntan, temporal y espacialmente, de manera inescindible los actos ejecutivos y consumativos.

5. CONCURSO DE DELITOS

Si el acto a cargo del sujeto pasivo, del cual derivaría el beneficio, es constitutivo de un delito, de realizarse convertiría al traficante de influencias en determinador de concusión, cohecho, prevaricato, celebración indebida de contratos, etc. De allí que se trate de un aparente concurso de tipos.

Resulta un muy buen instrumento para luchar contra la corrupción, permitiéndole a los servidores públicos honestos revelarse contra las indebidas influencias presentando resistencia a las mismas y denunciando a sus autores, por lo general depredadores de la cosa pública.

B. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Sólo excepcionalmente se admitirían causales de justificación. Vale, guardando las diferencias, lo expuesto en el análisis típico de otros delitos contra la Administración Pública.

C. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Basta la conciencia actualizable de lo injusto del acto. Quien realiza actos de traficante de influencias, por lo evidentemente anormal de la conducta, ya de entrada se encuentra alerta sobre las dudas de que su comportamiento sea

antijurídico, y si no las despeja cuenta como suyo el acto integralmente antijurídico. Por tanto resulta muy difícil admitir un error de prohibición.

D. PUNIBILIDAD

Se incrementa el tope máximo de privación de la libertad en 2 años, es decir, en el Código Penal de 2000 es de 8 años; antes era de 6. El tope mínimo se mantiene en cuatro años.

Se aumenta considerablemente la pena de multa, que es de 100 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes; antes la multa era de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La expresión interdicción es cambiada por la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas. Era de 5 a 8 años y en el nuevo Código Penal es por el mismo término de la pena principal.

CAPÍTULO SÉPTIMO
Enriquecimiento ilícito

I. NOCIÓN

En términos generales puede entenderse por enriquecimiento ilícito del servidor público todo aumento de su patrimonio, derivado, directa o indirectamente, del ejercicio del cargo.

Decimos que en términos generales por cuanto, por las razones que estudiaremos más adelante, la disposición que en el Código regula la figura es de carácter subsidiario y sólo se aplica en la medida en que el hecho no corresponda a otro tipo legal. Lo que ocurre es que no todo aumento patrimonial derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo, por parte del servidor público, tiene necesariamente el carácter de ilícito.

En este orden de ideas, es enriquecimiento ilícito el que proviene del peculado, del cohecho, de la concusión o del prevaricato. En la disposición que analizamos se ha querido sancionar el enriquecimiento cuando por diversas razones —principalmente de orden probatorio— no puede establecerse el exacto origen delictuoso de la fortuna del servidor público.

II. ANTECEDENTES

En el Código Penal de 1936 no se contemplaba norma alguna que, independientemente de los tradicionales delitos contra la Administración Pública, permitiera sancionar el enriquecimiento indebido por parte de los funcionarios del Estado.

En la medida en que creció el intervencionismo estatal y en que los negocios con los entes de derecho público se hicieron más cuantiosos, comenzó el país a observar cómo, “de la noche a la mañana”, aparecían empleados con fortunas fabulosas, sin que pudieran dar para ello una explicación satisfactoria.

En situaciones como ésta el empleado quedaba sin sanción si el Estado no lograba demostrar que ese enriquecimiento indebido era el producto de peculado, cohecho, concusión o cualquier otro delito contra la Administración Pública. El servidor público deshonesto se amparaba así en el temor por parte del particular en denunciar estos hechos por las dificultades que implicaba para el propio denunciante. Además en ocasiones resulta en extremo difícil probar en forma concreta la comisión de un delito contra la Administración (prevaricato o concusión).

El estatuto penal de 1936 sólo se ocupaba, como figura próxima, de las denominada “negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas” (art. 167); con lo cual se indica que la figura en estudio no existía en el estatuto punitivo.

Por esta razón comenzó a “sentirse la necesidad” de expedir una norma que sancionara el enriquecimiento ilícito del “servidor” del Estado en aquellos casos en los cuales no fuese posible demostrar la existencia de otro delito principal. En cierta medida resulta mucho más fácil confrontar el patrimonio anterior y posterior del servidor público que demostrar los elementos de un delito como la concusión o el cohecho.

El anteproyecto de 1974, artículo 171, describió por vez primera el comportamiento en los términos siguientes:

El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga para sí o para un tercero un incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio del cargo, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de 1.000 a 500.000 pesos.

La conducta consistía entonces en obtener incremento patrimonial no justificado, complementado por la circunstancia de tiempo, en el sentido de que el hecho era punible si el indebido incremento ocurría “durante el ejercicio del cargo”. Así se explicó en la exposición de motivos la necesidad de la norma:

Se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior cuando el funcionario público o el trabajador oficial obtiene para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo. Es esta modalidad de comportamiento altamente reprochable, que merece, por lo mismo, el más enfático rechazo social y jurídico. Aunque a primera vista parece este delito de difícil prueba, las declaraciones de renta que el funcionario debe presentar al ingresar al cargo y al salir de él servirán de prueba documental valiosa respecto de la naturaleza y alcance de su enriquecimiento¹.

El anteproyecto de 1976 varió sustancialmente la descripción de la figura, así:

El empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los 2 años siguientes a la dejación del mismo obtenga para sí o para un tercero dinero o cualquiera otra utilidad indebida por razón de su cargo o de la influencia derivada del mismo, y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 1 a 8 años y multa de 1.000 a 500.000 pesos.

Se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior el empleado oficial que durante el ejercicio del cargo o en los 2 años siguientes a la dejación del mismo obtuviere para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado o hiciere gastos que no guarden proporción con sus ingresos lícitos.

1 Anteproyecto de Código Penal colombiano, cit., p. 797.

Para los efectos previstos en este artículo, la Procuraduría o el funcionario de instrucción podrán investigar el patrimonio de terceros enriquecidos por el empleado o el de aquellos con quienes éste pretenda ocultar el delito.

La acción penal sólo podrá iniciarse a petición de la Procuraduría General de la Nación.

Como características principales de este proyecto, y que nos servirán para el análisis de la disposición vigente, podemos destacar las siguientes:

1. No planteaba el problema en términos de enriquecimiento ilícito, sino de obtención de utilidad indebida.
2. Esta obtención estaba vinculada no al ejercicio del cargo sino a la "influencia derivada del mismo".
3. En cuanto a la circunstancia de tiempo, no la limitaba al ejercicio del cargo, sino que la extendía "a los 2 años siguientes a la dejación del mismo".
4. Establecía dos presunciones para facilitar la prueba del hecho: el incremento patrimonial no justificado y la desproporción entre ingresos lícitos y gastos.
5. En el plano procesal permitía averiguar el patrimonio de terceros y exigía como condición de procedibilidad la querella del Procurador General de la Nación.

El proyecto de 1978 conservó las normas anteriormente transcritas del proyecto de 1976.

Sin razón válida aparente se abandonó finalmente la fórmula comentada y se incluyó la original del Código Penal de 1980, a nuestro juicio de difícil aplicación y menos afortunada que la contemplada en los proyectos de 1976 y 1978:

El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 1 a 8 años, multa de 20.000 a 2.000.000 de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 10 años.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

La disposición tenía un tercer inciso que decía:

Las pruebas aducidas para justificar el incremento patrimonial son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto.

La última parte del artículo fue declarada inexecutable por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 9 de diciembre de 1983. El argumento fue el de que tal

disposición implicaba una autolimitación del Estado para la investigación de los delitos, que resultaba contraria al mandato de los artículos 16, 143 y 26 de la C. N. de 1886. Al punto dijo la Corte Suprema de Justicia:

De otra parte, frente al postulado normativo del artículo 16 de la Constitución, que le impone al Estado el deber de proteger a las personas en su vida, honra y bienes y al mandato superior del artículo 143 que le otorga la potestad, por intermedio del Ministerio Público, de defender los intereses de la Nación y de perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social, resulta incompatible prescribir en norma de carácter legal que una prueba aducida para demostrar que no ha habido incremento patrimonial a costa del erario adquiera el carácter petrificante de reservada, intransmisible e inoponible frente al propio Estado, que tiene como función el logro de la verdad respecto de eventuales conductas punibles de naturaleza distinta que resultaren amparadas impunemente con ese extraño fuero.

Ninguna norma legal, por loable que parezca, puede impedirle al propio Estado su indeclinable tarea de guarda de la integridad, vida, honra y bienes de la persona y de la tutela del bien común y del sosiego social, impuesta por la Constitución. Frente a ella es incompatible prohibirle a la autoridad utilizar una prueba allegada a determinado proceso "para ningún otro efecto", siendo que los artículos superiores 16 y 143 la conminan precisamente a lo contrario.

Dado el mandato del artículo 26 de la Constitución que dispone en lo pertinente que "nadie podrá ser juzgado sino [...] observando a plenitud las formas propias de cada juicio", es inadmisibles la afrenta legal del inciso acusado que busca impedir "el debido proceso", como principio incurso derivado de aquella matriz constitucional que supone que una de sus finalidades esenciales es la de garantizar a la sociedad la investigación y la punibilidad de todo tipo de ilícitos una vez lograda y establecida la verdad de los hechos configurativos del hecho punible.

A la luz de la Constitución es insostenible que, por ejemplo, se le niegue al juez la obtención de una prueba allegada a un proceso de enriquecimiento ilícito, ante la necesidad de dilucidar si el incremento patrimonial de un empleado oficial se debió a un hecho delictuoso diferente, como es el del fraude al fisco o el de secuestro.

[...] Así mismo, el debido proceso consagrado por mandato del artículo 26 superior significa que a todo sindicado de la comisión de un delito se le debe garantizar su "derecho de defensa", cuyos principios de controversia probatoria, oportunidad para alegar, plena prueba y potestad de ser oído y vencido en juicio obligan al Estado a protegerlo y a garantizarle plenamente su posibilidad de acreditar su inocencia sin cortapisas.

Por lo tanto, disponer mediante norma con fuerza legal que la prueba aducida para desvirtuar determinada modalidad delictiva es reservada e intransmisible y no puede

utilizarse para ningún otro efecto, o sea, ni siquiera para poder invocar la inocencia de otro sindicado, o del mismo, respecto de otro hecho punible, viola arbitrariamente el derecho de defensa y es por ello inexequible².

La Asamblea Nacional Constituyente incorporó en la Carta Política de 1991 una serie de reformas que buscaban el saneamiento de las costumbres sociales y políticas; para el efecto incluyó dos disposiciones que hacen referencia al tipo en estudio:

Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social.

Artículo 122 [...] Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite, deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por los delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

Frente a la inclusión del delito de enriquecimiento ilícito en la Constitución de 1991 la Corte Constitucional ha dicho:

Desde el punto de vista del derecho comparado, pareciere exótico el que una Constitución se ocupe específicamente de un determinado delito, como lo hace en este caso la de Colombia con el enriquecimiento ilícito. Pero no debe olvidarse que las constituciones —y en general cualquier norma— deben amoldarse a las exigencias que plantean las realidades sociales, políticas, económicas o culturales de una determinada sociedad, atendiendo a las circunstancias cambiantes de los tiempos³.

Como ya lo mencionamos, la Constitución de 1991 adoptó medidas encaminadas a erradicar la corrupción administrativa; en desarrollo de la misma se presenta-

² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Fallo del 9 de diciembre de 1982, M. P.: MANUEL GAONA CRUZ.

³ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

ron al Congreso Nacional dos proyectos de ley: el 018 de 1993, "por medio del cual se adopta el Estatuto contra la Corrupción", y el 036 de 1993, "por el cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública"⁴.

Para la adaptación de estos proyectos en un solo estatuto se tomó como base el presentado por el Gobierno del presidente CÉSAR GAVIRIA, es decir, el 036 de 1993.

Estas iniciativas fueron acumuladas en la Cámara de Representantes e hicieron tránsito por esa corporación y fueron objeto de estudio en la comisión primera.

En el proyecto 036 de 1993, que sirvió de base para aprobar el Estatuto Anticorrupción, existió un capítulo que introducía modificaciones al Código Penal y de procedimiento con respecto al tipo en estudio. Se propuso lo siguiente:

Artículo 63. El artículo 148 del Código Penal quedará así: "Artículo 148. *Enriquecimiento ilícito*. El servidor público que obtenga incremento patrimonial que no justifique, incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa equivalente al incremento patrimonial obtenido e interdicción de derechos y funciones públicas de 10 años.

"En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado"⁵.

En la exposición de motivos del proyecto 036 de 1993 se dijo:

Al revisar los hechos punibles mencionados se ha encontrado que los cuatro fines propios de la pena (prevención, protección, retribución y resocialización) no se están verificando. Las penas privativas de la libertad son en muchos casos bajas y en general se sitúan dentro de rangos muy amplios, lo que se traduce en una mínima o nula intimidación, cuando no en una franca impunidad. Las penas pecuniarias, establecidas en valores nominales del año de 1980, son irrisorias, lo cual ocasiona una gran desprotección, máxime si las multas se comparan con las sumas de que el Estado es despojado. Las penas interdictivas de derechos y funciones públicas se concretan en lapsos muy cortos, lo que significa en más de un caso que el infractor no sólo no es lo suficientemente castigado, sino que además regresa después de poco tiempo a la función pública sin que se manifieste de su parte una debida resocialización [...]

Frente a la coyuntura penal expuesta, ofrecemos las siguientes soluciones:

-
- 4 Cfr. SANDRÁ VIVIANA HIDALGO DÍAZ. *El delito de enriquecimiento ilícito*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
 - 5 *Gaceta del Congreso*, n.º 290, 26 de agosto de 1993, pp. 14 y ss.

a. Un aumento razonable de las penas privativas de libertad que permita el cumplimiento de los fines del *ius puniendi* [...]

El enriquecimiento ilícito acarrearía una privación de la libertad entre 3 y 8 años [...]

De lo dicho se infiere que con el aumento de las penas, más que todo en cuanto al mínimo, se obtienen efectos colaterales favorables, como la imposibilidad de libertad provisional y condena de ejecución condicional para tan graves conductas.

b. Determinación de multas en términos constantes y proporcionales a la gravedad de cada hecho. Así, por ejemplo, en los eventos de peculado por apropiación y enriquecimiento ilícito ella equivaldría al valor de lo apropiado [...]

c. Señalamiento de la interdicción de derechos y funciones públicas en la mayoría de los casos en un término único de 10 años [...]

e. Modificación de ciertos tipos en aras de su efectividad, como el prevaricato por acción, el enriquecimiento ilícito y el cohecho impropio⁶.

Los proyectos 018 de 1993 y 036 de 1993 fueron integrados y constituyeron el proyecto 214 de 1994, "Por el 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".

En el pliego de modificaciones que se le realizó al proyecto con respecto al enriquecimiento ilícito se propuso lo siguiente:

Artículo 38. El artículo 148 del Código Penal quedará así: "Artículo 148. *Enriquecimiento ilícito*. El servidor público que obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al incremento patrimonial e interdicción de derechos y funciones públicas de 10 años.

"En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado"⁷.

Este artículo fue aprobado por la comisión primera de la Cámara y por el Senado en su sesión plenaria del 16 de diciembre de 1994. Pero en el mes de mayo de 1995, una vez elaborada el acta de conciliación de las comisiones accidenta-

6 Ídem.

7 *Gaceta del Congreso*, n.º 183, 20 de octubre de 1994, pp. 8 y ss.

les del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, se acordó como texto definitivo el siguiente:

Artículo 26. La pena de que trata el delito previsto en el artículo 148 del Código Penal, será de 2 a 8 años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal⁸.

El artículo 148 del C. P. quedó así:

El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 2 a 8 años, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

Las modificaciones que realizó el Estatuto Anticorrupción fueron las siguientes:

1. La pena mínima pasó de uno a dos años de prisión y se mantuvo la pena máxima en ocho años.
2. La multa es equivalente al valor del enriquecimiento. El artículo original del Código Penal de 1980 establecía un tope máximo de 2 millones de pesos. Lo que pretende esta disposición es recuperar el patrimonio público comprometido en la conducta punible.
3. La interdicción de derechos y funciones públicas pasó a ser por el mismo término de la pena principal.
4. Se mantuvo la relación de funcionalidad, es decir, el incremento patrimonial se debe obtener por razón del cargo o de las funciones.
5. La noción de empleado oficial fue sustituida por la de servidor público para acoger la definición que establece la Constitución de 1991.

Frente al enriquecimiento ilícito del servidor público, el Código Penal de 2000 en su artículo 412 establece lo siguiente:

Enriquecimiento ilícito. El servidor público que durante su vinculación con la Administración, o quien haya desempeñado funciones públicas y en los dos años siguientes a su desvinculación, obtenga para sí o para otro incremento patrimonial injustificado, siempre que la conducta no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 6 a 10 años, multa

8 Ídem.

equivalente al doble del valor del enriquecimiento, sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 6 a 10 años.

Sustanciales cambios presenta la figura de enriquecimiento ilícito del servidor público en la reforma:

1. Se elimina del tipo penal la expresión "por razón del cargo o de sus funciones" —ingrediente normativo—, que fue muy criticada por la doctrina, y consagra una circunstancia temporal en la cual debe presentarse el incremento patrimonial injustificado: "durante su vinculación con la Administración o en los dos años siguientes a su desvinculación", como lo hacían los anteproyectos de 1974 y 1976.

2. El incremento patrimonial puede ser para el servidor público o para otra persona, pues se incluye la expresión "obtenga para sí o para otro".

3. Se mantiene el carácter subsidiario del tipo penal.

4. El proyecto elimina el inciso 2.º del artículo 148 del C. P. de 1980 que sanciona a título de autor a la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial.

5. La pena mínima se aumenta en 4 años, esto es, pasa a ser de 2 a 6 años, y la pena máxima se incrementa en 2 años, es decir, queda en 10 años.

6. La pena de multa se aumenta, equiparándola al doble del valor del incremento patrimonial injustificado, sin que supere el tope máximo de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Antes era equivalente al incremento patrimonial injustificado.

7. La interdicción de derechos y funciones públicas pasa a ser de 6 a 10 años. En el C. P. de 1980 era el mismo término de la pena principal.

III. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN

A. TIPICIDAD

1. SUJETO ACTIVO

El sujeto activo, como en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, es el servidor público.

2. SUJETO PASIVO

Sujeto pasivo es igualmente el Estado, por ser el titular del interés protegido.

3. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El objeto jurídico es el de la Administración Pública, en el sentido ya explicado.

Se busca proteger el instituto personal en orden a garantizar que el Estado cumpla en debida forma con sus funciones. Ello debe realizarse bajo estrictos parámetros de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad.

4. OBJETO MATERIAL

El objeto material lo constituyen los bienes a través de los cuales se concreta el incremento patrimonial no justificado.

5. VERBO RECTOR

La conducta (verbo rector) consiste en obtener, para sí o para otro, un incremento patrimonial no justificado: "No basta para su represión penal como enriquecimiento ilícito que exista en la persona acriminada acrecentamiento patrimonial, sino que es necesario, para que la conducta tenga cabal encuadramiento en la ley, que no sea 'justificado', elemento normativo sin el cual tornaría irreprochable jurídicamente por atipicidad"⁹.

El término "no justificado" es un elemento normativo del tipo, independientemente de los problemas propios de las causales de exclusión de la antijuridicidad. Ante cualquier circunstancia que pueda explicar el origen lícito del incremento esta debe ser considerada como justificada.

La expresión "incremento patrimonial no justificado" tiene una equivalente en las palabras empleadas por el mismo constituyente al anatematizar las fortunas o patrimonios conformados por "los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del tesoro público o con grave deterioro de la moral social" (art. 34 C. N.). Más aún, de la citada norma surge positivamente el deber a cargo de toda persona de no enriquecerse ilícitamente—de lo contrario no tendría sentido la sanción de extinción de dominio que en ella se impone—y la correlativa obligación de las autoridades de perseguir su violación¹⁰.

Al punto sostenía ALDANA ROZO, con especial claridad:

En efecto, para que la conducta sea típica es indispensable que el incremento carezca de explicación justificativa; sin embargo, es posible que dicha conducta típica pueda

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. 24 de febrero de 1995, M. P.: DIDIMO PÁEZ VELANDIA.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

estar justificada en la medida en que concurra una causa de exclusión de la antijuricidad [...] Conviene reiterar que en nuestra legislación, a diferencia de lo que ocurre en Argentina, la conducta típica consiste en obtener incremento patrimonial no justificado y no en omitir la justificación del enriquecimiento.

Podría pensarse que sustancialmente hay identidad entre las dos conductas, pues tanto da enriquecerse y no justificar como no justificar el enriquecimiento; empero, en el aspecto jurídico hay diferencias no solo en el elemento descriptivo de la conducta sino en las consecuencias que se derivan de una u otra redacción en el plano del momento consumativo, de la prescripción, de la coparticipación y aun en el tratamiento que puede darse en cada caso a las causales de justificación e inculpabilidad¹¹.

Y desde luego, agregamos, en lo más importante, en el factor de la carga probatoria:

En el caso del enriquecimiento ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa. No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por supuesto, legal¹².

Cuando se habla de incremento, hay que entender que este debe ser exagerado, es decir, no aquel derivado del rendimiento normal de los bienes del agente. No cualquier incremento sería suficiente para iniciar la acción penal, o para la concreción del tipo. Este debe ser desmesurado, desproporcionado. La cuantía del incremento es factor esencial para la integración del tipo. Ese incremento puede producirse por el normal rendimiento de los sueldos, primas, bonificaciones, etc., caso en el cual tendría un origen totalmente lícito.

La no justificación, reiteramos, no se refiere a las causales de justificación, sino a cualquier circunstancia que de alguna manera pueda permitirle al empleado demostrar que el incremento patrimonial obtenido no se ha derivado de un uso indebido de la función pública.

11 LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO. "El delito de enriquecimiento ilícito", *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 18 y 19.

12 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Para el efecto la Constitución Nacional consagró una disposición de gran importancia, el artículo 122:

No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración solo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.

El artículo 1.º del Acto Legislativo 01 de 2004, que modificó el inciso final del artículo 122 mencionado, no sólo engloba como inhabilidad la condena por delitos contra el patrimonio del Estado dolosos, sino aquellas por culpa y en cualquier modalidad de intervención (autores, determinadores y cómplices). Incluso extiende la inhabilidad para efectos de la celebración de contratos con el Estado.

La Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) desarrolló los incisos 3.º y 4.º del artículo 122 de la C. N., así:

Artículo 13. Será requisito para la posesión y para el desempeño del cargo la declaración bajo juramento del nombrado, donde conste la identificación de sus bienes. Tal información deberá ser actualizada cada año, y en todo caso al momento de su retiro.

Artículo 14. La declaración juramentada deberá contener como mínimo la siguiente información:

1. Nombre completo, documento de identidad y dirección del domicilio permanente.
2. Nombre y documento de identidad; del cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en primer grado de consanguinidad.
3. Relación de ingresos del último año.

4. Identificación de cuentas corrientes y de ahorros en Colombia y en el exterior, si las hubiere.
5. Relación detallada de las acreencias y obligaciones vigentes.
6. Calidad de miembro de juntas o consejos directivos.
7. Mención sobre su carácter de socio en corporaciones, o sociedades o asociaciones.
8. Información sobre existencia de sociedad conyugal vigente o de sociedad de hecho entre compañeros permanentes.
9. Relación e identificación de bienes patrimoniales actualizada.

Parágrafo. En la declaración juramentada se debe especificar que los bienes y rentas declarados son los únicos que posee el declarante, ya sea personalmente o por interpuesta persona, a la fecha de dicha declaración.

Artículo 15. Será requisito para la posesión o para el ejercicio de la función pública suministrar la información sobre la actividad económica privada del aspirante. En ella se incluirá la participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, dentro o fuera del país. Todo cambio que se produzca, deberá ser comunicado a la respectiva entidad dentro de los 2 meses siguientes al mismo.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

Para determinar si el incremento patrimonial es injustificado debemos partir de la comparación de dos extremos: uno, un patrimonio inicial, y el otro, un patrimonio final evaluados en un período legal determinado, aspecto este que remite al artículo 122 de la C. N., y a los artículos 13, 14 y 15 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), anteriormente citados, que constituyen desarrollo del texto constitucional.

Por mandato constitucional, el servidor público se encuentra en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en relación con el monto y manejo de sus bienes, por lo cual se puede decir que este artículo consagra un deber específico de transparencia de estos servidores. En efecto, ¿qué sentido puede tener esa exigencia de declarar bajo juramento el monto de los bienes y las rentas si no es porque la Constitución ha consagrado al servidor público un deber específico, según el cual tiene que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales? Ese particular deber de transparencia se justifica por las razones expuestas en el presente

salvamento, en cuanto a la protección de la moralidad de la Administración Pública, de la cual deriva la especial sujeción del servidor público. Además, a ello hay que agregar que, en términos generales, nadie está obligado a ejercer una función pública, sino que ésta es una tarea en la que los ciudadanos deciden participar libremente. Pero al hacerlo, están asumiendo todas las responsabilidades que están ligadas al cargo y que derivan de las funciones de interés general que le están asociadas¹³.

6. ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

El incremento patrimonial debía, en vigencia del Código Penal de 1980, producirse "por razón del cargo o de sus funciones".

Probado, pues, que el incremento patrimonial del sindicado no tuvo ni tiene relación con su "actividad oficial", es decir, que resulta enteramente ajeno al cargo y/o a la función de comisario especial, es del caso afirmar la atipicidad del comportamiento frente al artículo 148 inicialmente transcrito, y con esa atipicidad, afirmar también la presencia de una causal de cesación de procedimiento, acorde con los artículos 34 y 469 del Código de Procedimiento Penal, y así se pronunciará la Sala¹⁴.

Sobre ello afirmábamos que por no haber referido el incremento a una circunstancia temporal—durante el ejercicio del cargo y un tiempo después—esta disposición constituye un verdadero galimatías. En efecto, no puede haber ningún aumento patrimonial—salvo el caso de sueldos y prestaciones—que, obtenido en razón del cargo, sea justificado. Todo incremento patrimonial derivado del ejercicio de la función pública no tiene justificación: ¿cómo puede justificarse un ingreso—distinto a los pagos del Estado—generado por el ejercicio del cargo público?

Por esta razón era mejor la fórmula del proyecto de 1976, que refería el incremento patrimonial a una circunstancia puramente temporal. Así resultaría más fácil aplicar la disposición y obedecería mejor a la filosofía que la inspiró. Pero en la forma que quedó finalmente redactada resulta, en vigencia del Código Penal de 1980, prácticamente inaplicable.

Otra cosa opinaba ALDANA ROZO:

El incremento patrimonial ha debido ocurrir por razón del cargo o en ejercicio de las funciones. En atención a que este hecho punible constituye un atentado contra la Administración Pública, es evidente que se requiere la relación entre el aumento del pa-

¹³ ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Salvamento de voto a la sentencia C-319 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 20 marzo de 1991, M. P.: GUILLERMO DUQUE RUIZ.

rimonio y la actividad funcional que compete al empleado oficial, bien por razón de la investidura que se ostenta o por obra del desviado ejercicio de la función que se cumple.

Hay comentaristas que estiman que esta exigencia es improcedente porque obliga a los jueces a que demuestren la indicada relación entre el enriquecimiento y la función, lo que casi siempre es de difícil prueba y, por lo tanto, camino fácil para la impunidad; estiman, en consecuencia, que en este aspecto estaban mejor concebidos los proyectos de 1976 y 1978 que no requerían el anotado nexo para la tipificación de la conducta: bastaba que el incremento tuviera ocurrencia "durante el ejercicio del cargo o en los dos años subsiguientes a la dejación del mismo".

Todo indica que la glosa está orientada a reclamar una mayor eficacia de la norma, aun cuando todo conduce a afirmar que ni es tan defectuoso el tipo vigente, ni el de los proyectos constituía garantía de eficacia sancionadora. En efecto, es obvio que si este tipo penal representa atentado contra la Administración, la conducta en él descrita debe estar causalmente conectada con el cargo o la función que se detenta, de modo que si, demostrada la calidad funcional del agente y el hecho objetivo del enriquecimiento, no aparece su justificación, tendrá que aceptarse que éste fue el producto de un torcido ejercicio de la función o del cargo, no porque para ello se establezca una presunción, sino porque la cadena indiciaria conduce inequívocamente a sustentar este aserto. Es absurdo pensar que con esta forma de argumentar se establezca la presunción de que el enriquecimiento del funcionario es, de modo necesario, consecuencia del cargo o de la función, pues por disposición expresa de los artículos 302 a 304 del nuevo Código de Procedimiento Penal la presunción debe ser de creación legal cuando la ley manda, pues el indicado texto dispone: "Hay presunción legal cuando la ley manda que un hecho se tenga como prueba plena de otro", de modo que si la presunción debe tener expresa consagración en la ley, razonar en la forma que se critica sería tanto como presumir la presunción¹⁵.

El problema resultaba mayor si se tenía en cuenta que este era un *tipo subsidiario*, es decir que se aplicaba sólo a falta de disposición diferente. ¿Qué incremento patrimonial no justificado, derivado del ejercicio del cargo o de la función, no constituye automáticamente delito de concusión, de peculado, de cohecho o de prevaricato? Desde este punto de vista, la norma resultaría absolutamente innecesaria. En efecto, el hecho o no es delictuoso o corresponde a la descripción de otro tipo legal.

Por tanto, afirmábamos, para poder interpretar funcionalmente el tipo penal se hacía necesario entender que la expresión "por razón del cargo o de sus funciones" apunta a la mera exigencia de una "causalidad general", esto es, que se descarte que no proviene de una actividad particular. Lo contrario, es

15 ALDANA ROZO. *El delito del enriquecimiento ilícito*, cit., pp. 16 y 17 (la cita se refiere al CPP derogado).

decir, pretender la demostración de una "causalidad específica", haría nugatorio el tipo, con las consecuencias antes señaladas.

La conducta objetiva prevista en esta norma consiste en la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado, siempre y cuando, como el mismo texto legal lo exige, dicho enriquecimiento se haya obtenido por razón del cargo o de las funciones propias de éste y que tal hecho no constituya otro delito.

Es claro que si la presunción (*iuris tantum*) de responsabilidad consagrada en los proyectos de 1976 y 1978 no fue acogida por la norma vigente, corresponde al Estado demostrar que por parte del empleado oficial no sólo hubo un acrecimiento patrimonial no justificado, sino también que éste fue obtenido por razón del cargo público o de las funciones inherentes a éste.

Obvio es que la prueba que acredita el nexo causal entre el cargo público y el enriquecimiento no justificado es de carácter indiciario o circunstancial, porque así lo exige el carácter subsidiario del delito.

Pertinente es aclarar, como lo hace el magistrado ALDANA ROZO en el estudio transcrito por la delegada, que este carácter subsidiario que se le dio al punible no fue para solucionar posibles conflictos aparentes de tipos, como con frecuencia lo hace el legislador, sino para impedir que por falta de precisión probatoria quedara en la impunidad cualquiera de los otros delitos contra la Administración Pública.

Es decir que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esa falta de precisión probatoria.

Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el producto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido.

Esta subsidiariedad del tipo, como ya se anotó, es la que no permite que la prueba del nexo causal entre el enriquecimiento no justificado y el cargo público o las funciones propias de éste sea una prueba directa, porque entonces se estructuraría no el tipo subsidiario del enriquecimiento ilícito, sino cualquiera otro de los tipos principales (peculado, cohecho, concusión, etc.). La prueba, pues, en relación con este aspecto, siempre será de carácter indiciario o circunstancial.

Sobre este particular aspecto, son valederas las atinadas consideraciones del procurador que en esta ocasión colabora con la Sala:

“Tanto la carga formal de la prueba (a quién corresponde probar) como la carga material de la prueba (a quién perjudica la ausencia de prueba sobre determinado tópico) corresponde al Estado en nuestro sistema penal, y consecuentemente favorece al reo. Empero, este principio hay que entenderlo en sus justos límites, sobre la base de que el sistema de apreciación racional de la prueba implica que la duda capaz de diluir la imputación en favor del acusado es también la duda racional”.

Por supuesto que los hechos constitutivos de la infracción, como la ausencia de los impositivos, deben ser susceptibles de actividad probatoria. Pero cada delito tiene su propia estructura, como tiene su propia dinámica, y por ende cuando, desarrollada la actividad pesquisitoria en términos racionales y con observancia del principio de investigación integral, nada indica la presencia de circunstancias justificantes o de inculpabilidad en la realización de la conducta, mal podría absolver el fallador con fundamento en el beneficio de la duda.

Así, las dudas que plantea la defensa (tanto a través del acusado como de su mandatario judicial) van más allá de lo razonable. La investigación cobijó distintas hipótesis suministradas por el propio implicado, sin que ninguna de éstas lograra satisfacer el vehemente indicio de antijuridicidad suministrado por la existencia del núcleo típico que está absolutamente probado, es decir, el enriquecimiento producido en período durante el cual el procesado desarrollaba la función pública, y no explicado ni justificado en su origen, ilícitamente. Si eso es así, no se está presumiendo por el fallador la ilicitud sino que se está infiriendo de los hechos mismos, como se infiere el dolo de las acciones no explicadas y que ordinariamente no son susceptibles de llevarse a cabo de manera imprudente o fortuita. Lo que ocurre es que las proposiciones negativas no son, por naturaleza, susceptibles de probarse. Lo que se prueba es lo positivo que las descarta. De ahí que el proceso no está edificado sobre presunciones de derecho y de la estructura típica, ni sobre la inactividad procesal que invierte la carga probatoria. Es un hecho el enriquecimiento o el incremento patrimonial; es otro hecho la incapacidad económica de los ingresos ordinarios del procesado para originar ese incremento; es otro hecho la concentración de ese enriquecimiento en un lapso brevísimo de más o menos un año; es otro hecho la ausencia de proporcionalidad entre los rendimientos vinculados a una actividad económica o comercial de índole común y las adquisiciones hechas por el sindicado; es otro hecho que ninguna prueba señala la existencia de un delito concreto que explique la consecución de los dineros (lo que desplazaría la tipicidad subsidiaria a la básica del respectivo delito). Y esos hechos indican, llevan a inferir, la ilicitud del enriquecimiento porque ninguna de las explicaciones entregadas resultó confirmada y en cambio gran parte de ellas resultó rebatida¹⁶.

El artículo 412 del C. P. de 2000 ha recogido las mencionadas críticas, disponiendo, como circunstancias temporales durante las cuales se comete el delito: a. Durante la vinculación con la Administración, y/o b. Después de

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 21 de noviembre de 1990, M. P.: GUILLERMO DUQUE RUIZ.

haber desempeñado funciones públicas hasta dos años después de haber cesado la vinculación oficial. Esto es, ha entendido el legislador que en este tipo penal, por razones probatorias, rige una causalidad de tipo general y no la específica que implicaría la existencia de los delitos principales que demostraran cuál fue el acto ilícito oficial del cuál surgió el incremento patrimonial.

Entre el incremento patrimonial injustificado y el cargo o las funciones inherentes al mismo la relación no suele ser directa sino circunstancial. Salvo la confesión, cualquiera otra prueba directa conduciría a la muy probable tipificación de otra conducta ilícita, desplazando la tipicidad hacia la concusión, el cohecho u otra figura específica que, en principio, por su carácter de principal subsumiría a la subsidiaria¹⁷.

Por lo demás y por tratarse de un tipo subsidiario, se excluye el concurso efectivo con cualquier otro delito contra la Administración Pública.

Tiene carácter subsidiario, en cuanto que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir que si las pruebas aportadas al proceso permiten deducir con certeza que el incremento fue fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el enriquecimiento ilícito —*lex primaria derogat legi subsidiariae*—¹⁸.

En efecto, así se ha dicho que “no debe perderse de vista que, dada la subsidiariedad del tipo penal de enriquecimiento ilícito, su existencia como infracción penal está condicionada a que la obtención, por parte del empleado oficial, de un incremento patrimonial no justificado por razón del cargo o de las funciones propias de éste no constituya otro delito”¹⁹.

Los tipos penales subsidiarios presuponen la existencia de otras infracciones en cuya descripción no encajan.

Singularizando el caso del enriquecimiento ilícito, de tiempo atrás tenía ya precisado por su parte la doctrina que la subsidiaridad en él “opera de modo diverso, por cuanto en estricto sentido no se trata de que el hecho no constituya otro delito, sino de que no

¹⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 17 de julio de 1996, M. P.: CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 28 de septiembre de 1994, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS.

aparezca demostrada en concreto la comisión de uno o varios delitos cometidos en el ejercicio del cargo”²⁰.

7. LA SITUACIÓN DEL ANTES LLAMADO “TESTAFERRO”

El inciso segundo del artículo pertinente del Código Penal de 1980 que consagraba el delito de enriquecimiento ilícito, extendía el radio de acción de la norma al particular que prestara una ayuda al servidor público para disimular el incremento patrimonial no justificado. En verdad se trataba de un extraño caso en el cual se imponía, conforme a la normatividad vigente, al cómplice la misma pena prevista para el autor. De esta manera el anterior Código Penal violaba el principio general contenido en su artículo 24.

Cuando la norma decía que “en la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado”, la persona interpuesta no tenía otro carácter que el de cómplice si había prestado al autor de la conducta punible una ayuda posterior cumpliendo promesa anterior o un encubrimiento por receptación en caso contrario.

Se contemplaba allí un viejo rezago del Código Penal de 1936, pues el de 1980 había eliminado la distinción legislativa entre complicidad necesaria y no necesaria, y por lo tanto había desaparecido la posibilidad que existía de que al “cómplice necesario” se le aplicara pena igual a la señalada para el autor. Ese principio general se quebraba con lo dispuesto en la norma comentada, ya que daba igual trato punitivo a autor y cómplice de una conducta punible.

Hoy, en vigencia del Código Penal de 2000, las cosas han cambiado, pues no se repitió la fórmula mencionada. No significa ello que se haya despenalizado la conducta, simple y llanamente la misma debe recibir el tratamiento de un lavado de activos por darle a bienes cuyo origen proviene de un delito contra la Administración Pública “apariencia de legalidad o que los legalice” o “encubra”, que si bien tiene una pena mayor que el delito encubierto, en la actualidad tiene justificación por cuanto no sólo se quebranta el bien jurídico del “orden económico social”, sino también la recta impartición de justicia.

8. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El dolo consiste en conocer que se está produciendo un incremento ilícito injustificado y querer realizar el comportamiento en las circunstancias modales y

20 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. 29 de octubre de 1993, M. P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA.

temporales precisadas. De todos modos, muy a pesar de que ello no reclama demostración, el sujeto activo sí sabe de dónde provienen los bienes objeto del incremento, esto es, conoce la relación causal específica, por lo tanto este tipo penal sólo admite el dolo directo.

Es absolutamente inconcebible un error de tipo.

9. LA TENTATIVA

En la práctica presenta problemas el fenómeno de la tentativa, por dos razones: el carácter subsidiario del tipo y el momento en que el incremento patrimonial es percibido.

Como ya lo hemos dicho, al estudiar este tipo penal partimos del supuesto de estar frente a la comisión de otro u otros delitos contra la Administración Pública que no pudieron ser acreditados en el curso de la actuación; desde este punto de vista en estricto sentido no habría tentativa de enriquecimiento ilícito sino de estos delitos.

Así mismo resulta difícil para el funcionario judicial determinar el momento en que se obtuvo el incremento patrimonial, sobre todo si tenemos en cuenta que esta circunstancia se exterioriza con posterioridad a la consumación del hecho punible.

De todos modos, si el incremento se presenta "durante la vinculación al cargo" o "dentro de los dos años siguientes" a su dejación, es claro que nos encontramos frente a un tipo penal de conducta permanente.

10. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No es posible concebir la coautoría y la autoría mediata, pues para ello es requisito imprescindible, en orden a verificar el trabajo conjunto o la distribución del trabajo criminal, como también la coadyuvancia en el resultado, la demostración de la causalidad específica, y ello implica demostrar un delito de concusión, cohecho, peculado, etc.

Lo mismo predícase de la determinación.

En consecuencia, sólo es admisible la autoría, lo cual muestra la especial configuración de este tipo penal.

B. CONCURSOS

Como lo hemos dicho, la norma estudiada contiene un tipo subsidiario, por cuanto sólo se aplica en la medida que la conducta punible no constituya otro delito.

Si en el curso del proceso se establece que el incremento patrimonial obedeció al beneficio obtenido por el agente de un delito de prevaricato, peculado, cohecho, concusión, se presenta un concurso aparente que se resolvería a favor de la norma específica (cohecho, peculado, etc.).

Con respecto al fenómeno concursal afirman CANCINO y TOSCANO:

La gradualidad o progresividad del fenómeno adquiere trascendencia en el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario, la prueba del nexo causal aplicación del fenómeno concursal. Creemos que cuando el funcionario se ha enriquecido como producto de la pluralidad de comportamientos, no es dable predicar el concurso homogéneo de delitos, pues la naturaleza misma de la figura lo impide. En verdad, el aumento patrimonial no necesariamente debe ser fruto de esa habitualidad en el comportamiento deshonesto, como que el delito se estructurará cuando se produzca el ilícito enriquecimiento, con independencia del número de hechos que lo originaron, pero cuando así ha ocurrido, que es lo normal dentro de esta actividad delictuosa, no perderá la figura su unidad. Podría decirse que la solución no es justa o equilibrada, pero no debemos olvidar, por una parte, que este delito nace a la vida jurídica siempre que no constituya otro delito y, por la otra, que si el juez descompone el enriquecimiento en sus diversos momentos (cuestión que de por sí plantearía un problema probatorio), puede acontecer que cada conducta individualmente vista pierda su capacidad de tenerse como susceptible de enriquecer un patrimonio. Pero, por encima de estas consideraciones, la estructura dogmática de la figura así impone la interpretación²¹.

Pensamos que el planteamiento general del concurso frente a la figura comentada es difícil fácticamente de producirse, entre otras cosas, porque el patrimonio es uno solo. También que como norma de la parte general del Código puede presentarse el concurso efectivo de tipos en la medida que la conducta se refiera a objetos materiales diversos.

C. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Resulta verdaderamente exótico siquiera hacer este tipo de planteamiento, puesto que, lo único que tendría sentido sería un estado de necesidad, porque la dilatabilidad de la conducta permanente —más bien periódica— hace imposible la consideración de cualquier urgencia que se quiera esgrimir.

21 ANTONIO JOSÉ CANCINO MORENO y MARUJA TOSCANO DE SÁNCHEZ. *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Librería del Profesional, 1986, p. 29.

D. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Se requiere simplemente tener conciencia eventual de lo injusto del comportamiento y que resulte exigible otra conducta. Por lo general, dado el grado de ilicitud que informa a tal conducta, resulta verdaderamente impensable que la persona desconozca que su acto es antijurídico.

Por vía general, que tiende a no aceptar excepciones, ontológicamente devienen en imposibles el miedo insuperable y la insuperable coacción ajena. Lo dilatado del estado antijurídico reclama un comportamiento alternativo conforme a derecho.

IV. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

Aunque no se trata de un comportamiento que atenta contra la Administración Pública —como lo veremos más adelante—, vale la pena que estudiemos este tipo penal, por la relación que tiene con la norma analizada anteriormente.

A. ORIGEN

El Gobierno del presidente VIRGILIO BARCO expidió, mediante decreto de estado de sitio, la norma que penaliza el enriquecimiento ilícito de particulares, como estrategia mediante la cual se buscaba contrarrestar el poder económico proveniente del narcotráfico. Fue así como el Decreto 1895 de 1989 creó el siguiente texto:

Artículo 1.º Mientras subsista turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, el que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá en prisión, por ese sólo hecho, de 5 a 10 años, y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado.

Dicho decreto fue declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en fallo del 3 de octubre de 1989. En dicha decisión se consideró que las actividades delictivas hacían referencia al delito de narcotráfico y conexos, como lo veremos más adelante.

El artículo 10.º del Decreto Extraordinario 2266 de 1991 adoptó como legislación permanente el artículo 1.º del Decreto Ley 1895 de 1989 que reprime el enriquecimiento ilícito del particular.

El aludido Decreto 2266 de 1991, que le dio carácter permanente a algunas de las normas expedidas durante estados de sitio, entre ellas la que regula el

enriquecimiento ilícito de particulares, fue demandado ante la Corte Constitucional y fue declarado exequible por el alto tribunal, en sentencia del 30 de marzo de 1993.

B. NOCIÓN

Este tipo penal busca sancionar al particular que directa o indirectamente obtenga incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas. Ese incremento patrimonial puede ser para el particular que incurre en la conducta típica o para otra persona.

El enriquecimiento ilícito de particulares guarda relación directa con los principios que dieron origen a la tipificación de la conducta punible de los servidores públicos. Sin embargo, presenta algunas diferencias estructurales: en primer lugar, se trata de un tipo penal de sujeto activo indeterminado, es decir, el delito puede ser cometido por cualquier persona sin características especiales; en segundo lugar, y como consecuencia de la calidad del sujeto, el tipo penal condiciona la punibilidad del enriquecimiento no solo a que éste sea injustificado, sino que además provenga de "actividades delictivas"; en tercer lugar, se trata de un delito especial y autónomo, comoquiera que describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse de manera directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal, ni a otro ordenamiento jurídico. Demostrar el origen de un incremento patrimonial es una obligación general que el Estado puede hacer exigible en todo momento a cualquier persona natural o jurídica; es una consecuencia del principio constitucional de que toda persona debe vivir sometida a la Constitución y a la ley, y en el caso de los particulares cabe recordar que éstos deben demostrar al Estado anualmente sus ingresos y la procedencia de los mismos mediante la declaración de renta, no solo para que el Estado, de conformidad con las leyes preestablecidas, grave en alguna medida su patrimonio, sino además para ejercer control sobre su licitud. Un desproporcionado e injustificado incremento es precisamente lo que da lugar al ejercicio de la acción penal por enriquecimiento ilícito, debiendo el Estado establecer plenamente la responsabilidad penal del imputado o su inocencia²².

C. ANÁLISIS DE LA DISPOSICIÓN

Puede incurrir en este delito cualquier persona, ya sea un particular o un servidor público; por lo tanto estamos frente a un tipo penal con sujeto activo no cualificado.

²² Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

Lo es la sociedad, por ser el titular del interés jurídico tutelado —orden económico y social—. Sin embargo, se trata de un tipo penal pluriofensivo, pues pretende también amparar simultáneamente al Estado e igualmente el patrimonio de las personas que se ven afectadas con la comisión de esta conducta punible, respecto de los efectos globales que produce en la economía.

Muy controvertido ha sido el punto en torno de cuál es el bien jurídico tutelado por este tipo penal. De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia C-319 de 1996, dicho interés es la moral social, “que, para el caso de los particulares, busca castigar la propiedad obtenida ilícitamente y cualquier otro interés económico que de ella se pueda derivar. El Estado, evidentemente, no puede consentir que la propiedad tenga un origen distinto al justo título y por ello sanciona a quienes incrementan su patrimonio ilícitamente, en defensa de la propiedad lícitamente adquirida”²³.

Sin embargo, frente al punto hubo salvamento de voto:

Ciertamente, el artículo 34 de la Constitución Política hace referencia al enriquecimiento ilícito, pero el error interpretativo reside en la falsa idealización de la “moral social” a la cual alude la disposición; y más aún, el error se concreta en la conversión automática que de esa “moral social” se hace, en cuanto bien jurídico supuestamente tutelado por el enriquecimiento ilícito: de la Constitución Política al derecho penal, en una deducción automática. Así, la alusión genérica de un precepto constitucional que —como luego se verá y como lo ha dicho la propia Corte Constitucional— en cuanto a la función instrumental que le da al enriquecimiento ilícito, situándolo en el marco de la protección de la propiedad lícitamente obtenida, es aquí, al contrario, convertida dicha alusión automáticamente en un bien jurídicamente tutelado. Bien jurídico que no existe en el orden jurídico, sino que es construido como recurso *ad hoc* [...]

Nada más complicado para el derecho penal y para las garantías constitucionales que los bienes jurídicos vagos, gaseosos y difusos, sobre todo cuando la vaguedad está fundada en la apelación a la moral. Precisamente el uso instrumental del derecho penal encuentra su mayor fuerza y se constituye en mayor amenaza en la discriminación moral de las conductas y de sus actores. Ello pertenece a un derecho penal premoderno, inquisitorial, y con una evocación eficientista a ultranza en el cual prima la eficacia sobre los derechos fundamentales; es decir, prima la eficacia sobre la legitimidad, la pura razón instrumental sobre la razón valorativa. Justamente, una de las características esenciales del derecho penal moderno es que resuelve el problema del mal. Lo desplaza. El mal es legado a un ámbito que no será relevante más para la acción penal estatal. El derecho penal se edifica entonces sobre la teoría del delito que presupone la

23 Ídem.

violación de una norma jurídica y no de normas éticas, o de ambiguos universos morales [...]

Son todos estos cuestionamientos válidos, pues en acciones abiertas de "limpieza moral", fundadas en un derecho situacional, eficientista, los destinatarios de dicha limpieza serán intercambiables: hoy el gran corrupto, y mañana un enemigo extraído de cualquier fuente de confusión entre el derecho, la política y la moral [...]

La urgencia de castigo sin medida termina por desestructurar la propia función de justicia; la sobrecanalización del sistema penal asediado por demandas que no alcanza a canalizar termina por bloquearlo [...]

Al recurrir el derecho penal a la moral, al servirse de fórmulas como "la moral social", por ejemplo, por fuera de él mismo y como recursos *ad hoc*, se niega el sistema, se neutraliza su función, pues se bloquea con elementos extraños y que aquel no reconoce y no logra procesar. La moral, el derecho y la política son sistemas autodiferenciadores cada uno de ellos respecto de los demás...²⁴.

De la misma manera la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre el bien jurídico tutelado en este tipo penal:

También se explica la norma en la necesidad de combatir los desarreglos macroeconómicos que capitales de tanta cuantía, como los que de ordinario manejan los narcotraficantes, producen en las finanzas del país; desajustes que van desde la introducción de la moneda extranjera al mercado nacional en grado tal que distorsiona el mercado de divisas, con las naturales consecuencias que ello produce en materia de control del circulante y reducción de la inflación, pasan por la distorsión del mercado inmobiliario a través de la creación de una falsa demanda que impulsa los precios al alza, en desmedro de quienes solo cuentan con su trabajo para adquirir un bien de esa naturaleza, y terminan en la presión sobre el mercado de bienes suntuarios e importados, con el grave deterioro que eso lleva para la balanza de pagos y para la industria nacional.

La norma en comento debe ser valorada entonces como una disposición especial de naturaleza pluriofensiva, que se integra al sistema de represión del narcotráfico y que protege distintos bienes jurídicos claramente diferenciados: el de la salud pública, pues, relacionado íntimamente con el tipo penal de narcotráfico, sirve al mismo propósito de este; el orden económico y social, por los desajustes macroeconómicos que produce; y otros más, como por ejemplo la seguridad pública, pues el país tiene abundantes y dolorosas pruebas de lo que los dineros del narcotráfico pueden hacer en contra de la seguridad ciudadana a través del patrocinio de actividades sicariales y terroristas²⁵.

24 Cfr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO. Salvamento de voto a la sentencia C-319 de 1996, M. P.: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.

El Estado bajo ninguna circunstancia puede amparar incrementos patrimoniales derivados de una causa ilícita, pues ello genera un desequilibrio en la economía. Si se encuentra que la causa del incremento patrimonial es ilícita, obviamente lo serán sus efectos patrimoniales propios, sean estos directos o indirectos.

Cuando se obtiene un incremento patrimonial producto de actividades delictivas se está perturbando el orden público entendido en un sentido económico —bien jurídico a nuestro juicio tutelado por este tipo penal—, ya que se está afectando la función económica. Mediante ella el Estado busca unos fines tendientes a lograr la convivencia pacífica de los asociados; si dicho logro no se cumple, la armonía que debe existir para el normal desenvolvimiento de la sociedad se ve seriamente afectada.

Si alguien se enriquece con menoscabo del patrimonio de terceros es evidente que indirectamente empobrece a otros, y genera un desequilibrio económico. Quien obtiene incrementos patrimoniales lícitos favorece a la sociedad, en la medida en que genera empleo y, por consiguiente, facilita la adquisición de recursos; hace abundantes los productos y, por lo tanto, se distribuyen éstos a menor precio; además, tributa al Estado, propiciando el bienestar social.

El enriquecimiento de origen ilícito desestimula a quienes trabajan honradamente y fomenta en últimas la comisión de delitos.

En este sentido ha de entenderse el bien jurídicamente tutelado —orden público, en un sentido económico— por este tipo penal.

El objeto material en el enriquecimiento ilícito del particular lo constituyen los bienes a través de los cuales se materializa el incremento patrimonial.

El verbo rector en el delito de enriquecimiento ilícito del particular consiste en “obtener incremento patrimonial no justificado”. Esto es, un incremento patrimonial del que no pueda darse satisfactoria explicación, precisamente porque no puede ser el producto de los ingresos ordinarios y corrientes del particular; pero para que se tipifique el tipo penal en estudio es necesario, además, que se pruebe que tal incremento es producto de actividades delictivas.

Dicho incremento patrimonial puede obtenerse directamente o por interpuesta persona. El particular puede obtener un incremento patrimonial para sí y hacerlo de manera directa, esto es, poniendo a su nombre los bienes por medio de los cuales materializa tal incremento patrimonial, o puede obtener dicho incremento indirectamente, como cuando los bienes por medio de los cuales se patentiza la conducta no se colocan a nombre del particular sino a nombre de

25 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 5 de diciembre de 1996, M. P.: CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR.

otra persona; este sería el caso del que se ha enriquecido de forma ilícita, pero pone los bienes a nombre de terceros.

Ese incremento patrimonial, dice la norma, puede ser para sí o para otro; esto significa que por medio de la conducta el sujeto activo puede obtener el incremento patrimonial para él mismo, o sea, que ha crecido su patrimonio; o puede ocurrir que el particular con su conducta incremente el patrimonio de un tercero, es decir, que el producto de las actividades delictivas no sea para él sino para otro, un tercero por completo ajeno a la patentización de las conductas ilícitas; con esta disposición se contempla el enriquecimiento ilícito a favor de un tercero. Ese tercero puede ser una persona natural o jurídica.

El elemento normativo del tipo consiste en que ese incremento debe derivarse de "actividades delictivas".

Para que se configure el tipo penal no basta con estar frente a un incremento patrimonial no justificado, sino que es necesario probar que este proviene en una u otra forma de actividades delictivas.

En relación con la interpretación del término "actividades delictivas" ha existido una evolución jurisprudencial que podemos sintetizar como sigue²⁶.

Primero la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en fallo del 3 de octubre de 1989, manifestó que tales actividades hacían referencia al delito de narcotráfico y conexos, atendiendo a las razones por las que el Gobierno declaró el estado de sitio:

Es obvio que una interpretación aislada y fuera de contexto de la preceptiva del decreto no revela su plena significación y conduce a una conclusión equivocada respecto de su aplicación y por ende su validez constitucional. Por ello sólo ha de entenderse que sus disposiciones sólo miran a la penalización de un hecho punible íntimamente ligado a las causas que mantienen el estado de zozobra (su verdadero alcance), y no, como podría pensarse, dirigidos a reprimir, en general, el incremento patrimonial producto de cualquier actividad delictiva.

Dicho de otra forma, las expresiones "actividades delictivas" se refieren únicamente al delito de narcotráfico y sus conexos, lo que está reforzado con el señalamiento de la autoridad competente para su juzgamiento [...]

Halla la Corte que el decreto *sub examine* sólo en cuanto se aplique a los casos de incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas relacionadas con el narcotráfico y conexos, no quebranta la necesaria conexidad entre los motivos de perturbación y los correctivos adoptados, como tampoco ningún otro precepto de

26 Cfr. HIDALGO DIAZ. *El delito de enriquecimiento ilícito*, cit.

la Constitución, pues es cabal desarrollo de las facultades que corresponden al Presidente durante el estado de sitio²⁷.

Posteriormente la Corte Constitucional, en sentencia C-127 de 1993, manifestó que las actividades delictivas podían ser de cualquier índole: "La expresión 'de una u otra forma' debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas"²⁸.

Esta posición fue posteriormente ratificada en la sentencia —tantas veces citada— C-319 de 1996.

Es decir que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, ese incremento patrimonial no justificado puede provenir no solo del delito de narcotráfico y otras actividades conexas, sino de cualquier conducta delictiva.

Otro tropiezo que ha tenido la norma en estudio es el de si nos encontramos frente a un tipo penal subsidiario o autónomo. ¿Será que es necesario que exista una condena previa donde se impute la comisión del delito medio? ¿O bastará con que existan elementos probatorios que hagan evidente la materialización de la actividad delictiva de la que proviene el incremento patrimonial, sin necesidad de sentencia?

El origen de esta discusión surgió del pronunciamiento de la Corte Constitucional al declarar exequible el Decreto 2266 de 1991. Al respecto la Corte sostuvo: "Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual técnicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales"²⁹.

Precisamente la interpretación realizada por la Corte Constitucional y el intento en el Congreso de la República de darle carácter obligatorio a tal interpretación llevó a que la Corte Suprema de Justicia se pronunciara sobre el asunto:

El enriquecimiento injustificado debe ser investigado y juzgado como una conducta penal independiente. Pretender limitarlo a una actividad conexas con otros delitos como narcotráfico o secuestro haría imposible una sanción definitiva de quienes han incurrido en ilícito incremento patrimonial.

El Estado debe estimar el enriquecimiento no justificado como una conducta ilegal independiente de otras faltas penales [...]

27 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Fallo del 3 de octubre de 1989.

28 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-127 de 1993, M. P.: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

29 Cfr. *Ibíd.*

El enriquecimiento ilícito debe partir de una observación objetiva del patrimonio económico del sindicado.

Establecer si una persona se enriqueció injustificadamente debe ser cuestión de una investigación autónoma e independiente de otras, ya sean penales o disciplinarias.

Mediante la observancia de contabilidad, registros de rentas, impuestos, ingresos y egresos, la justicia puede llegar a determinar que hay un aumento de patrimonio no justificado legalmente³⁰.

Esta posición fue posteriormente ratificada:

El ingrediente normativo que contiene el tipo, según el cual el incremento patrimonial debe ser derivado de actividades delictivas, entendido según la sentencia de revisión constitucional como de narcotráfico, no puede interpretarse en el sentido de que debe provenir de una persona condenada por ese delito, pues el legislador hizo la distinción refiriéndose únicamente a la actividad, y dejando en manos del juzgador la valoración sobre si es delictiva o no, independientemente de que por ese comportamiento resulte alguien condenado.

Sería absurdo que se considerara legítimo el incremento patrimonial injustificado de una persona, por haber sido derivado de otra en cuyo favor se declaró la extinción de la acción penal por muerte, o por prescripción, o por el reconocimiento de una causal de inculpabilidad, etc., pues eso implicaría que la norma únicamente se podría aplicar a quien recibiera dinero después de la condena ejecutoriada, alternativa que si el legislador hubiera considerado la habría incluido en el tipo con la redacción correspondiente que era muy sencilla, pero lo que dijo fue una cosa totalmente diferente [...]

Es verdad que en la parte motiva de la sentencia mediante la cual se declaró la exequibilidad del precepto en referencia se incluyó el comentario de que las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, confundiendo el concepto de actividad delictiva con el de antecedentes penales, e introduciéndose así en la interpretación de un ingrediente normativo del tipo cuyo alcance y contenido le corresponde precisar al funcionario penal al momento de aplicar la norma [...]

Además el enriquecimiento ilícito de particulares no está consagrado en la ley como norma subsidiaria sino como principal³¹.

30 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 14 de diciembre de 1995, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

31 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 14 de junio de 1996, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL.

Finalmente la Corte Constitucional aclaró el punto al manifestar que el enriquecimiento ilícito del particular es un tipo penal autónomo, esto es, que no debe interpretarse en el sentido de exigir sentencia condenatoria previa por otro delito:

El ingrediente normativo que tiene el enriquecimiento ilícito de particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser "derivado", en una u otra forma, de "actividades delictivas", en manera alguna debe interpretarse en el sentido de que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquiera otro delito. No fue eso lo pretendido por el legislador; si ello hubiese sido así, lo hubiere estipulado expresamente. Lo que pretendió el legislador fue respetar el ámbito de competencia del juez, para que fuera él quien estableciera, de conformidad con los medios de prueba y frente a cada caso concreto, la ilicitud de la actividad y el grado de compromiso que tuviese con la ley el sujeto activo del delito.

El delito de enriquecimiento es un delito especial y autónomo, pues describe un modelo de comportamiento al que puede adecuarse en forma directa o inmediata la conducta del actor, sin necesidad de recurrir a otro tipo penal ni a otro ordenamiento jurídico, y menos esperar un fallo previo de otro sujeto por otro delito. El objeto jurídico tutelado en el enriquecimiento ilícito es de orden constitucional —la moral pública— y en manera alguna puede condicionarse su independencia a la ocurrencia de otro comportamiento delictivo que difiere en el objeto jurídico tutelado, como lo es, por ejemplo, el narcotráfico, donde otro es el sujeto activo. La ilicitud del comportamiento en el enriquecimiento ilícito de particulares proviene, pues, de la conducta misma del sindicado de este delito y no de la conducta concreta que por otro delito se le haya impuesto a terceras personas³².

De acuerdo con lo anterior, podemos concluir que el delito de enriquecimiento ilícito del particular es un tipo penal autónomo, es decir, que para su adecuación típica no se requiere sentencia condenatoria previa que declare la comisión de la actividad delictiva.

Por lo general, quien se dedica a actividades delictivas no pone los bienes que ha adquirido a nombre propio; prefiere que figuren en cabeza de otra persona para disimular el incremento patrimonial; igualmente los pone a nombre de personas cercanas a él, como cónyuge, hijos o hermanos. Quien presta su nombre para estos efectos incurre en el delito de lavado de activos, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

³² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-319 de 1996, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

1. El lavador de activos debe tener conocimiento de que los bienes han sido puestos a su nombre, dándoles apariencia de legalidad, legalizándolos, ocultándolos o encubriendo su origen, porque si ignora tal circunstancia no podremos decir que incurre en el delito.

2. Debe conocer la procedencia ilícita de esos bienes, de lo contrario obraría inculpablemente.

3. Los bienes deben ser producto de los delitos enlistados en el artículo 323 del C. P. de 2000.

4. Debe actuar con dolo, es decir, conociendo de la ilicitud del acto que dio origen a los bienes, así como de prestar su nombre para darles apariencia de legalidad, legalizarlos, ocultarlos o encubrirlos.

5. Se trata de un tipo penal con sujeto activo no cualificado.

En un comienzo el proyecto de reforma, que se convirtió en el Código Penal de 2000, incluyó el delito de enriquecimiento ilícito de particulares dentro de los delitos que atentan contra la “eficaz y recta impartición de justicia”, como una modalidad especial de encubrimiento, pero finalmente le situó en el título que protege como bien jurídico el “orden económico y social”.

Enriquecimiento ilícito de particulares. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de 6 a 10 años y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Las modificaciones que se introdujeron por la reforma al delito de enriquecimiento ilícito del particular son las siguientes:

1. Se incluye, como artículo 327, dentro del título x, “Delitos contra el orden económico social”, capítulo v, “Del lavado de activos”.

2. El monto de la pena mínima se incrementa en un 1 año: pasa de 5 a 6 años, y el máximo se mantiene en 10 años.

3. Al igual que en el enriquecimiento ilícito del servidor público, la multa pasa a ser equivalente al doble del incremento patrimonial no justificado, sin que supere el tope máximo de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En lo que hace referencia al testaferrato, inicialmente el proyecto lo incluía dentro del tipo penal de lavado de activos, al incorporar tal conducta en la norma, como uno de los verbos rectores del tipo, la expresión “prestar el nombre”. Con posterioridad el proyecto suprime del texto del artículo 313 –hoy 327 del C. P. de 1980–, que tipificaba el delito de lavado de activos, la expresión “prestar el nombre”, reprimiendo dicha conducta –testaferrato– de manera independiente dentro

del título x del proyecto, "De los delitos contra el orden económico y social", capítulo v, "Del lavado de activos", artículo 326, así:

Testaferrato. Quien preste su nombre para adquirir bienes con dineros provenientes del delito de narcotráfico y conexos, incurrirá en prisión de 6 a 15 años y multa de 500 a 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin perjuicio del decomiso de los respectivos bienes.

Las modificaciones que se presentaron en relación con el delito de testaferrato son las siguientes:

1. Se incrementa la pena privativa de la libertad, en relación con el tope mínimo, en 1 año: pasa de 5 a 6 años, y frente al máximo en 5 años, aumentándose de 10 a 15 años.

2. En relación con la pena de multa se disminuye el mínimo, que en el proyecto es de 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (actualmente es de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes) y se incrementa el máximo, que en el Código Penal de 2000 es de 50.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes –valor máximo a imponer como pena de multa– (antes era de 5.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

Por último, el Código Penal de 2000 elimina el delito de enriquecimiento ilícito derivado del secuestro, por considerarlo inútil e inaplicable, el cual, en el año de 1993, había sido aprobado por el Congreso de la República, por medio del Estatuto Nacional Antisecuestro, ley de iniciativa popular. El artículo 6.º de la citada ley consagró una sanción penal para quienes obtengan incremento patrimonial no justificado derivado del secuestro. La figura en comentario era del siguiente tenor literal:

Enriquecimiento ilícito derivado del secuestro. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, y siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá por ese solo hecho en prisión de 5 a 10 años, y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 34 de la Constitución.

Obsérvese que la norma no especificaba que el incremento patrimonial fuese producto del delito de secuestro, cuestión que de por sí debería inferirse del *nomen iuris* y por encontrarnos frente a un Estatuto Antisecuestro, y que en todo caso fue aclarada por la Corte Constitucional en sentencia C-069 de 1994, al declarar exequibles algunas disposiciones contenidas en la Ley 40 de 1993, entre ellas la norma en estudio:

El artículo 6.º de la ley *sub examine* exige dos condiciones para que se tipifique el hecho punible: en primer lugar, como la materia de ley se refiere al secuestro, obviamente el incremento patrimonial no justificado debe ser (y se entiende que así es) derivado del delito de secuestro, de manera directa o indirecta. Esa es la intención del legislador, y ese es el sentido sistemático de la ley en estudio; por ello el título del artículo así lo resalta: "Enriquecimiento ilícito derivado del secuestro".

El segundo elemento condicional (señalado expresamente por la norma) es que el hecho no constituya otro delito. Lo anterior, porque de llegar a configurarse un delito no relacionado con el secuestro se configuraría el concurso material de delitos, se estaría regulando una materia diferente a la que constituye el objeto de la ley en cuestión, de suerte que se vulneraría el artículo 158 de la Carta.

Es claro, por tanto, que la norma acusada está contemplando la sanción a unos efectos patrimoniales (directos o indirectos) derivados de una causa ilícita específica: el delito de secuestro. La Corte encuentra razonable esta disposición por la coherencia causa-efecto que trae, pues si se considera que la causa es punible, también lo serían sus efectos patrimoniales propios, sean ellos directos o indirectos.

La norma, entendida en su exégesis, no está expresando cosa distinta a la evidencia de que un incremento patrimonial directa o indirectamente derivado del delito de secuestro no tiene un principio jurídico de razón suficiente que lo justifique, ya que evidentemente hay una causa ilícita. En otras palabras, nunca puede un efecto de esta índole estar, como diría el iusfilósofo STAMMLER, formalmente justificado, por cuanto no corresponde a la idea de derecho, que para el autor citado es la justicia. La coherencia de la norma es oportuna, por cuanto si los efectos de una causa ilícita son justificados, tal acto, indirectamente, bajo algún aspecto, implica legitimar (por tolerancia) la ilicitud en sí, por cuanto la sanción recaería tan sólo sobre una parte del hecho, cuando se requiere la punibilidad total de una serie de causas y efectos que conforman una unidad. Por todo lo anterior sería un contrasentido penalizar el secuestro y, al mismo tiempo, permitir sus efectos directos o indirectos³³.

Si bien es cierto la norma le dio carácter subsidiario al tipo penal, con el objeto de que la ley no regulara materias ajenas al secuestro, también lo es que dicho rasgo lo convierte en un tipo de difícil aplicación, pues por esta vía las personas que participen en la comisión de alguno de los delitos contemplados en el Estatuto Antisecuestro, ya sea a título de autores o de partícipes, no podrían ser sancionadas por este paratipo penal, pues su conducta de por sí ya constituía delito.

33 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-069 del 23 de febrero de 1994, M. P.: VLADIMIRO NARANJO MESA.

CAPÍTULO OCTAVO

Prevaricato

I. NOCIÓN

El prevaricato, en términos generales, se presenta cuando un servidor público emite un acto *ilegal*. El prevaricato implica una violación al principio de legalidad, entendido como la necesidad de que todos los actos de los empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones correspondan a las normas jurídicas que regulan la expedición de ese acto. La ley, naturalmente, debe entenderse para estos efectos en sentido material y no formal. La violación al principio de legalidad así concebido origina, de manera general, el delito de prevaricato. Esas normas bien pueden referirse a la competencia o a la regulación misma de la forma como debe ejercerse la función *pública*.

La palabra prevaricato significa andar torcido (*varicare*) o torcimiento del Derecho¹. La jurisprudencia penal ha dicho: "El prevaricato que en la acepción latina del vocablo *el que anda con los pies torcidos*, en su esencia radica en la discordancia entre el derecho que el funcionario conoce y el que se aplica, por lo que el objeto jurídico tutelado es el ejercicio de la función pública sobre los criterios de legalidad, rectitud e imparcialidad del funcionario respecto de la función encomendada"².

II. ANTECEDENTES

El Código Penal de 1936 consagraba cuatro especies de prevaricato:

1. Por acción (art. 168); 2. Por omisión (inc. 2.º art. 168); 3. Por asesoramiento (art. 169), y 4. Procesal (art. 561 CPP).

El anteproyecto de 1974 contemplaba también el prevaricato por acción, pero eliminaba del Código de 1936 la expresión "a sabiendas". En cuanto al prevaricato por omisión, conservaba la referencia a la "simpatía o animadversión" (art. 174). En lo atinente al prevaricato por asesoramiento ilegal, suprimía la referencia al ánimo e incluía, indebidamente, un elemento normativo.

El proyecto de 1976 une las especies de prevaricato por acción y omisión y refiere a ambas la "simpatía o animadversión".

El proyecto de 1978 refiere también el prevaricato al "proyecto o ponencia", sancionando así, en cierta forma, como delito consumado la tentativa.

Con posterioridad a la expedición del Código Penal de 1980, y con motivo de la promulgación de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), se modi-

1 C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 48.

2 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 29 de marzo de 1990, M. P.: MARIO MANTILLA NOUGUÉS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1990, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 418.

ficó el delito de peculado, fundamentalmente en el aspecto punitivo. Se consagra el delito de prevaricato en tres modalidades: por acción (art. 28), por omisión (art. 29) y por asesoramiento ilegal (art. 30).

III. MODALIDADES

A. PREVARICATO POR ACCIÓN

El delito de prevaricato por acción estaba contemplado así en el artículo 149 del Código Penal, que fue modificado por el artículo 28 de la Ley 190 de 1995:

El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.

En el Código Penal de 2000 al prevaricato por acción se le agregó como objeto material el *concepto*. Veamos:

Artículo 413. *Prevaricato por acción*. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 5 a 8 años.

I. TIPO PENAL

a. TIPO PENAL OBJETIVO

Como se ha sostenido, delimita desde dónde y hasta dónde, cuándo, dónde y cómo se protege el bien jurídico penalmente: "La misma definición de los tipos legales, como conductas prohibidas, delimita el ámbito de protección 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"³.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 18 de abril de 2002, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 551.

– SUJETO ACTIVO

Sujeto activo es el servidor público, bien sea del orden judicial, administrativo o incluso legislativo.

– SUJETO PASIVO

Lo es el Estado, como se ha venido sosteniendo en los demás delitos ubicados en este título.

– OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Lo es la Administración Pública en su específica versión de la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad como expresión del Estado de Derecho. De manera tal que la antijuridicidad material consiste en la deformación de un instituto jurídico: “El prevaricato no contiene simplemente un supuesto de hecho de naturaleza descriptiva, sino que exige la necesidad de realizar un juicio de valor en lo relacionado con el componente típico de ser la *resolución o dictamen manifestamente contrario a la ley* que involucra al tiempo el concepto de *dañosidad social* de la conducta”⁴.

Así mismo, más recientemente se ha precisado:

Se hace prevalecer su capricho a la voluntad de la disposición legal, afectando con dicha conducta la inmaculación del ordenamiento jurídico y con ello la integridad ética y la credibilidad que ha de amparar la Administración Pública en cuyo nombre actúa⁵.

En el delito de prevaricato, no hay duda alguna en cuanto la sociedad, y por esa vía el Estado, sufre las consecuencias del funcionario que se aparta de la Constitución cuando da preeminencia al interés particular –así sea el suyo, aparte del de uno o varios de los sujetos procesales– sobre el general; olvida que debe cumplir con una de las funciones esenciales del Estado cual es la de servir a la comunidad y mantener un orden justo; se aparta de las normas superiores y de la ley; en las actuaciones judiciales deja

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 17 de mayo de 2000, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 160, reiterada por decisión del 2 de mayo de 2001, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2001, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 282 y 283.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de marzo de 2002, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2002, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 506.

de lado el debido proceso o proceso justo; se aleja de su obligación que, como persona y ciudadano, tiene de colaborar con el buen funcionamiento de la Administración de Justicia; tacha con su conducta el juramento por el cual ha prometido cumplir sus deberes y defender la Carta; no recuerda que está al servicio del Estado y de la comunidad; se le escapa que su intervención o actuación en los asuntos penales —que se integran al proceso— tiene que estar sometida al imperio de la ley; y, en concreto, tratándose de funcionarios del Ministerio Público, olvida que le compete vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes, en pro de la defensa de un *orden jurídico* y de los derechos y garantías fundamentales.

Por todo lo anterior, como síntesis de la *real* conformación del bien jurídico Administración Pública, se dice que esta es vulnerada cuando el servidor del Estado es desleal, cuando genera desconfianza, cuando falta a sus deberes, cuando se aleja del cumplimiento de la ruta normal de sus quehaceres. Y no se trata, desde luego, de la mera ofensa al cumplimiento de las obligaciones, ni de la simple infracción al deber. Se trata de lo explicado que, en resumen, se palpa en el comportamiento desplegado por el servidor y en la percepción que del mismo se tenga.

Ya descendiendo a la normatividad legal, al Código Penal —de 1980—, es claro que, frente a su artículo 149 —art. 413 C. P. de 2000—, el servidor público que emite concepto, es decir, que dictamina sobre un asunto penal en el que interviene, contrariando ostensiblemente la ley, desconoce la Constitución Política y con ello realiza en su integridad el artículo 4.º del estatuto penal mencionado, que entiende como materialmente antijurídica aquella conducta objetivamente típica que lesiona, sin justa causa, el bien jurídico tutelado⁶.

— CONDUCTA

La *conducta* consiste en *conceptuar* ilegalmente, *proferir* el dictamen o la resolución ilegal.

Proferir es tanto como emitir, dictar. Para efectos de la tipificación de la acción no es necesario que la providencia objeto material del delito esté ejecutoriada, y ni siquiera que haya producido sus efectos jurídicos.

El delito se consuma, entonces, cuando la resolución o el dictamen se firman, o en otros términos, cuando se perfeccionan desde el punto de vista formal.

Por ello el delito de prevaricato se configura independientemente de que la providencia que lo consuma sea luego revocada. Como sostuvo la Corte Suprema de Justicia: “No es correcto afirmar la no comisión de un delito de prevaricato por el simple hecho de que contra la decisión contraria a la ley procedan los

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2003, rad. 17.871, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN.

recursos previstos en el ordenamiento procesal. Este ilícito se comete cuando se profiere una resolución manifiestamente contraria a la ley, así ella sea posteriormente revocada”⁷.

— OBJETOS MATERIALES Y ELEMENTOS NORMATIVOS DEL TIPO

Como elementos normativos del tipo constitutivos del objeto material tenemos las expresiones “resolución”, “dictamen” y “concepto”⁸.

Por resolución debe entenderse cualquier determinación de orden *jurídico* que deba tomar el servidor público en ejercicio de sus funciones. No tiene entonces esta expresión el alcance restringido propio del derecho administrativo.

En el término resolución quedan comprendidos el decreto (en cualquiera de sus clases, salvo cuando materialmente es constitutivo de ley), la resolución propiamente dicha, la ordenanza, el acuerdo, el auto, la sentencia, etc.

Tendría tal alcance la determinación *verbal* que toma el servidor público en ejercicio de sus funciones en relación con el asunto sometido a su conocimiento siempre y cuando la misma adquiriera la calidad de acto administrativo (por ejemplo, así lo dispone el art. 6.º CCA). Pero también puede afirmarse que los actos administrativos presuntos no tienen forma escrita (arts. 40, 41, 51 y 60 *ibíd.*).

Igualmente la tienen aquellas decisiones —autos o sentencias— proferidas en una audiencia pública y demás trámites verbales judiciales o administrativos, pues si bien como en el caso anterior el problema sería probatorio en tanto la manifestación de la voluntad estatal es verbal, las mismas quedan documentadas en el acta de la diligencia o en cintas magnetofónicas o de video.

Sobre el objeto material ha dicho la Corte: “La resolución no es solamente providencia emitida por autoridad judicial sino también por funcionario administrativo, en ejercicio uno y otro de sus respectivas atribuciones”⁹.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 6 de marzo de 1984, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal*, cit., p. 260. Esta decisión reitera el auto del 10 de diciembre de 1979, M. P.: JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, en ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal*, 1979, cit., pp. 156 y 157.

8 Al punto se le hace un pormenorizado análisis desde el ángulo administrativo y el objeto jurídicamente tutelado por el profesor OCTAVIO DE TOLEDO. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Edit. Civitas e Instituto de Criminología Universidad Complutense, 1980.

9 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 5 de abril de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1984, Editora Jurídica de Colombia, p. 283.

El *dictamen* es la opinión que dentro de un proceso administrativo o judicial emite un servidor público, respecto de un punto técnico que debe ser apreciado por quien toma la decisión. No es indispensable que el funcionario a quien va dirigido el dictamen deba acogerlo, pero sí era preciso, se afirmó en un principio, que el concepto o la opinión fueran exigidos por la ley.

Se discutía en la doctrina sobre si el concepto de los agentes del Ministerio Público en el proceso penal puede dar lugar o no a prevaricato. En decisión mayoritaria expresó la Corte Suprema de Justicia:

El dictamen del Ministerio Público es elemento integrador de la sentencia, de obligatoria obtención por el juzgador en los casos pertinentes, no importa si carece de fuerza decisoria o si no es acogido por aquel.

Tampoco es obligatorio el dictamen de los peritos que actúan transitoriamente como funcionarios públicos. Como no lo es, así mismo, el concepto de la Corte, indispensable, sin embargo, para conceder la extradición que de sus nacionales solicite un país extranjero de conformidad con los convenios internacionales suscritos por Colombia. Ni la veredicción de los jurados que el juez competente puede declarar contradictoria o contraevidente.

Por lo demás, el Diccionario de la Academia de la Lengua define el dictamen (del latín *dictamen*) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Y dictaminar no es otra cosa que opinar o dar dictamen. Y si quien emite la opinión o suscribe el dictamen lo hace con el carácter de funcionario, a sabiendas de que ha consignado criterios o preceptos contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato, así sus afirmaciones mendaces no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio.

Esta opinión del ponente no fue compartida por los magistrados FABIO CALDERÓN, DANTE FIORILLO y PEDRO ELÍAS SERRANO. Estos últimos consideraron que el dictamen del Ministerio Público no puede generar el delito de prevaricato¹⁰.

Con posterioridad la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, señaló:

El primer obstáculo que encontró el fallador de instancia residió en que, en su entender, el agente del Ministerio Público no podía incurrir en el punible de prevaricato por cuanto dentro de sus funciones no se encontraba la de proferir resolución o dictamen, deviniendo como consecuencia necesaria la atipicidad de la conducta. Finalmente, al hacer las comentadas solicitudes no encontró que el delegado de la Personería hubiera

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Auto del 10 de diciembre de 1979, sin publicar. Se reitera por decisión del 23 de julio de 1986, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1986, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 443 y ss.

procedido dolosamente, pues siendo sujeto procesal y creyendo que era viable podía válidamente solicitar el archivo del proceso.

Yerra el tribunal *a quo* cuando sustrae al agente del Ministerio Público como sujeto activo del delito en examen, pues prevarica tanto el juez o magistrado como cualquier empleado oficial que traiciona la función pública que se le ha encomendado al emitir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. El empleado oficial que así obra sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad. Y así como dentro del término de "resolución", como medio para atentar contra la Administración Pública, quiso el legislador incluir las sentencias y los autos, y en general todo acto escrito que se genere en uso de las funciones públicas y que tienda a la decisión de un punto, del mismo modo dentro de la acepción de "dictamen" se incorporan los conceptos, que es la denominación que adquieren los actos a través de los cuales se hace conocer la voz del Ministerio Público como sobresaliente auxiliar de la Administración de Justicia en la consecución de sus fines.

Bastaba con acudir a cualquier diccionario para encontrar la sinonimia de "dictamen" y no su análogo, que es bien diferente. Así, en el de CABANELLAS se lee:

"*Dictamen*. Opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales, corporaciones, autoridades, etc."

No en vano se ha considerado que, materialmente, el Ministerio Público cumple la misma función que el juez, pues la persecución penal, lo mismo que el fallo y las fases que lo anteceden, son funciones jurídicas que competen a órganos del Estado: los dos son funcionarios públicos designados y organizados con propias funciones para administrar justicia, que se resumen en la labor de averiguar la verdad histórica y materializar la ley penal sustantiva, para cuyos fines se han expedido las normas de procedimiento penal. Tan sólo desde el ángulo puramente formal tienen dividido su rol, pues mientras que los dictámenes o conceptos tienen connotación de requerir, los del otro tienen carácter decisorio.

En consecuencia, tiénese que el agente del Ministerio Público es poseedor de la investidura calificada que la ley prevé en la estructura del prevaricato, al cual adecua su conducta cuando, en ejercicio de sus funciones, emite opinión, dictamen o concepto contrariando marcadamente la ley¹¹.

Recientemente se dijo, sin condicionar si el concepto es o no obligatorio:

Como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 277.7 de la C. N. y 131 del CPP, la intervención en el proceso penal es potestativa

11 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 21 de junio de 1995, M. P.: DIDIMO PAEZ VELANDIA.

del Ministerio Público, y bajo su plena responsabilidad, siendo, por tanto, su deber concurrir, estar plenamente atento a su trámite, presentar en forma oportuna las peticiones que considere procedentes, solicitar la práctica de pruebas, ejercer el derecho a la impugnación cuando sea del caso, oponerse a las impertinentes, exigir las notificaciones del caso, en fin, actuar como un pleno sujeto procesal, consciente, además, que por su calidad de servidor público puede ser sujeto activo de conductas prevaricadoras, activas u omisivas, o violatorias del régimen disciplinario¹².

Así se confirma posteriormente:

El funcionario –un procurador judicial– realizó el verbo rector *proferir*. En efecto, al hacer la petición, con la etimología y la gramática de la voz, dijo, sacó, mostró, llevó hacia delante, pronunció, articuló, echó afuera de su boca su pensamiento, su idea, ofreció, propuso, emitió, aquello que pensaba sobre el tema.

La solicitud hecha por el procesado, aquello que *profirió*, es perfectamente ubicable dentro de uno de los objetos de la acción que con ingrediente normativo porta la norma sustancial acabada de citar, es decir, se trataba de un *dictamen*. Estas son las razones:

a. Gramaticalmente, *dictamen* es opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Es el parecer, el entendimiento, el discernimiento, la apreciación que tiene una persona sobre algo, es la idea, el criterio, la valoración, la tesis, el sentir, el diagnóstico, el *concepto* que se posee en torno a algo.

Concepto es pensamiento, idea, la concepción que se tiene sobre un tema, la formación que se hace o se alberga en la mente sobre el punto. *Conceptuar* es entendimiento, el pensamiento expresado con palabras; es opinión, juicio, es la creencia, el conocimiento, la conjetura.

Lo anterior resulta del sentido común del lenguaje, de la gramática elemental.

Con lo dicho se cumple la primera parte del artículo 28 del C. C., de acuerdo con la cual “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras...”. Y los diccionarios recogen ese sentido natural y obvio, así como el uso que generalmente se le da a las palabras.

La segunda parte de la misma norma expresa: “Pero cuando el legislador las haya definido expresamente *para ciertas materias*, se les dará en éstas su significado legal” (destaca la Sala).

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 4 de septiembre de 2001, rad. 17-558, M. P. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

La parte general del Código Penal de 1980 no definía el término *dictamen*; tampoco su parte especial y tampoco el capítulo que contemplaba el delito de prevaricato. La *ley sobre la materia* —libro segundo del Código Penal, delitos contra la Administración Pública, prevaricato—, entonces, no decía qué significaba la palabra. Como el Código Penal citado era el que estructuraba las generalidades y las concreciones de los *delitos* y de todos sus componentes, y no se ocupaba ni del alcance ni del contenido de la voz examinada, conclúyese que la *ley relacionada con la materia* no aportaba el significado de *dictamen*.

Así, sigue adelante la primera parte del artículo 28 del C. C.: se impone entender por *dictamen* aquello que el sentido común, la gramática, el diario discurrir, los diccionarios —que recogen las determinaciones del vulgo, es decir, el pensamiento de la gente del pueblo— dicen que es.

En *materia* procesal penal, específicamente en tema de *pruebas*, sí se alude al *dictamen*, aun cuando tampoco se le define. El *dictamen en esta materia* equivale a la opinión, al concepto, a la idea que tienen los expertos en ciertas áreas —científicas, técnicas o artísticas—. Son los colaboradores que la ley denomina *peritos*, quienes deben emitir su pensamiento con el cumplimiento de determinados requisitos. Era la concepción de los artículos 264 y siguientes del estatuto procesal de 1991 (“prueba pericial”), y es la concepción de los artículos 249 y siguientes del actual CPP (“prueba pericial”).

Y como quiera que el *dictamen* con sus características es mencionado frente a la *ley procesal*, frente a las *pruebas* y respecto de los *peritos*, esta concepción no es trasladable al código que define los delitos y las penas, ni de los *peritos* a los *procuradores*. Por consiguiente, la ley no ha definido el dictamen para efectos del delito de prevaricato. Por eso, ese dictamen es un ingrediente normativo extrajurídico, válido por cuanto se soporta en los mandatos del Código Civil.

b. Afirma el Código Civil en su artículo 29 que “Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se ha tomado en sentido diverso”.

Si admitiéramos que el derecho penal es ciencia o arte, se impondría atender el parecer de quienes lo cultivan. Y al hacerlo, se establece que para los expertos en el tema —concretamente en derecho penal especial— la intervención del Ministerio Público en los asuntos penales se materializa a través de *conceptos*, es decir, de *dictámenes*, pues, como ya fue visto, los términos son sinónimos.

La doctrina nacional apunta hacia allí. Una muestra significativa permite arribar a esa conclusión. Así, por ejemplo:

ALFONSO ORTIZ RODRÍGUEZ expresa: “En sentido más amplio es la opinión y el juicio que se forma o emite sobre una cosa. En este sentido, el tomar consejo es oír dictamen. Tiene el sentido de concepto emitido por persona experta y autorizada. Así se entiende que proferir resolución o dictamen es pronunciar *alguna de esas decisiones* o alguno

de esos juicios o *conceptos*. Como se trata de resolución o dictamen expedidos por empleado oficial, ese pronunciamiento, expresión de su función pública, debe ser conforme a la ley" (destaca la Sala).

FRANCISCO FERREIRA DELGADO escribe: "*Dictamen* es la opinión o concepto que emite el llamado por la Constitución 'Ministerio Público' en cualquier momento en que, procesal o extraprocesalmente, deba defender los intereses del Estado, promover la ejecución de las leyes, normas administrativas, sentencias de los jueces, perseguir los delitos, procuración de resarcimiento a quienes resulten lesionados por el delincuente [...] *Proferir dictamen* es manifestar concepto u opinión de algo sometido a su opinión. Opina el Ministerio Público y, a veces, la Contraloría y auditorías fiscales [...] No se limita, por tanto, a la opinión del perito dentro del proceso. En cualquier acto funcional de opinión, puede prevaricar el empleado oficial".

Y LUIS CARLOS PÉREZ explica: "El dictamen es el medio por el cual se manifiesta el juicio de los peritos e intérpretes en asuntos judiciales o administrativos, o sea, de las personas llamadas por sus conocimientos especiales a opinar sobre determinada materia. El dictamen, en su acepción de *concepto* u *opinión*, es propio también de muchos funcionarios, por ejemplo, *los agentes del Ministerio Público*, los técnicos asesores en toda suerte de especialidades y los médicos legistas y demás facultativos con cargo oficial. Se comprende que esta clase de diligencias, al estar influidas por ilegalidad manifiesta, afecten diversidad de intereses, pues quienes los emiten desempeñan una función pública, aun en el caso de que su *concepto* no sea compartido por la autoridad ante quien se rinde" (resalta la Sala).

Otro cultor de la ciencia jurídico penal, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, ha sido aún más enfática. Ha dicho, por ejemplo:

– En vigencia del Código Penal de 1936:

"El dictamen del Ministerio Público es elemento integrador de la sentencia, de obligatoria obtención por el juzgador, en los casos pertinentes, no importa si carece de fuerza decisoria si no es acogido por aquél [...]"

"Por lo demás, el Diccionario de la Academia de la Lengua define el dictamen (del latín *dictamen*) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Y dictaminar no es otro que opinar o dar dictamen. Y si quien emite la opinión o suscribe el dictamen lo hace con el carácter de funcionario, a sabiendas de que ha consignado preceptos o criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato, así sus informaciones mendaces no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio" (auto del 10 de diciembre de 1979, M. P.: JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO).

– Posteriormente, en vigencia ya del Código Penal de 1980, fue reiterativa y precisó:

"En este proceso se acusa al doctor [...] de haber sido infiel, en forma notoria y en materia grave, a las funciones constitucionales y legales que le correspondían como

agente del Ministerio Público cuando desempeñándose en el cargo de delegado en lo penal de la Personería de Pereira (Risaralda) hizo solicitudes contrarias a la ley, adecuando doblemente así su comportamiento al tipo penal de prevaricato por acción descrito por el artículo 149 del C. P. —art. 413 C. P. de 2000— [...]

“Yerra el tribunal *a quo* cuando sustrae al agente del Ministerio Público como sujeto activo del delito en examen, pues prevarica tanto el juez o magistrado, como cualquier empleado oficial que traiciona la función pública que se le ha encomendado al emitir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. El empleado oficial que así obra sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad. Y así como dentro del término de ‘resolución’ como medio para atentar contra la Administración Pública quiso el legislador incluir las sentencias y los autos, y en general todo acto escrito que se genere en uso de las funciones públicas y que tienda a la decisión de un punto, del mismo modo dentro de la aceptación de ‘dictamen’ se incorporan los conceptos, que es la denominación que adquieren los actos a través de los cuales se hace conocer la voz del Ministerio Público [...]

“Bastaba con acudir a cualquier diccionario para encontrar la sinonimia de ‘dictamen’ y no su análogo, que es bien diferente. Así, en el de CABANELLAS se lee:

“‘*Dictamen*. Opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales, corporaciones, autoridades, etc.’.

“No en vano se ha considerado que, materialmente, el Ministerio Público cumple la misma función que el juez, pues la persecución penal lo mismo que el fallo y las fases que lo anteceden son funciones jurídicas que competen a órganos del Estado: los dos son funcionarios públicos designados y organizados con propias funciones para administrar justicia, que se resumen en la labor de averiguar la verdad histórica y materializar la ley penal sustantiva, para cuyos fines se han expedido las normas de procedimiento penal. Tan sólo desde el ángulo puramente formal tienen dividido su rol, pues mientras que los dictámenes o conceptos tienen connotación de requerir, los del otro tienen carácter decisorio.

“En consecuencia, tiénese que el agente del Ministerio Público es poseedor de la investidura calificada que la ley prevé en la estructura del prevaricato, al cual adecua su conducta cuando, en ejercicio de sus funciones, emite opinión, dictamen o concepto contrariando marcadamente la ley” (sentencia del 21 de junio de 1995, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA).

Y el mismo criterio ha sido mantenido, sin discusiones, p. ej.: en sentencia del 7 de diciembre de 1978 (M. P.: ÁLVARO LUNA GÓMEZ) y en autos del 24 de junio de 1986 (M. P.: HERNANDO BAQUERO BORDA) y del 1.º de septiembre de 1987 (M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS).

La muestra citada de doctrina y jurisprudencia patria es, entonces, convergente: la intervención del Ministerio Público, que se materializa a través de dictámenes, puede

dar origen al delito de prevaricato, aun cuando carezcan de potencia definitiva frente al conflicto que se quiere resolver dentro del proceso¹³.

Hoy ningún problema suscita el tema tratado, habida cuenta que la nueva redacción del prevaricato ofrecida por la Ley 599 de 2000 consagra como objeto material del tipo el "concepto". En cuanto al prevaricato que tiene como objeto material un "salvamento de voto" de un magistrado al configurar la decisión colegiada, se ubica dentro del elemento normativo "dictamen" como opinión, cuando se "consigna apreciaciones manifiestamente contrarias a la ley" o "criterios contrarios a la verdad por él conocida", así no tengan carácter compulsivo o poder decisorio¹⁴.

— EL ELEMENTO NORMATIVO "MANIFIESTAMENTE CONTRARIO A LA LEY"

También es elemento normativo del tipo la frase "manifiestamente contrario a la ley".

La determinación de lo que constituye la esencia del injusto en el prevaricato no ha sido tema fácil. Existen varias teorías de lo que se debe entender como tal.

TEORÍA SUBJETIVA

Según esta posición existe injusticia cuando el acto jurídico se produce por su autor "de manera distinta a como, según su convicción jurídica, debería hacerlo; es decir, *prevarica el que traiciona con su decisión la idea que se ha formado en su conciencia sobre qué es justo en el caso concreto que ha de decidir*"¹⁵.

La doctrina encuentra como inconveniente el que si resulta difícil establecer objetivamente cuándo se está frente a una injusticia manifiesta, con más razón, y hasta imposible resulta, verificar cuándo el asunto no tiene correspondencia con la idea de justicia que profesa el operador jurídico. Mas también, y aquí nos encontramos frente a un problema insalvable, el operador jurídico "de ideología contraria al contenido de las leyes que debe aplicar prevaricaría siempre que las aplicara con arreglo a su propio sentido"¹⁶.

13 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 25 de febrero de 2003, rad. 17.871, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN.

14 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 13 de octubre de 1988, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1988, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 216.

15 C. MIR PUIG. Ob. cit., pp. 48 y 49.

16 Ibid., p. 50.

Pero además, agregamos nosotros, tal teoría resulta incompatible con los fundamentos constitucionales del injusto en Colombia. En efecto, lo contrario a derecho en nuestro medio está dado por la "afectación del bien jurídico", lo cual se constituye en la antijuridicidad material (art. 11 C. P. de 2000), por tanto el elemento fundante del injusto es el "desvalor de resultado", ocupando el "desvalor de acción" sólo un papel auxiliar o cofundante.

Si un operador jurídico aplica la ley correctamente, así se aparte de sus propias convicciones, no comete injusto alguno. De lo contrario en nuestro medio tendríamos que admitir como punible el llamado "delito putativo", el cual se genera cuando objetivamente la conducta es acorde con el Derecho pero subjetivamente se cree que se está quebrantando el orden jurídico. Se desquiciaría la prevalencia del desvalor de resultado y reclamaría puesto principal y autónomo el desvalor de acción.

Así mismo, no debe perderse de vista, que lo que constituye injusto es el carácter antijurídico de la "resolución, dictamen o concepto" y no su fundamentación, puesto que si lo decidido, dictaminado o conceptuado es correcto pero no su sustentación jurídica, técnica o científica, lo que se presentará será un prevaricato por omisión.

TEORÍA OBJETIVA

Para esta posición "el término injusticia debe medirse en relación al ordenamiento jurídico, de modo que *injusto* será todo" acto jurídico constitutivo del objeto material "contrario a Derecho". Se hace alusión al derecho positivo contemplado tanto en el plano formal como material, con "respeto del sistema de fuentes y de las normas del ordenamiento jurídico de interpretación y de integración"; de allí que, así lo decidido, dictaminado o conceptuado no sea producto de la "convicción jurídica" del operador jurídico, pero sí de conformidad al ordenamiento jurídico en tanto y en cuanto es justificable teóricamente utilizando las normas de interpretación aceptadas, nos encontraremos ante un acto impregnado de justicia¹⁷.

Es la más aceptable de las diferentes posiciones y así, acogiéndonos a ella, lo sustentaremos más adelante, no sin antes anunciar que de todos modos se tiene en cuenta muy especialmente lo que indica la teoría que a continuación abordamos.

TEORÍA INTERMEDIA

Para esta posición, "*prevarica* el funcionario que *no utiliza los métodos y medios científico-jurídicos de encontrar el Derecho*, es decir, los métodos y medios de

¹⁷ Ibid., pp. 50 y 51.

interpretación científico-jurídica del Derecho. Es la ley que es multívoca, no el Derecho. Derecho es aquí la interpretación de la ley realizada por el juez o funcionario para *el caso concreto*, efectuada con los citados medios y métodos. La prevaricación sería la *lesión del deber del juez de encontrar el Derecho, de actuar en interés de la verdad*, consistirá, entonces, en la *resolución no alcanzada con tales medios y métodos científico-jurídicos*¹⁸.

NUESTRA POSICIÓN

No basta la simple contradicción entre el acto jurídico y la ley; resulta necesario que esa oposición sea abierta, evidente. Como dice la jurisprudencia penal, "lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento"¹⁹, esto es, que la "contradicción entre lo demandado por la ley y lo resuelto sea notoria, grosera o de tal grado ostensible que se muestre de bulto con la sola comparación de la norma que debía aplicarse"²⁰. La jurisprudencia penal de la corporación rectora en la materia ha expresado: "El ilícito mencionado (prevaricato) en su forma activa requiere que haya una absoluta disparidad, más aún: una notoria discrepancia entre lo decidido por un funcionario público y lo que debió decidir, o como tantas veces se ha dicho, entre el derecho que debió aplicar y el que aplicó"²¹.

Es requisito imprescindible, pues, que la decisión sea manifiestamente injusta, esto es, contraria al ordenamiento jurídico en grado superlativo: "Es elemento estructural que la 'resolución o el dictamen' pronunciados sean *manifiestamente* contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica de acto propio de abuso de autoridad"²².

Lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento²³.

¹⁸ C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 52

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 7 de mayo de 1985, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1985, Editora Jurídica de Colombia, cit., p. 489.

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de abril de 1993, M. P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1993, I.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 351.

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 25 de octubre de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 162.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 9 de diciembre de 1982, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de 1982*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 15.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 7 de junio de 1985, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

Una jurisprudencia revela muy bien el estado actual de la cuestión:

La adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "manifiestamente contrario a la ley". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio *ex ante* y no *a posteriori*)²⁴.

Desde el punto de vista jurídico, no puede haber grados en la violación de la ley. Un acto jurídico, o es ilegal o no lo es, pero no puede ser más o menos ilegal. Por tanto se requiere reinterpretar el concepto "ley", puesto que el mismo es un elemento normativo del tipo de naturaleza jurídica.

En verdad la expresión jurídica "ley" no puede equipararse sin más al mero texto de una norma como expresión formal o material de ley. Si ello fuera así los jueces sólo tendrían que atender este tipo de mandato jurídico (art. 230 C. N.), cuando lo cierto es que ésta, según su artículo 4.º, se constituye en nuestro medio en fuente del derecho de aplicación inmediata por estar erigida en norma de normas. De allí que la expresión "ley" deba ser entendida como "ordenamiento jurídico", puesto que una decisión sólo puede tener el carácter de injusta como lo viene exigiendo la jurisprudencia cuando desconoce el sistema normativo que regula una determinada situación.

Sólo bajo la égida de un método de interpretación gramatical puede entenderse la expresión "ley" en su sentido puro. Sabido es que en nuestro medio, pero especialmente por el cambio que implicó la Carta Política de 1991, el ordenamiento jurídico es mucho más que la mera ley. Puede decirse, sin hesitación alguna, que los viejos moldes del positivismo jurídico que entendían que justicia, derecho y ley eran términos equivalentes han quedado atrás.

Nuestro sistema jurídico de interpretación está presidido por principios, valores y derechos constitucionales. La ley es sólo un instrumento para obtener la justicia y el Derecho, pues nótese cómo, si bien el primer término es utilizado por la Carta Política en su artículo 230, no es menos cierto que el 4.º *ibídem* señala que la Constitución es "norma de normas", esto es, fuente del

24 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 26 de junio de 1998, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1998, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 529.

Derecho de aplicación inmediata, con lo que en nuestro sistema jurídico se ha adoptado un principio cardinal de las constituciones de posguerra: la separación clara entre los concepto de ley, por un lado, y justicia y Derecho, por otro.

De allí que lo que se aplica a un caso determinado cuando de tomar determinaciones jurídicas se trata no es sólo y exclusivamente una ley, sino una "norma jurídica" que es el producto de interpretar una disposición normativa dentro del contexto constitucional, que es, cuantitativa y cualitativamente, de una mayor riqueza. Es un *plus* que, si se quiere entender mejor, está por encima de la ley desnuda, de la ley simplemente entendida.

Por ello en toda aplicación de la ley debe imperar la interpretación lógico sistemática de conformidad con los principios normativos que rigen los fenómenos sobre las caducas interpretaciones gramaticales y apegadas al criterio del legislador histórico, las cuales sólo sirven para ilustrar la discusión.

No en vano todo estatuto jurídico moderno o código comienza con el señalamiento de unas normas rectoras que gobiernan y condicionan la interpretación de todo el articulado subsiguiente, cuyo método de aplicación de la ley se ve influido profundamente por ellas, toda vez que ya no rigen mecanismos planos y fríos de interpretación como que si dos o más normas resultan contradictorias entre sí se aplicará la especial sobre la general o si tiene la misma generalidad o especialidad prevalece la posterior sobre la anterior²⁵.

25 Una muy buena aproximación al concepto de "ley", bajo la égida de la Carta Política de 1991, lo encontramos en la jurisprudencia: "El artículo 230 de la Constitución establece el principio de autonomía judicial a través del cual se reconoce que los Jueces de la República en sus providencias solo están sometidos al imperio de la ley. Esa regla es potestad y límite, los Jueces solo están obligados por la ley, pero igualmente no pueden definir los problemas jurídicos a su cargo sino con fundamento en ella. Tal disposición también marca el carácter estrictamente positivista del sistema jurídico nacional, en cuanto la fuente formal preferente es la Ley. Esto conduce necesariamente a otra definición: la de Ley. La "Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar" (art. 4.º C. C.). Ahora bien: la conceptualización de la Ley no es suficiente para la solución de los problemas jurídicos. Para ello es necesario esclarecer el tema de la subsunción, en el que se determina cuál Ley corresponde a qué hechos. Esto lleva necesariamente al estricto ámbito de la autonomía judicial que la Constitución reconoce a los Jueces de la República, para verificar los juicios de validez y pertinencia necesarios para la aplicación de la Ley. Específicamente en lo que tiene que ver con el aspecto de validez, las leyes lo son en tanto no sean incompatibles con la Constitución, tal como lo manda el artículo 4.º de la misma. Sobre esa norma se afianza uno de los instrumentos del control constitucional difuso en cuanto cualquier autoridad pública puede excusar la aplicación de la Ley cuando la encuentre manifiestamente incompatible con la Constitución. Pero como hay una presunción de constitucionalidad de las leyes, tal facultad está razonablemente limitada —doctrinariamente— por la evidencia de la incompatibilidad y la expresión de las razones en las que se funda. Ese control difuso desaparece en cuanto la Corte Constitucional que es a la que la Constitución le ha confiado la guarda de su integridad y supremacía, ha decidido con carácter definitivo la exequibilidad de un precepto legal (art. 243 C. P., sent. C., como en este caso lo es). En tal evento y en aplicación de lo que ordena el artículo 48 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

No se niega que al acometerse el estudio de una norma es necesario tener en cuenta la natural evolución de los tiempos y su contexto histórico [...] si bien es cierto que como fruto de ese análisis pueden resultar plurales e incluso contrarios desentrañamientos del sentido de la norma, todas las posturas deben tener como elemento común un estudio claro y juicioso cuyo fundamento se levante sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una sana lógica y además al propósito universal de justicia y equidad que gobierna la aplicación de las normas²⁶.

En realidad, pues, de lo que se trata, cuando se quiere verificar si nos encontramos ante un instituto jurídico “torcido” o “manifiestamente contrario a la ley”, no es si el mismo es contrario a la legalidad simple y llanamente, sino si se constituye en un acto de injusticia manifiesta o expresivo de una contradicción palmaria con el ordenamiento jurídico y el Derecho.

Como afirma la doctrina, “*para prevaricar no basta una mera ilegalidad, sino que la resolución contradiga el Derecho objetivo de una manera manifiesta, indiscutible*”. No se trata de una “mera ilegalidad”, puesto que el prevaricato presupone una “*injusticia clara y manifiesta, verdadero y patente torcimiento del Derecho en grosera, e incluso esperpéntica, contradicción con el ordenamiento jurídico*”, no explicable por una “*interpretación razonable*”, y por tanto “*excluye toda posibilidad de equivocada interpretación*”. Se presenta “un verdadero torcimiento del Derecho” por no venir el acto jurídico informado por ningún método racional de interpretación, se trata de una desviación jurídica patente y “*de tal*

sentencias de esa Corporación: “sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive”. Adicionalmente lo son en su parte motiva cuando se trate de las conocidas como sentencias interpretativas o de constitucionalidad condicionada, pues en tales situaciones el precepto sólo es constitucional si se interpreta en la forma y términos que componen la decisión. Pero esa sujeción del Juez a la Ley no es, como se decía en pretéritas pocas, para su simple aplicación automática, en tanto justamente lo que hace el artículo 230 de la Constitución Política es otorgarle al Juez la autonomía necesaria para abordar la aplicación del precepto legal como ser social dinámico y creador del derecho cuando lo otorga resolviendo los conflictos, precisamente lo contrario del Juez “autómata” que se limitaba a ser “la boca de la ley”. Y en esa tarea es la propia Constitución la que indica que el Juez en la aplicación de la Ley como única manera de resolver los conflictos, puede interpretar de modo que sin desconocerla pueda construir el orden justo que la misma Carta define como fin esencial del Estado, propósito para el cual puede servirse de otros instrumentos —la jurisprudencia entre ellos— como criterios auxiliares de interpretación para hacer dinámica aquella e incluso para tenerlos como fuente formal si aquella no existiere; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 6 de mayo de 2003, rad. 14.752, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2003, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.ª sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 251.

manera grosera, clara y evidente, que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que se requiere para el enmarcamiento de la conducta" en el ámbito penal²⁷.

La amplia gama de situaciones a las cuales se enfrenta el servidor público con poder decisorio o cuando conceptúa, en tanto la aplicación de la ley está precedida de la demostración de los hechos y de una adecuada interpretación normativa, ha obligado a la jurisprudencia penal a ser cauta cuando se trata de evaluar el elemento "manifiestamente contrario a la ley", estableciendo que la errónea aplicación de la ley por sí misma no es constitutiva de prevaricato:

Los jueces, en su labor permanente de declarar el derecho a través de actos procesales que ejecutan, disponen de un amplio arbitrio en la interpretación de la ley —que no es otra cosa que desentrañar el contenido de las normas jurídicas—, pueden equivocarse, y no es raro que ello ocurra, sin que por esa sola circunstancia pueda predicarse intención perversa o nociva, pues esta debe probarse plenamente²⁸. Se requiere que el acto evidencie ostensible ilegalidad; no basta, pues, una discrepancia conceptual entre funcionario y algunas de las partes sobre aspecto fáctico o jurídico, o interpretación normativa diversa a la predominante, o administración judicial o administrativa revocada luego en instancia superior por incorrecta, para concluir que se está frente a un prevaricato; hechos confusos, material probatorio que apunte en opuestas direcciones, normas oscuramente redactadas o susceptibles de diversas interpretaciones por su complejidad, pueden dar lugar a decisiones variadas y en veces contrapuestas respecto de situaciones fácticas similares, sin que por ello pueda afirmarse siempre que se ha incurrido en prevaricato²⁹. Copiosa y de larga data ha sido la jurisprudencia al señalar que en tratándose de la natural diferencia de criterios en cuanto a la exégesis y ulterior aplicación de normas legales a un caso concreto no se configura el prevaricato³⁰. De allí que cuando se juzga una decisión o resolución tildada de prevaricadora no se ocupa de ella como juez de instancia para considerarla acertada o no, pues aun providencias desacertadas pueden no ser prevaricadoras³¹.

Creemos que el legislador incluyó la frase "manifiestamente contrario a la ley" tal vez para resolver anticipadamente problemas de imputación subjetiva, tan-

²⁷ C. MIR PUIG. Ob. cit., pp. 52 y 56 a 60.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 17 de octubre de 1975. Reiterada por auto del 11 de diciembre de 1979, M. P.: JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 162.

²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 22 de mayo de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1984, Editora Jurídica de Colombia, p. 289.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 13 de febrero de 1991, M. P.: JORGE ENRIQUE VALENCIA MARTÍNEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 15.

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 20 de noviembre de 1990, M. P.: DIDIMO PÁEZ VELANDIA, reiterada por decisión del 21 de febrero de 1991, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, cit., p. 67.

to al nivel del tipo subjetivo como de la culpabilidad. La vinculación de este elemento con problemas de culpabilidad se desprendía de las siguientes decisiones de la Corte Suprema de Justicia:

No procedió (el procesado), entonces, con pleno conocimiento de la ilegalidad e injusticia de la decisión que iba a proferir, presupuesto subjetivo del delito de prevaricato. Esa conciencia de la ilicitud la resaltaba el anterior Código -1936- con la expresión "a sabiendas", y el nuevo estatuto -1980- con la exigencia de que el acto sea "manifiestamente" contrario a la ley³².

Aparte de los demás elementos integradores de este tipo penal en su forma activa se precisa que la decisión adoptada por el funcionario lo haya sido a sabiendas de que es contraria a la ley, esto es, con clara conciencia, con pleno conocimiento de su ilegalidad, como lo exigía la norma derogada, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, como lo prescribe el Código vigente³³.

En salvamento de voto suscrito por el magistrado REYES ECHANDÍA, auto del 22 de mayo de 1981, expresa:

Dice la providencia que la conciencia de la ilicitud en el prevaricato la resaltaba el Código anterior con la expresión "a sabiendas", y el nuevo estatuto con la exigencia de que el acto sea "manifiestamente contrario a la ley". Discrepo de tal interpretación. Considero que la expresión "a sabiendas" enfatiza -innecesariamente- el aspecto cognoscitivo del dolo y apunta, por lo mismo, al conocimiento que se le exige al agente sobre la típica antijuridicidad de su comportamiento; mientras que la palabra "manifiestamente" se predica de la contrariedad de la conducta del actor (resolución o dictamen) con la ley y cualifica, entonces, un ingrediente normativo del tipo; no existe, pues, equivalencia alguna entre tales expresiones; el nuevo Código eliminó simplemente -y con razón- la reiteración del conocimiento de la ilicitud propia del prevaricato y cualificó la ilegalidad de la resolución o del dictamen emitidos por el funcionario (actor) con un adverbio modal que apunta a un mayor grado de contrariedad de aquella con la ley, a la que debe acomodarse toda decisión judicial o administrativa³⁴.

Tal forma de pensar ya venía impuesta por una antigua jurisprudencia, la cual delimitaba perfectamente el asunto como un tema de imputación subjetiva:

32 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 22 de mayo de 1981, M. P.: DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, en *Jurisprudencia penal de 1981*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 308.

33 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 15 de abril 1982, M. P.: DARÍO VELÁSQUEZ.

34 Cfr. ALFONSO REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal. Corte Suprema de Justicia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 308.

El elemento subjetivo de esta infracción penal la señala la norma citada (art. 168 C. P. de 1936) con la expresión "a sabiendas" que ha sido interpretada por la doctrina como la exigencia de un conocimiento claro de la ilicitud de la conducta y una intención determinada de violar la ley. O como se ha dicho con frecuencia, saber cuál es el derecho aplicable a un caso determinado y, pese a ello, dar aplicación a uno distinto. Es, y esto también se ha expresado en numerosas ocasiones, la actitud moral del funcionario que teniendo conocimiento de cómo debe proceder se aparta deliberadamente de la conducta debida para optar por otra que sabe contraria a Derecho³⁵.

La expresión comentada ("a sabiendas") implica que el agente proceda con conocimiento concreto de la ilicitud del acto. Vale decir, no basta que se actúe con la conciencia de que se está violando el orden jurídico general, que es el ordinario en delitos que no contienen la exigencia de que se obre a sabiendas. Es necesario saber que existe una norma concreta que hace ilícito el comportamiento y, a pesar de conocerla, el agente ejecuta el acto sancionado u omite la conducta ordenada³⁶.

La jurisprudencia penal, si bien pudo haber incurrido en una interpretación carente de técnica jurídica desde la perspectiva dogmática³⁷, pronto corrigió su opinión:

Es de la esencia de tal ilícito, en consecuencia, la disparidad o contradicción manifiestas entre la resolución o dictamen y las normas de derecho aplicables en cada caso. No requiere, como sucedía en el anterior Código Penal -1936-, un especial ingrediente subjetivo consistente en la simpatía o animadversión hacia una de las partes. Ni siquiera se exige el elemento "a sabiendas", de tan variada interpretación. Pero sí es fundamental que las resoluciones y dictámenes sean injustos en el sentido de que se aparten ostensiblemente del derecho, sin que importen los motivos que el empleado judicial tenga para ello³⁸.

La jurisprudencia posterior es inequívoca en la distinción entre los aspectos centrales de la imputación objetiva y de la subjetiva: "El fallo tildado de prevaricato tiene que ser manifiestamente opuesto a la ley y haberlo sido con conocimiento inequívoco de su ilicitud"³⁹.

35 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de enero de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 163.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 30 de septiembre de 1980, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1980*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 352.

37 Aquí sucede, como lo afirma un importante autor, que la "jurisprudencia y la doctrina exigen, sin demasiados apoyos legislativos, en determinados tipos un elemento subjetivo adicional al dolo": LUIS ARROYO ZAPATERO. "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal*, año 1, n.º 1, enero de 1998, Barcelona, Edit. Praxis, p. 7.

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 16 de junio de 1981, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1981*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 310.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 8 de mayo de 1982, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO, en *Jurisprudencia penal de 1982*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 306.

Frente a este mismo tipo penal ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, respecto del elemento normativo en comento, de índole objetiva:

Pues bien, la primera advertencia, en orden a decidir la apelación, es que la transcrita disposición protege la Administración Pública, bien jurídico funcional, en el sentido de que lo tutelado es la correcta función administrativa pública, tan cara hoy a la legitimidad y necesidad del Estado para el tratamiento de los conflictos sociales, y no una relación de poder o competencia entre los distintos órganos de la Administración de lo público. Por ello, el precepto vincula directamente a los servidores públicos de todos los órdenes, pues sólo a ellos concierne el deber especial de una razonable aplicación del Derecho.

Lo manifiestamente contrario a la ley sería la segunda premisa, que se pregona de la resolución o dictamen proferidos por el servidor público imputado, encierra un elemento normativo específico del tipo, que como tal exige una valoración judicial en atención al caso concreto y de cara a una justificación material de los argumentos del actor comprometido y no de una mera justificación formal. Es decir, no se trata de examinar apenas cuándo un argumento es formalmente correcto o incorrecto, sino de establecer cuándo tal argumento, dentro de un campo determinado, resulta aceptable.

Se dice lo anterior por cuanto puede ocurrir que una decisión funcional, a pesar de que habilidosa y especiosamente se le pueda rodear de abundantes citas normativas, doctrinarias o jurisprudenciales, con lo cual aparecería formalmente justificada, resultaría francamente prevaricadora por andar fuera del contexto de justificación material de las normas pertinentes, esto es, completamente desasida de la realidad y de los hechos controvertidos en la respectiva actuación que finalmente deben traducirse en la ley. Y, *contrario sensu*, la decisión puede reñir con el tenor literal de ciertos preceptos, aparentemente claros, pero no envuelve prevaricación porque contiene una interpretación loable frente a las singulares trazas que ofrece el caso⁴⁰.

Las expresiones de los actos jurídicos que pueden ser manifiestamente contrarios a la ley son variadas, precisando la jurisprudencia penal algunos:

Si en la providencia al emitirla el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa⁴¹.

40 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 28 de agosto de 1997, M. P.: JORGE A. GÓMEZ GALLEGU.

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 8 de febrero de 1983, M. P.: ALFONSO REYES ECHIANDÍA, en *Jurisprudencia penal de 1983*, ALFONSO REYES ECHIANDÍA (comp.), cit., p. 250.

Este hecho punible se da siempre que se profiera una resolución manifiestamente contraria a la ley y tendrá tal carácter cualquier decisión que desconozca abiertamente el derecho o contrarie de modo manifiesto la realidad probatoria, cualesquiera que sean los medios de convicción que conformen esa realidad⁴².

La doctrina ha señalado que son constitutivos de prevaricato la infracción de "leyes materiales como procesales", y "tanto la determinación de los hechos objeto del proceso, como su correcta subsunción"⁴³.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

No contiene elementos subjetivos del tipo. La redacción que sobre el fenómeno han ofrecido los códigos penales de 1980 y 2000 excluye lo que, según se ha visto con anterioridad, era exigencia en el Código Penal de 1936⁴⁴.

Por su misma naturaleza este delito sólo admite la modalidad *dolosa*.

Se requiere la conciencia por parte del servidor público de que está actuando contra la ley y tener la voluntad de proferir la resolución o el dictamen o de conceptualizar, caso en el cual nos encontramos frente a un dolo directo.

La jurisprudencia ha resaltado esta forma de dolo cuando exige como requisitos de la imputación subjetiva en el prevaricato el "ánimo consciente y voluntario de violar la ley"⁴⁵.

Parece incurrir la rectora de la jurisprudencia en un dislate jurídico cuando habla de un ánimo voluntario, cuestión poco clara, pues no se explica si se trata del elemento volitivo del dolo o de un elemento subjetivo del tipo. Empero, este es un momento anímico que va más allá del dolo, y aquí parece que lo precediera.

Aun en la hipótesis de que el acto objetivamente considerado sea manifiestamente contrario a la ley, puede plantearse un error sobre el tipo. Se trataría de una causal de atipicidad—antes de inculpabilidad—edificada sobre una equivocación respecto de la interpretación de un elemento normativo del tipo. Esa ha sido, además, la constante y reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: entre otros pueden citarse los fallos del 30 de septiembre de 1980, del 22 de mayo de 1981 y del 8 de julio de 1982, siendo muy clara la posición

42 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 1984, M. P. LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal de 1984*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 268.

43 C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 51.

44 Así Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2003, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.ª sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., pp. 251 y 252.

45 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de segunda instancia del 9 de noviembre de 2003, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS, en *Jurisprudencia y Doctrina*, n.º 385, enero de 2004, Edit. Legis, p. 38.

más reciente que señala que “la equivocación en la selección del marco normativo aplicado constituye un error de tipo acerca del elemento normativo del prevaricato constituido por la exigencia de la manifiesta contrariedad entre la resolución censurada y la ley”⁴⁶.

El dolo eventual es posible en el delito de prevaricato.

En efecto, el dolo eventual es más fácil de explicar en aquellos delitos considerados como de resultado⁴⁷. Como se vio, aquí admitimos que el prevaricato es un delito de resultado, habida cuenta que se requiere la producción de una resolución, un dictamen o un concepto manifiestamente contrarios a la ley.

La expresión “a sabiendas” que contenía el tipo penal de 1936 era constitutiva de un elemento subjetivo del tipo circunscrito al “conocimiento”. Como se puede notar, no contiene una preceptiva que indique que se trataba de una expresión de tendencia interna trascendente o intensificada que implicara momentos anímicos que fueran más allá del dolo⁴⁸.

Sobre esta expresión la doctrina ha señalado que, al enfatizar en el aspecto cognoscitivo del dolo, da cuenta de la admisión también en el delito de prevaricato del dolo eventual, el cual, por su propia naturaleza, hace énfasis en el conocimiento. Es decir, limita el mínimo de exigencia dolosa, pues basta el conocimiento, el cual se exige tanto para el dolo directo como para el eventual, toda vez que su diferencia se halla en el “contenido de voluntad del sujeto”, presente en el dolo directo. Sólo se requiere con que “el sujeto debe tomar en serio la posibilidad del delito, esto es, a no descartar o a contar con la posibilidad del delito”⁴⁹.

DE TOLEDO Y UBIETO estima viable jurídicamente el dolo eventual en el prevaricato por cuanto, “habiéndose representado la injusticia de la resolución —el procesado—, y pese a no *querer* que de su actuación se derive tal resolución injusta, sin embargo, cuenta con” que ello suceda; esto es, “cuando al funcionario le parece *probable*, conforme a su conocimiento, que la resolución sea injusta y ésta efectivamente lo es, no puede decirse que ha obrado *sin saber* que la resolución es injusta”. Y es que, cuando se trata de conceptuar o proferir resolución o dictamen, lo que “cobra relevancia en tales situaciones es el deber del funcionario de apurar al máximo los medios y métodos científico-jurídicos de averiguación de ese extremo para, de este modo, hacer desaparecer o, al

46 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de junio de 1998, M. P.: JUAN MANUEL TORRES FRESNEDA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1998, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 663.

47 En contra C. MIR PUIG. Ob. cit., p. 54.

48 Así RAMOS TAPIAS. *El delito*, cit., pp. 375 y ss.

49 GONZÁLEZ CUSSAC. *El delito*, cit., pp. 100 a 109.

menos, reducir a un mínimo ajeno a él la *posibilidad*, por él conocida, de que la resolución sea injusta o, como poco, la *probabilidad*, que igualmente se ha representado, de que ello suceda"; es decir, no se trata de simple duda, pues ella cimenta el dolo eventual pero no lo construye, sino de tener en cuenta la probabilidad de que lo que está "acaeciendo, va a integrar el tipo"⁵⁰.

Por otro lado, según RAMOS TAPIA, el "elemento cognitivo del dolo eventual" se satisface al establecerse que el operador jurídico, "al ser conciente del incumplimiento" de los deberes básicos que rigen la aplicación e interpretación del derecho, "se representa como probable que la resolución que dicta no esté fundada en Derecho, es decir, se representa como posible la infracción de su deber de administrar justicia con vinculación al Derecho"⁵¹.

Más contundente resulta la opinión de ORTOS BERENGUER, quien admite el dolo eventual en los supuestos en que el funcionario profiere una resolución, agregamos el proferir un dictamen o concepto: "teniendo serias dudas sobre si está aplicando correctamente la legalidad pertinente —sea por ignorancia, sea porque no la ha estudiado de manera suficiente, sea porque lo hace con precipitación y ganas de quitarse el asunto de encima—, *sabe* que muy probablemente aquélla será arbitraria y pese a saberlo la dicta [...] si se ha dictado la resolución, siendo consciente el funcionario de su desconocimiento de la materia o de su desidia, más bien estará ante un supuesto de dolo eventual"⁵².

En nuestro sistema penal es mucho más fácil admitir la figura del dolo eventual en el prevaricato, habida cuenta que no se plantea ninguna discusión sobre un pretendido elemento subjetivo del tipo, ni de aquellos que apuntan al conocimiento ni de otros que implican tendencia interna trascendente o intensificada.

La jurisprudencia penal niega, bajo los parámetros del Código Penal de 1980, la posibilidad de dolo eventual en el prevaricato:

Resulta un imposible jurídico, por las características que definen el hecho típico en mención, afirmar que el prevaricador actúa también dolosamente cuando acepta su conducta "previéndola al menos como posible".

Como en el dolo eventual, tiene dicho la Sala, "el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él" (sentencia del 14 mayo de 1996, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA), es evidente que una tal caracterización no se aviene en lo más mínimo al elemento subjetivo que demanda el prevaricato, pues, siendo este un tipo penal de mera

50 DE TOLEDO Y UBIETO. *La prevaricación*, cit., pp. 372 a 374.

51 RAMOS TAPIA. *El delito*, cit., p. 408.

52 ENRIQUE ORTOS BERENGUER, en *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 1781 y 1782.

conducta, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de las consecuencias que él apareje, para que se tenga por punible. No exige el prevaricato un determinado resultado, y siendo ello así el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a Derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual⁵³.

Pero además, lo que le resulta difícil a la doctrina es liberarse del elemento adicional que se venía exigiendo por la teoría tradicional del dolo eventual, esto es, que el individuo se “conformara con” o “aceptara” la producción del resultado que se hubiera previsto como posible (fórmula del art. 26 C. P. de 1980); empero, el Código Penal de 2000 en la segunda parte del artículo 22 suprimió el momento anímico exclusivamente interno de “aceptar la producción del resultado”, encauzando y direccionando al dolo eventual por una completa normativización, toda vez que basta para su configuración que “la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”⁵⁴.

El concepto de “resultado” manejado por la jurisprudencia penal es de índole naturalística y no jurídica. El Código Penal de 2000, en la segunda parte del inciso 1.º artículo 9.º, deja atrás dicha concepción para centrarse en una concepción normativa o jurídica de resultado.

De allí que el que un servidor cuente con la posibilidad de que su dictamen, resolución o concepto sea manifiestamente contrario a la ley es asunto que se excluye por la exigencia del grado de quebrantamiento de la ley, pues no basta que el acto sea contrario a Derecho o injusto. Pero, así mismo, si utilizó en su confección las reglas adecuadas que comportan el cumplimiento del deber de los servidores públicos en tal materia, de todos modos si llegare a incurrir en prevaricato —lo cual no parece posible, según se ha admitido— ños encontraríamos ante un supuesto de “riesgo permitido”, necesario de tener en cuenta para la “imputación jurídica del resultado” (2.ª parte inc. 1.º art. 9.º).

53 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de mayo de 2000, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 175 y 176. Reiterada por sentencia del 8 de abril de 2003, M. P. ÁLVARO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.ª sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., p. 247.

54 Una importante jurisprudencia, muy a pesar de exigir la “aceptación interior del resultado”, ya planteaba el dolo eventual cuando “el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal”; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de mayo de 1996, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia* comp., año 1996, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 204.

Nótese cómo resulta más fácil sustentar el dolo eventual con fundamento en la norma legal que en alguna de las doctrinas precitadas, las que resultan más exigentes al requerir el ánimo de “conformarse con el resultado”, pues aquí lo que se deja librado al azar no es un resultado que pueda ser entendido en términos naturalísticos —que por demás no es posible, toda vez que el resultado debe ser entendido en términos jurídicos, 2.ª parte inc. 1.º art. 9.º ibíd.—, sino la “realización de la infracción penal”.

Así las cosas, el dolo eventual estará presente cuando el servidor público tenía como probable que estuviera conceptuando o profiriendo resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, bien por entenderlo en términos positivos o bien por dudar si su conducta se avenía o no con el Derecho, debido a que se apartaba de las reglas básicas constitutivas del deber que gobierna la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico y el Derecho, como también de las reglas jurídicas y de la experiencia sobre la valoración de las pruebas, dejando librada a la suerte la incursión o no en el tipo penal.

No es posible el prevaricato culposo debido a la adopción de un sistema de *numerus clausus* en materia de imputación subjetiva por culpa (art. 21 C. P. de 2000).

C. TENTATIVA

En principio, toda vez que el prevaricato es producto de trámites en que la conducta y el resultado “se superponen, cuando el procedimiento es tan extraordinariamente breve y sencillo que, en realidad, se solape con la resolución misma”, no tendría cabida la tentativa. Pero ello no significa que quede excluida toda posibilidad⁵⁵. Así también DE TOLEDO Y UBIETO, quien enfatiza que la “resolución constituye el resultado en el delito de prevaricación”⁵⁶.

Cuando un magistrado en el proceso de conformación de la voluntad colegiada ha presentado una ponencia “sin lograr que su criterio fuera compartido por el resto de los miembros del tribunal, dictándose al final una resolución justa”, dado que la consumación del tipo requiere la existencia de una resolución, cuyo carácter de injusto lesione la legalidad”, y ella no se ha presentado, nos encontramos ante una tentativa de prevaricación⁵⁷.

También es posible la tentativa cuando en un órgano colegiado (tribunal, concejo municipal o asamblea departamental) se ha tomado la decisión que aún no se ha elevado formalmente al acto jurídico correspondiente (sólo es un acuer-

⁵⁵ RAMOS TAPIAS. *El delito*, cit., p. 362.

⁵⁶ DE TOLEDO Y UBIETO. *La prevaricación*, cit., pp. 402 y 403.

⁵⁷ RAMOS TAPIA. Ob. cit., pp. 365, 459 y 460.

do de sala en el primero o ya se votó por los concejales o diputados pero no ha sido firmada por el presidente de la corporación), pero por cuestionamientos públicos de la prensa no se lleva a cabo dicho acto. Esto es, como dice la doctrina, es "posible apreciar tentativa, cuando no se practican todos los actos que debieran producir objetivamente el resultado"⁵⁸.

d. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Es obvio, al igual que sucede en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, que en el prevaricato sólo quien tiene la calidad de servidor público puede ser autor.

Habría coautoría cuando, por ejemplo, en las decisiones colegiadas de los tribunales, la decisión manifiestamente ilegal sea tomada por varios servidores públicos.

Existirá autoría mediata cuando un miembro del tribunal colegiado, sin tomar parte en la decisión por encontrarse de permiso, sí lo hizo en la discusión del proyecto de decisión manifiestamente contraria a la ley, influyendo de tal forma en otro u otros que el otorgamiento del voto adhiriendo al mismo es producto de un engaño.

La determinación no tiene problema alguno y se puede presentar en cualquiera de sus modalidades.

La complicidad es difícil de configurarse pero no imposible. Por ejemplo, un sustanciador, que tiene el deber legal de proyectar, elabora un proyecto de sentencia manifiestamente contrario a la ley con la anuencia del juez que debe firmar la decisión. El sustanciador no puede considerarse autor, pues no tiene la facultad legal de tomar decisiones judiciales como proferir una sentencia, empero, sí prestó una ayuda importante para materializar el prevaricato.

2. CONCURSO APARENTE DE TIPOS

No se trata de lo que mal llama la doctrina y jurisprudencia concurso aparente de tipos, sino más bien de un "falso concurso de tipos penales", lo cual resuelve acertadamente la jurisprudencia penal así:

Si incurre en prevaricato el funcionario que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, según lo normado por el artículo 149 del C. P. de 1980-art. 413 C. P. de 2000-, bien puede suceder que la ostensible ilegalidad de la providencia o del dictamen provenga de una o varias visibles contradicciones entre lo que el funcionario decide o manifiesta y lo que legalmente ha debido resolver o expresar, sin que sea dable sostener que incurre en tantos prevaricatos cuantas veces haya contrariado

⁵⁸ ORTIZ BERENGUER. *Comentarios*, cit., p. 1782.

manifiestamente el ordenamiento jurídico dentro de una misma resolución o dictamen; cuanto más que esa reiterada ilegalidad del proveído servirá para evidenciar y resaltar aún más la magnitud de su choque con la legalidad debida. El concurso solamente emergerá cuando al mismo funcionario le sean imputables varias resoluciones o dictámenes que puedan ser calificados de manifiestamente ilegales⁵⁹.

La Corte Suprema de Justicia por intermedio de su Sala Penal ha aplicado el principio de especialidad para resolver los aparentes concursos de tipos de prevaricato y abuso de autoridad: "Cuando una conducta atribuida a un funcionario o empleado público se adecua al tipo penal de abuso de autoridad y, al mismo tiempo, al de prevaricato, ella debe ser analizada a la luz de éste último porque el de abuso de autoridad queda subsumido en aquél y es, además, norma subsidiaria, esto es, aplicable únicamente 'fuera de los casos especialmente previstos como delito'"⁶⁰.

Inicialmente se planteó que tampoco concursan los tipos de prevaricato y abuso de función pública: "Hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación funcional. Es un concurso aparente que se soluciona por la vía del prevaricato en consideración a su mayor riqueza descriptiva"⁶¹.

Se descarta el concurso real entre prevaricato y abuso de función pública por cuanto en aquél "se requiere que el agente que expide el acto esté legitimado para producirlo, esto es, que obre dentro del ámbito de sus funciones y por tanto que sea competente para ello"⁶², con lo cual el abuso de función pública

59 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 14 de febrero de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1984, Editora Jurídica de Colombia, pp. 279 y 280.

60 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 16 de febrero de 1984, M. P.: DANTE LUIS FIORILLO PORRAS, en *Jurisprudencia penal*, año 1984, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 13. La naturaleza de tipo subsidiario, por demás expresa, que tiene el abuso de autoridad se explica a partir de la idea que los delitos contra la administración pública con sujeto activo calificado son "verdaderos abusos de autoridad, regulados en forma autónoma y con nombres específicos diversos"; Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 6 de mayo de 1992, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1992, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 454.

61 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal. Decisiones del 13 de junio y 19 de octubre de 1989, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, reiteradas por decisión del 13 de febrero de 1991, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 29. Igualmente por decisión del 25 de abril de 1995, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1995, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 276 y 277.

62 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 10 de julio de 1991, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 2.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 18.

se presentaría sólo cuando existe exceso en las funciones pero la decisión no es constitutiva de prevaricato⁶³.

3. EL PREVARICATO EN COMISIÓN POR OMISIÓN

Deben seguirse las mismas reglas expuestas para el delito de peculado doloso en comisión por omisión en lo concerniente a la estructura típica y la culpabilidad.

DE TOLEDO Y UBIETO expone que “tan resolviendo o dictando resolución está el funcionario encargado de ello cuando deja transcurrir el plazo marcado por la ley sin decidir expresamente, abocando así (según los casos) a una denegación o aceptación del recurso o de la petición, como cuando está redactando por escrito la expresa negativa o aceptación (y, en su caso, la fundamentación fáctica y jurídica que la motiva) de tales petición o recurso. En ambos casos ha de esperarse, para la consumación del delito, a que aparezca una resolución que ingrese en el tráfico jurídico”⁶⁴.

Es más amplio el criterio de RAMOS TAPIA, puesto que afirma que “los supuestos de resoluciones presuntas por silencio administrativo no son los únicos supuestos posibles de prevaricación en comisión por omisión”, figura admisible, pues “la estructura normativa del tipo no se opone a la consideración de la posibilidad de prevaricación judicial en comisión por omisión”, ya que el resultado no puede ser entendido sólo como “causación de un daño físico o perjuicio material”, sino como modificación del mundo exterior entendida como realidad dotada de significado, siguiendo a SILVA SÁNCHEZ⁶⁵.

El Tribunal Supremo español ha admitido tal posibilidad: “La equivalencia de tal omisión con el dictado de una resolución cumple todas las exigencias de los delitos impropios de omisión, dado que el procesado era garante de la no producción de un quebrantamiento del derecho respecto del perjudicado, y, además, la omisión es materialmente equivalente a la acción en la medida en la que el tipo del artículo 358 no requiere una especie determinada de comportamientos activos que condicionen la realización del mismo” (sentencia del 29 de octubre de 1994); y en otra ocasión, por el pleno del tribunal, previo acuerdo de unificación de criterios, que es pertinente “estimar que cabe incurrir en responsabilidad por

63 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 19 de septiembre de 1996, M. P.: NILSÓN PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1996, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 492 y 493.

64 DE TOLEDO Y UBIETO. *La prevaricación*, cit., pp. 408 y 409; en contra, GONZÁLEZ COUSSAC. *El delito*, cit., pp. 72 y ss.

65 RAMOS TAPIAS. *El delito*, cit., pp. 368 a 370.

prevaricación en comisión por omisión, cuando es imperativo realizar una determinada actuación administrativa, y su omisión tiene efectos equivalentes a una denegación" (sentencias del 2 julio de 1997 y del 9 de junio de 1998)⁶⁶.

Si el silencio administrativo negativo consiste en entender que si transcurrido un determinado tiempo sin que se resuelva una petición se tiene que la decisión es negativa (art. 40 CCA), el positivo se configura, *a contrario sensu*, cuando la ley expresamente lo consagre en disposiciones especiales, caso en el cual transcurrido el tiempo de ley se entenderá resuelta la petición favorablemente (art. 41 *ibíd.*).

Por tanto, un servidor público a quien se le haga una petición cuya pretensión resulta contraria manifiestamente a derecho y no la responda a su debido tiempo, configurándose el silencio administrativo positivo, incurre en prevaricato en comisión por omisión. No hay duda que la ley ha puesto al servidor público en posición de garante de contestar a tiempo so pena de entender positivamente resuelta la petición, pues le corresponde responder a tiempo y de conformidad con la ley, por lo que, de no hacerlo, la protocolización del acto presunto "producirá todos los efectos legales de la decisión favorable que se pidió" (art. 42 CCA).

El deber y sus consecuencias se encuentran debidamente delimitados por la ley y la misma se constituye en fuente de la cual surge la posición de garante (arts. 10.º inc. 2.º y 25 inc. 2.º, 2.ª parte, C. P. de 2000).

4. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Es muy difícil pensar en una causal de justificación. Sólo veríamos como viable aquel evento en que, por razones económicas, como se expuso en el peculado, se requiera un dinero que nos ubique en un estado de necesidad.

5. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Se aplican, *mutatis mutandi*, las mismas reglas expuestas para la culpabilidad en los delitos de peculado, especialmente el doloso por apropiación.

Cuando se procede exclusivamente por dolo directo siempre nos encontraremos frente a la conciencia actual de lo injusto.

Sólo cabe agregar que, en aquellos casos de dolo eventual, para deducir la exigibilidad de otra conducta y consecuentemente formular reproche de culpabilidad se requiere como mínimo que exista conciencia actualizable o eventual de

66 En contra C. MIR PUIG. Ob. cit., pp. 68 a 71.

la antijuridicidad, casos en los cuales siempre nos enfrentamos a errores vencibles de prohibición de naturaleza valorativa en torno al concepto de ilicitud del comportamiento. Esto es, si el error de prohibición resultare vencible, existirá exigibilidad de otra conducta y en consecuencia reproche de culpabilidad por el tipo doloso de prevaricato, sólo que se rebajará la pena en la mitad, toda vez que se ha constatado que el sujeto agente tuvo "la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento del injusto" (num. 11 art. 32 C. P. de 2000).

No se está planteando nada nuevo al giro jurisprudencial que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia le imprimió al asunto luego de dejar de lado, aunque sin los desarrollos teóricos explícitos, la teoría estricta del dolo.

En efecto, la jurisprudencia en un principio señalaba, exigiendo la demostración de la conciencia actual del injusto:

La culpabilidad en el prevaricato importa la exigencia de un conocimiento claro de la ilicitud de la conducta y una intención determinada de violar la ley. O como se ha dicho con frecuencia, saber cuál es el derecho aplicable a un caso determinado y, pese a ello, dar aplicación a uno distinto.

*Es, y esto también se ha expresado en numerosas ocasiones, la actitud moral del funcionario que teniendo conocimiento de cómo debe proceder se aparta deliberadamente de la conducta debida para optar por otra que sabe contraria a derecho*⁶⁷.

Como se puede ver, el dolo exigido no sólo comportaba el ingrediente jurídico-penal de la conciencia actual del injusto, sino además el quebrantamiento subjetivo de la ética y la moral. Sin duda alguna ello era producto de una visión "positivista en línea ferriana" del Código Penal de 1936.

Posteriormente se enfatiza nuevamente en el tema:

Se precisa una vez más que "los jueces, en su labor permanente de declarar el derecho a través de los actos procesales que ejecutan, disponen de un amplio arbitrio en la interpretación de la ley —que no es otra cosa que desentrañar el contenido de las normas jurídicas—, pueden equivocarse, y no es raro que ello ocurra, sin que por esa sola circunstancia pueda predicarse *intención perversa o nociva*, pues ésta *debe probarse plenamente*" (decisión del 17 de octubre de 1975)⁶⁸.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 18 de enero de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal*, año 1979, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 163.

68 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 1979, M. P.: JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, en *Jurisprudencia penal*, año 1979, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 162.

Al exigir la demostración de la intención perversa o nociva es absolutamente claro que se requería, para la existencia del dolo, que sus elementos se encontraran demostrados en grado de actualidad. En efecto, si esa intención trascendente va más allá del dolo, es evidente que si lo que lo supera como momento anímico debe ser actual, también aquello que lo precede y lo soporta.

En términos rigurosamente dogmáticos, pero en el ámbito de su etapa causalista neoclásica, la jurisprudencia penal en su paso evolutivo posterior prescinde de criterios morales o simplemente éticos que penetraban en lo más insondable y profundo del alma y el fuero interno del individuo, para concentrar el juicio de culpabilidad en un exclusivo reproche jurídico-penal:

En tratándose de un error de interpretación normativa de expresiones propias del Derecho, es importante examinar los conocimientos jurídicos del agente, su experiencia judicial y el texto mismo de la disposición interpretada para deducir de él su claridad formal o su compleja conformación. Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó⁶⁹.

En el prevaricato, ha repetido esta Sala, el dolo consiste en “el entendimiento de la manifiesta ilegalidad del dictamen o de la resolución proferidos, conciencia de que con tal proveído vulnera sin derecho el interés jurídico estatal en la recta y equilibrada solución oficial del conflicto que debe desatar, y voluntad de emitir el proveído ilícito, pudiendo y debiendo hacer un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia” (sentencia del 9 de agosto de 1983)⁷⁰.

La insuperabilidad de este error no ha de medirse con criterio uniforme; ella varía, como ya se indicó, de acuerdo con las características personales del actor y con las circunstancias que rodearon su acción u omisión; no puede exigirse idéntica capacidad de interpretar la ley a un oscuro labriego alejado de la civilización que a un profesional, a un particular que a un juez de la República; tampoco será igual aquella exigencia respecto de todas las normas legales; la compleja redacción de algunas de ellas hace más difícil desentrañar su verdadero significado, a tiempo que la claridad formal de otras permite su fácil comprensión⁷¹.

69 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de mayo de 1983, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal 1983*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., pp. 174 y 175.

70 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 17 de marzo de 1987, M. P.: GUILLERMO DUQUE RUIZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 126 y 127.

71 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de agosto de 1980, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal*, año 1980, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., p. 245.

Tales enseñanzas se desconocieron flagrante y groseramente en una decisión donde se reconoció un error, con apego a la más radical teoría estricta del dolo, a un juez que en varias ocasiones tomó decisiones pregonando la existencia del delito de daño en bien ajeno culposo, afirmándose por la alta corporación, luego de postular la “existencia de la más crasa ignorancia y una total incoherencia de su pensamiento”, lo cual “revela un desconocimiento de la ley penal, inimaginable en un juez penal”, que la culpabilidad en el prevaricato implica la demostración del

... propósito personal perfectamente definido de sacar provecho con la decisión [...] El provecho particular se obtiene es por el individual interés que guía al agente, que en el momento de su conducta posiblemente en lo único que no piensa es en el bien jurídico tutelado y sí en la satisfacción personal que le produce actuar contra Derecho [...] manifiesta intención de hacerlo así en la búsqueda personal de un fin individual, que no necesariamente debe estar probado, pero que sí debe presentirse, presumirse, o colegirse [...] nadie infringe la ley por el solo placer de su violación [...] supone la existencia de mala fe, se debe tratar de una actuación infiel [...] el prevaricato es una falsedad con contenido subjetivo muy determinado [...] ánimo perverso y torcido del juez⁷².

No se explica cómo, bajo la égida del Código Penal de 1980, se haya vuelto a la vieja jurisprudencia producto de un código penal como el de 1936, donde no existía la más mínima orientación de una “dogmática de ley”. Pero lo más curioso es que exige ingredientes anímicos indemostrables en la praxis, contrario a cualquier carácter de una dogmática practicable que sirva a la Administración de Justicia, pues los mismos requieren penetrar en lo más insondable del alma humana; tanto es impracticable lo allí requerido que hace un llamado a *presentir, presumir o colegir* el tal interés, y remata con la presentación de exigencias propias de un derecho penal del ánimo que funda el injusto en la personalidad: mala fe, actuación infiel, perversa y torcida, cuando sólo hacía unos días había afirmado que la imputabilidad es la “aptitud de la persona para conocer y comprender la antijuridicidad de su conducta” y la culpabilidad el reproche que surge en cuanto se actúa antijurídicamente “pudiendo y debiendo actuar diversamente”⁷³, fórmula jurídica que recogía la experiencia de la jurisprudencia antes mencionada como segunda época del entendimiento del prevaricato.

72 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de junio de 1986, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1986, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 320 a 324. 283.

73 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 4 de junio de 1986, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1986, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 335.

Afortunadamente pronto se volvió a los cauces de lo construido de manera paciente y pacífica durante tantos años, reiterándose la posición procesal-probatoria del "móvil", afirmándose que "para la estructuración del punible de prevaricato no importa el móvil o el interés, pero que esos factores no son desdeñables, sino que, por el contrario, *tienen un importante papel en orden a evidenciar el aspecto subjetivo*"⁷⁴. Así mismo se ha dicho que "no se exige un móvil específico, basta el conocimiento de que se conocía la ilicitud y, de llegarse a demostrar una finalidad, ella interesa en la demostración indiciaria del dolo"⁷⁵. "El tipo de prevaricato no exige que el autor obre con una específica finalidad, ni que se pruebe el móvil, sino que es suficiente que la decisión sea manifiestamente contraria a la ley, independientemente de lo que la hubiera motivado, o del interés perseguido con ello"⁷⁶. "Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia de dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación"⁷⁷.

Posteriormente varió su criterio, exigiendo en no pocas ocasiones, para la demostración del dolo, precisos hechos indicadores que apuntan a la demostración de algunas circunstancias estereotípicas o constelación de eventos de los cuales se infiere, no que la persona sabía que en el momento de cometer la conducta punible estaba contrariando al derecho, sino que no lo podía y debía desconocer, pues, con un poco de diligencia, en la situación concreta, en términos razonables podía adquirir el conocimiento actualizado del injusto. Aquí se adoptó, sin explicitarlo dogmáticamente, la teoría de la culpabilidad, para la cual no es de exigencia ineluctable en la formulación del reproche normativo que el sujeto tuviese conciencia actual de lo injusto, bastando encontrarse en situación de actualizarla:

-
- 74 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 23 de septiembre de 1986, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1986, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 371.
- 75 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 20 de mayo de 1997, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1997, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 406.
- 76 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 7 de abril de 1999, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 194.
- 77 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de mayo de 2000, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, que reitera la del 20 de mayo de 1997 ya citada, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 174. Reiteradas por decisión del 27 de septiembre de 2000, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 2.^o sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 244.

a. LA ESPECIALIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO

Afirmar la ignorancia por no tener conocimiento del posible delito en que estaba incurriendo, y que su secretario nunca se lo advirtió, son exculpaciones que chocan abruptamente con la *estructura científica de la formación jurídica que debe tener un juez de la República*. Por esta especial categoría el campo de su pericia radica precisamente en el derecho y su desconocimiento o error es inexistente⁷⁸.

Quien poseyendo *conocimientos jurídicos normales* está en condiciones de entenderlo y aplicarlo adecuadamente, no es lógico suponer ni jurídico aceptar que se incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad⁷⁹. Esa crasa ignorancia que demuestra la juez en materias que está en obligación de saber comporta un descuido, una negligencia [...] en el desempeño de sus funciones a su cargo⁸⁰.

Los jueces, como profesionales del derecho, han tenido la formación académica de rigor, teniendo oportunidad de conocer, como mínimo, las bases fundamentales de las disciplinas jurídicas, hecho que los capacita mínimamente para, por lo menos, aplicar adecuadamente la ley⁸¹.

Siendo así, si su exclusividad no es el derecho penal, conclúyase que se le debe exigir bastante frente al ordenamiento, mas no lo mismo, sin consideración alguna, que a una persona dedicada solamente a la ciencia jurídico-penal⁸².

En principio resulta inconcebible que el funcionario judicial pueda desconocer la ley, en tanto se supone que posee un conocimiento especializado por razón de su oficio⁸³.

78 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 25 de marzo de 1987, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 114.

79 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de enero de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal*, año 1984, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), pp. 79 y 80.

80 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 16 de mayo de 1989, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1989, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 225.

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 3 de mayo de 1995, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1995, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 390.

82 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 21 de julio de 2000, M. P.: ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 2.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 105.

83 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 18 de febrero de 2003, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal, extractos*, 1.ª sem. de 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R., pp. 258 y 259.

De este hecho indicador estereotipado de la culpabilidad en el prevaricato no se desprende la inferencia que la persona sabía que en el momento de realizar la conducta tuviera conciencia de la ilicitud de la misma en forma actualizada, pues si ello fuera así no sería un indicio sino una presunción de derecho.

El lazo lógico que une al hecho indicador con el indicado no tiene la suficiente fuerza como para establecer tal inferencia. Sólo nos indica, de acuerdo con la experiencia, pues ella no tiene a cargo demostrar lo indemostrable en tanto tendría que penetrar en lo más insondable del fuero interno del individuo, que por lo regular y en condiciones normales un especialista no desconoce lo que es objeto de su especialidad.

b. LA EXPERIENCIA DEL FUNCIONARIO

Ante la *buena experiencia* y que se sepa lo que se tiene que *manipular continuamente* no es lógico suponer ni jurídico aceptar que se incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad⁸⁴.

De la experiencia del procesado en el área penal junto con otros indicios se infiere una actitud dolosa⁸⁵.

La amplia trayectoria y formación jurídica⁸⁶.

Además, se trata de un profesional de amplia experiencia, que incluso fue asesor de un juzgado⁸⁷.

Quien rutinariamente maneja una temática y la misma se constituye en el objeto de su trabajo cotidiano, pues permanentemente realiza tal tipo de ejercicio intelectual, va adquiriendo una formación específica que le permite saber lo correcto o incorrecto dadas unas determinadas condiciones. Empero, ello no

84 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de enero de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal año 1984*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., pp. 79 y 80.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 26 de junio de 1998, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGU, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1998, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 537.

86 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 20 de mayo de 1997, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1997, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 407.

87 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 6 de julio de 1999, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 2.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 51 y 52.

es apto para de allí inferir que lo que hizo lo realizó con conocimiento actual de lo antijurídico, sino simplemente que tenía condiciones que no le permitían fácilmente incurrir en un error.

C. LA COMPLEJIDAD DEL MATERIAL A INTERPRETAR Y APLICAR

Está dentro de la *esfera del rudimentario conocimiento de todo juez* la apreciación básica de que los dineros recibidos por disposición de carácter oficial no pueden ir a cuentas particulares, ni del juez ni de nadie, y ni siquiera deben permanecer en el despacho [...] Son normas legales demasiado conocidas, de fácil entendimiento y además de expedita aplicación [...] Constituye *enunciado evidente* que exigencias monetarias sólo pueden hacerse cuando la ley lo manda, en la forma, cuantía y circunstancias que ella indique⁸⁸.

Hay *aspectos tan básicos, fundamentales y simples, que no es admisible una exculpación* de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de una manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un *desacierto, notorio, advertible y advertido*⁸⁹.

Elementos como *normatividad de fácil aplicación que en múltiples ocasiones ha recibido aclaraciones jurisprudenciales ampliamente divulgadas*⁹⁰, indican que no es posible excluir la culpabilidad. En tratándose de supuestos o reales errores de interpretación de normas jurídicas por parte de jueces es necesario examinar *si las disposiciones interpretadas mostraban un contexto complejo o simple*. Frente a disposiciones legales de simple y clara redacción cuyo contenido es inequívoco [...] no es lógico suponer ni jurídico aceptar que se incurra en errores interpretativos con magnitud suficiente para edificar sobre ellos exoneración de responsabilidad por ausencia de culpabilidad⁹¹.

Error que no puede ser admisible dada la claridad del texto legal⁹².

88 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 27 de enero de 1987, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 22 y 23.

89 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 7 de junio de 1985, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1985, Editora Jurídica de Colombia, p. 490. Reiterada por decisiones del 20 de octubre de 1987, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 427 y 19 de abril de 1998, M. P.: LIZANDRO MARTÍNEZ ZUÑIGA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1988, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 378.

90 Salvamento de voto de GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ al auto del 24 de mayo de 1983, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.

91 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de enero de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal año 1984*, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), cit., pp. 79 y 80.

92 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de noviembre de 1988, M. P.: JAIME GIRALDO ÁNGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1988, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 400.

No se trataba de resolver un punto complejo, no se requerían grandes conocimientos jurídicos para su entendimiento, ni la determinación que correspondía tomar ofrecía duda alguna⁹³.

Las explicaciones del procesado, a más de ilógicas e impertinentes, no resultan atendibles por la claridad y la precisión de los términos en que aparecen redactadas las disposiciones legales [...] El tema a decidir no ofrecía ninguna dificultad o complejidad [...] el sentido literal de las normas aplicables en la materia y su concreta finalidad eran suficientemente claras⁹⁴.

Una redacción confusa, una proliferación abrumadora de normas, la complejidad del tema, pueden conspirar contra una correcta intelección legal⁹⁵.

El procesado ha argumentado que la decisión obedeció a un error, lo cual resulta inaceptable porque las disposiciones que debía aplicar no presentan aspectos ambiguos, oscuros, complejos, difícilmente inteligibles, o que den paso a una razonable alternativa⁹⁶.

Para su comprensión (no se requería conocer) intrincadas teorías que demanden del funcionario la continua actualización jurídica, ni especiales textos de consulta o el concurso de otros jurisperitos, menos en casos como el presente, en el que bastaba simplemente acudir al mínimo y básico bagaje jurídico de un abogado, fácilmente constatable con la consulta de la fuente normativa⁹⁷.

Como se puede ver, la existencia en el caso a resolver de “temas polémicos o por lo menos no tratados con indiscutible claridad por el legislador” incide en la determinación de la presencia o exclusión de un error⁹⁸. Pero no demuestra

93 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 22 de octubre de 1990, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1990, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 210.

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 17 de junio de 1993, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1993, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 577 y 578.

95 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 3 de mayo de 1995, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1995, Editora Jurídica de Colombia, p. 390.

96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 6 de julio de 1999, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 51 y 52.

97 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 15 de mayo de 2000, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 174.

98 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 8 de septiembre de 1987, M. P.: JAIME GIRALDO ÁNGEL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 31.

que necesariamente quien esté frente a textos que no presenten dicha problemática tenga conocimiento actual de lo antijurídico del acto, sino que, por lo ordinario y en términos normales, quien se enfrente a iguales o similares situaciones no se equivoca fácilmente.

El error es admisible dependiendo del “grado de complejidad” o “grado de dificultad para la interpretación de su sentido o para su aplicación”, según la jurisprudencia⁹⁹, luego entonces, si la norma es de entendimiento sencillo tal hecho indicador no permite inferir que el sujeto conocía en el momento del acto que actuaba contra derecho, sino, simple y llanamente, que se encontraba frente a una situación en la cual no podía incursionar en error sino por falta de diligencia y solicitud –lo que mal se ha llamado por la doctrina *culpa iuris*–.

d. LAS CIRCUNSTANCIAS ANTECEDENTES, CONCOMITANTES Y POSTERIORES

Otras circunstancias, como ser investigador, profesor o doctrinante sobre la temática tratada, también son hechos indicadores de que el sujeto tenía cómo, haciendo un mayor esfuerzo en el estudio, propio del deber de diligencia y actualización de todo servidor público (num. 2 y 40 art. 34 de la Ley 734 de 2000 como el *plus* de responsabilidad que impone el art. 6.º de la C. N. por el deber de sujeción especial), conocer de manera actual que contrariaba el Derecho.

Juega papel importante el lugar desde el cual se ejerce la función pública respecto del acceso a la información, discusión con otros colegas y posibilidades de acceso a la consulta en general: “las concretas circunstancias de adopción de la resolución tildada de prevaricante, la información disponible”¹⁰⁰.

De los hechos indicadores concretamente señalados no se infiere que el sujeto conocía la disposición legal y su interpretación acorde con los cánones de la hermenéutica para inferir la conciencia actual de la antijuridicidad. Lo que se infiere es que, dada la naturaleza racional del ser humano, es posible que en determinadas materias y especialmente en aquella que se constituye en su diario trajinar no se esté exento de equivocarse; lo que se impone como probable son los aciertos las más de las veces; luego en el caso concreto se tenían los elementos para ubicarse en la regularidad normativa y no mantenerse en una duda sobre si

99 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de agosto de 2003, M. P.: HERMAN GALÁN CASTELLANOS.

100 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 15 de mayo de 2002, rad. 11.455, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, p. 26.

se quebrantaba o no al Derecho, lo cual no es propio del servidor público serio, comprometido y responsable del Estado social y democrático de Derecho.

La jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia insiste en la teoría estricta del dolo en materia del error de prohibición¹⁰¹, muy a pesar, por ejemplo, que en la sentencia del 15 de mayo de 2000 aborde el estudio de los indicios de las “concretas circunstancias de la adopción de la decisión”, de la “información disponible” y de la “complejidad del caso”, todos los cuales conducen a la conciencia potencial o eventual. Pero como se anuncia, otra cosa es lo que sucede si se analizan los indicios que por lo regular tiene en cuenta para deducir la culpabilidad en el prevaricato, aunque no es menos cierto que también ha elevado a constelación una serie de hechos indicadores estereotipados de los cuales se infiere la “conciencia actual de lo injusto”.

Es más, se cita en la anterior jurisprudencia como “dogma” la fórmula denominada clásica, aún vigente: “la persona es *culpable* cuando debiendo y pudiendo proceder de acuerdo con el derecho, no lo hace”, fórmula que en verdad se corresponde con un derecho penal cuyo juicio de reproche se base en una “ética de la responsabilidad” propia de un Código Penal de 2000, acorde con lo que surge de la Carta Política de 1991 y la jurisprudencia en materia constitucional, y no en una “ética del conocimiento” —caso del Código Penal de 1980 y el sistema propio de una carta política fundamental y preponderantemente liberal—, toda vez que, si el error de prohibición por razón de valoración jurídica era vencible, es obvio que el sujeto agente “*podía*” ajustar o acomodar su comportamiento a Derecho, siéndole exigible otra conducta, puesto que era su deber ineludible hacerlo en tales condiciones.

Debe constituir regla básica cuando se tratan estos temas el que “no toda ligera irregularidad equivale a acto de tanta arbitrariedad o injusticia que fatalmente constituya infracción a la ley penal. Un pensar semejante equivaldría a exigir de los jueces una infalibilidad tal que les negaría su condición de seres humanos, colocándolos irremediabilmente, contra toda equidad, traspasando siempre los límites que demarca el estatuto punitivo”¹⁰². Pero además, enseñanzas como que “el derecho no es ciencia causal-explicativa, de modo que no admite dogmas ni afirmaciones que tengan rigidez y exactitud matemática”, pues su naturaleza “teleológica-valorativa” como las conductas que regula son objeto de interpretación, en lo cual debe tenerse en cuenta que la ley es conce-

101 Así la sentencia del 8 de octubre de 2003, rad. 19.792, M. P.: ÁLVARO PÉREZ PINZÓN.

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 18 de noviembre de 1987, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 430.

bida de manera estática en cláusulas gramaticales y el intérprete se ve enfrentado a ella "influido por sus propias vigencias culturales y por la concepción que tiene del derecho, que busca darle dinámica a esa ley particularizando para el caso concreto el mandato subyacente"¹⁰³, es otra regla fundamental a la hora de determinar si se pudo o no incurrir en un error.

También la jurisprudencia ha venido construyendo una constelación de contraindicios de responsabilidad:

Un serio error de hermenéutica es posible en todo juzgador dada la falibilidad de la naturaleza humana. En otros términos, forzoso es admitir que los juristas acusados no obraron con acierto, que faltó en ellos lógica jurídica, que no procedieron con mucha lucidez mental en el caso que se examina, pero sí actuaron, y de ello está segura la Corte, con rectitud de conciencia.

No existe en el proceso interés alguno, enemistad, o algún otro motivo válido que pudiera perturbar la conciencia de los juzgadores como para llevarlos a adoptar la decisión que se critica¹⁰⁴.

Cuando la conciencia del injusto sea actual, esto es, que en el momento previo o en el concomitante de conceptuar o proferir la resolución o el dictamen se sabe que se está procediendo contra Derecho, no habrá rebaja de pena por razones vinculadas con el conocimiento de la ilicitud. En caso de ser potencial, actualizable o eventual, o como se quiera llamar guardando la materialidad y el contenido propio y específico de una "*ética pública de la responsabilidad*", se impone la rebaja de pena hasta en la mitad (num. 11 art. 32 C. P. de 2000).

B. PREVARICATO POR OMISIÓN

En este caso se sanciona al servidor público por abstenerse de cumplir en forma dolosa sus funciones. El Código Penal de 1936 describía la figura así en el inciso 2.º artículo 168:

A la misma pena señalada en el inciso 1.º de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeña funciones públicas,

103 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 30 de agosto de 1983, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, reiterada por decisión del 23 de julio de 1986, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1986, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 446.

104 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de marzo de 1987, M. P.: JORGE CARREÑO LUENGAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1987, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 83. Reiterada por sentencias del 11 de marzo de 1992, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEL, y 4 de septiembre de 2003, M. P.: JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGÓ.

que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, *por simpatía o animadversión a cualquier interesado*.

El artículo 150 del C. P., modificado por el artículo 29 de la Ley 190 de 1995, definía así el delito:

El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior¹⁰⁵.

El Código Penal de 1980, así como la Ley 599 de 2000, eliminaron la referencia que el Código Penal de 1936 hacía de la simpatía o animadversión, que por estar vinculados a los afectos o desafectos del servidor público se constituían en elementos de difícil prueba.

El prevaricato, como delito que es contra la Administración Pública, reprime el desacato de los servidores públicos que por acción u omisión traicionan el fiel cumplimiento de sus funciones y el recto desempeño de las mismas. Esto es, en gran medida, sin que ello sea definitivo, el prevaricato por omisión es un delito de infracción a deberes oficiales.

Se busca proteger el instituto personal en orden a garantizar que el Estado cumpla en debida forma con sus funciones. Ello debe realizarse bajo estrictos parámetros de moralidad, transparencia, objetividad e igualdad. Los fines estatales y el interés general son el norte de la función pública.

1. TIPICIDAD

Se presenta aquí la estructura de los tipos penales de omisión propia.

a. TIPO OBJETIVO

Los elementos constitutivos del llamado delito de prevaricato *por omisión* son los siguientes:

1. Que el agente tenga la calidad de empleado oficial.
2. Que la acción recaiga sobre un acto propio de las funciones del servidor público.
3. Que se omita, rehúse, retarde o deniegue el cumplimiento de ese acto funcional.

¹⁰⁵ La pena será de prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta.

La calidad de servidor público en el agente indica que se trata de un delito especial propio porque sólo éstos lo pueden cometer y no tiene correspondencia en la nomenclatura de los delitos comunes; que la acción recaiga sobre un acto propio de sus funciones significa que sólo a ese empleado le está asignada su ejecución en la forma prevenida por la Constitución Política, la ley o el reglamento; y, por último, las acciones alternativas que describe el tipo, consistentes en dejar de hacer una cosa, no aceptarla, dilatar su ejecución o no conceder lo que se pide (correspondientes a los verbos rectores omitir, rehusar, retardar o denegar), tienen por definición que ser dolosas, esto es, no se deben poder remitir a culpa¹⁰⁶.

El sujeto pasivo es el Estado, titular de la función pública afectada, puesto que el mismo es quien ha impuesto a los servidores públicos los respectivos deberes oficiales (arts. 6.º C. N. y 34 num. 1 Ley 734 de 2002).

Por tanto el objeto jurídico tutelado es el mismo que inspira al prevaricato por acción. Si sólo se quebranta el deber, mas no se pone en peligro ni afecta al bien jurídico tutelado, la conducta es formalmente antijurídica pero no materialmente; en consecuencia, una tal conducta es constitutiva de falta disciplinaria pero no de un delito (arts. 11 C. P. de 2000 y 5.º Ley 734 de 2002).

— SITUACIÓN TÍPICA

Se requiere la presencia de los supuestos de hecho que impelen actuar al servidor público, como por ejemplo, que haya transcurrido el término que tiene un juez para calificar el mérito probatorio del sumario.

— AUSENCIA DE ACCIÓN ORDENADA

En esta norma se sanciona simplemente el no hacer, o el hacer fuera de los términos legales. Por ser un tipo penal con ausencia de resultado no resulta admisible la tentativa. La existencia de un resultado es asunto ajeno a la dogmática de los delitos de omisión propia.

Las distintas modalidades (omitir, rehusar, retardar, denegar) tienen un elemento común, que es el del incumplimiento de las funciones legales.

ARENAS destaca así las diferencias entre las dos especies de prevaricato:

En el prevaricato por acción se ejecuta un acto ilegal. En el prevaricato por omisión se omite un acto legal. El primero se consuma cuando el empleado (hoy servidor públi-

¹⁰⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 11 de diciembre de 1984, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO, en REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal*, 1984, cit., pp. 270 y 271.

co) profiere el dictamen o resolución contrarios a la ley, aunque posteriormente sean revocados por el superior en virtud de apelación o consulta. El segundo se consuma en el instante en que el empleado (servidor público) está obligado a ejecutar determinado acto propio de sus funciones y se abstiene de hacerlo. No importa que después, apremiado por el superior o por cualquier otro motivo, lo ejecute...¹⁰⁷.

La jurisprudencia ha precisado que la "omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada"¹⁰⁸. La rectora de la jurisprudencia además señaló:

Todo retardo supone incumplimiento de actuación esperada en cierto período y, en el plano jurídico penal, omisión del comportamiento debido dentro de término legal prefijado; por manera que cuando el tipo de prevaricato por omisión descrito en el artículo 150 del C. P.—art. 414 C. P. de 2000—menciona como delictiva la conducta del funcionario que retarde acto propio de sus funciones, no se está refiriendo a una simple actitud pasiva o de inercia, ni siquiera a un dejar de hacer algo, sino a un no hacer aquello a lo que el servidor público estaba jurídicamente obligado en un espacio temporal precisamente señalado por la ley; se trata, pues, de una obligación emanada de mandato legal (ley, decreto, resolución, reglamento) y no de un simple deber extrajurídico.

La omisión y el retardo no son fenómenos idénticos, aunque todo retardo supone una omisión; cuando ocurre aquella, el sujeto no hizo lo que podía y debía hacer; cuando esto acontece, el sujeto dejó de hacer lo que jurídicamente debió realizar en un momento o período dados, aunque lo hizo o pueda válidamente hacerlo con posterioridad, más allá de los límites temporales que le habían sido trazados; en la omisión el actor no cumplió definitivamente con su deber de acción, en el retardo no ejecutó el acto esperado y debido dentro del término previsto para ello, pero lo realizó más tarde, o está en condiciones de cumplirlo extemporáneamente. La omisión propiamente dicha se produce y agota en el momento mismo en que el sujeto incumplió su deber de actuar; el retardo, en cambio, comienza al expirar el término dentro del cual debió actuar y perdura mientras no cumpla con su obligación de realizar la acción esperada¹⁰⁹.

107 Cfr. ARENAS. *Comentarios*, cit., p. 92.

108 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 19 de junio de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1984, Editora Jurídica de Colombia, p. 290.

109 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 19 de junio de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA, en REYES ECHANDÍA. *Jurisprudencia penal*, 1984, cit., pp. 268 y 269.

— CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN EN LA SITUACIÓN CONCRETA

Es menester demostrar que quien se encontraba obligado a actuar, en el caso concreto podía hacerlo y no lo hizo, toda vez que a nadie se le puede exigir lo imposible.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

No contiene elementos subjetivos del tipo.

Se aclaró así la posición procesal-probatoria del móvil: “Es verdad que el propósito de favorecer a una de las partes no es un factor indispensable para determinar que un funcionario omitió dolosamente su deber de actuar, pero no puede negarse que la demostración de la ausencia total de ese interés es un elemento de juicio, que sumado a las otras circunstancias que rodearon el hecho pueda concluir que hubo ausencia de dolo”¹¹⁰.

— CONOCIMIENTO DE LA SITUACIÓN TÍPICA

La conducta descrita en el tipo sólo puede realizarse de manera dolosa. No basta entonces la simple omisión de la expedición de un acto jurídico para que surja el delito de prevaricato por omisión. Al igual que en el prevaricato por acción, no puede cometerse el delito por negligencia, impericia o imprudencia.

Existirá dolo cuando se establezca que el sujeto conocía el deber de actuar conforme a deber y prefirió omitir, retardar o denegar, surgiendo el primer requisito subjetivo.

No resulta necesario demostrar una “intención” de incumplir el deber, habida cuenta que quien sabe que tiene que cumplir con él y no lo hace, es porque no quiere hacerlo. La jurisprudencia penal ha dicho, en tema similar y por tanto aplicable *mutatis mutandi*, lo siguiente: “Quien sabe que está vulnerando un interés jurídico legítimamente tutelado y, sin embargo, actúa en ese sentido, quiere la lesión, esto es, hace suyo el resultado”¹¹¹.

110 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 11 de marzo de 1992, M. P.: RICARDO CALVETE RANGEI, reiterada por decisión del 15 de octubre de 1999, M. P.: YESID RAMÍREZ BASTIDAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1999, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 478.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, en *Jurisprudencia penal de 1979*, ALFONSO REYES ECHIANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982, p. 8.

Respecto de la imputación subjetiva en los delitos propios de omisión, particularmente en el prevaricato por omisión, lo cual tiene validez para el resto de los tipos de omisión —propia e impropia— de que en este libro nos ocupamos, “como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligado”¹¹².

Ha resaltado en reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal:

Recuérdese que para que un hecho punible pueda ser sancionado es indispensable que su autor lo haya realizado con dolo, culpa o preterintención. No obstante, estas modalidades de la culpabilidad no concurren en todos los tipos, en razón de que, por disposición del artículo 39 del C. P. —art. 21 C. P. de 2000—, la culpa y la preterintención se presentan solamente en los casos expresamente determinados por la ley.

Lo anterior resulta pertinente por cuanto desde el punto de vista legal el delito de prevaricato no admite las modalidades de la culpa o la preterintención; se trata de un hecho punible eminentemente doloso. De ahí que un comportamiento que concuerde con la descripción del delito de prevaricato por omisión no es punible cuando se ha realizado en forma culposa.

Así lo ha definido la ley y lo ha entendido la Sala, cuando refiriéndose al delito que se comenta ha sostenido:

“El prevaricato por omisión, previsto en el artículo 150 del C. P. —art. 414 C. P. de 2000—, sólo admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que el aspecto meramente objetivo, de haber omitido, rehusado o denegado por el empleado un acto propio de sus funciones, se debe demostrar el aspecto subjetivo que consiste en no haber querido cumplir con el deber.

“Así, cuando la ley fija cierto término para que se profieran las decisiones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente dispone [el funcionario] se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que tiene que atender. Por esto al resolver su responsabilidad ha de examinarse, en el caso concreto, si el funcionario estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones o aun el cumplimiento del trámite interno del proceso...” (Corte Suprema de Justicia, 20 de mayo de 1986).

¹¹² Corte Suprema de Justicia Sala Penal. LXXXIX, 1958, pp. 169 y 561.

Más recientemente, la Sala reiteró:

“Se ha dicho insistentemente que no toda omisión o retardo en el cumplimiento de un acto propio de las funciones legalmente asignadas constituye delito de prevaricato por omisión, pues siendo este hecho punible doloso requiere necesariamente que cualquier conducta de las descritas en el artículo 150 del C. P. —art. 413 C. P. de 2000— esté precedida del conocimiento y voluntad claros de faltar a la lealtad debida en el ejercicio de dicha función.

“Significa lo anterior que para efectos del juicio de tipificación de la conducta es menester en cada caso concreto examinar, en primer término, la norma que asigna la función y el lapso de tiempo señalado para su cumplimiento y, en segundo lugar, ha de analizarse, para determinar la culpabilidad, si conociendo dichos presupuestos medió la voluntad para omitir, rehusar, retardar o denegar el acto propio de la función” (auto del 1.º de septiembre de 1993, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA)¹¹³.

— CONCIENCIA DE LA PROPIA CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN EN LA SITUACIÓN CONCRETA

El sujeto vinculado por el deber ha de tener conocimiento de que puede realizar el acto a que se encuentra obligado y a pesar de ello no actúa.

El incumplimiento de los términos procesales, por ejemplo, puede dar lugar a un proceso de orden disciplinario cuando no exista imputación subjetiva a título de dolo.

— ERROR DE TIPO

Los errores sobre los supuestos fácticos que dan origen a un deber de actuar se tratan como errores de tipo, puesto que excluyen el conocimiento de la situación típica. Así mismo, los errores sobre la capacidad individual de acción en la situación concreta siguen los mismos derroteros.

C. DETERMINACIÓN

Es perfectamente posible que otro servidor público no obligado o particular determine a un servidor público a omitir.

¹¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 24 de agosto de 1995, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, 2.º sem., 1995, Editora Jurídica de Colombia, pp. 52 y 53.

2. APARENTE CONCURSO DE TIPOS

Se presenta un *aparente concurso* de normas en aquellos casos en que la omisión o el retardo generan otro delito, como detención arbitraria o prolongación indebida de la detención. En esta hipótesis el concurso aparente se resuelve a través del principio de la especialidad, y por tanto sólo se tipificaría el delito de detención arbitraria o de prolongación indebida de la detención.

Cuando se profiere una resolución acorde con el orden jurídico en su parte resolutive, pero sin motivar, motivada defectuosa o deficientemente no se presenta un prevaricato por acción sino por omisión, al no cumplir con las normas que imponen deberes ineludibles para la confección de las providencias judiciales o los actos administrativos.

C. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA

El artículo 415 del C. P. de 2000 contempla un agravante específico para los delitos de prevaricato, tanto de acción como de omisión, consistente en aumentar las penas correspondientes hasta una tercera parte cuando las conductas punibles tengan realización en actuaciones judiciales o administrativas que se refieran a delitos como "genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas señaladas en el título de los delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario.

Son tales conductas punibles las que más alarma social causan en la ciudadanía y se concentran allí las injusticias más palpables de la criminalidad colombiana.

Debe advertirse que el prevaricato especial consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 quedó recogido como una especie de prevaricato agravado, de manera que tal conducta no fue relativamente despenalizada.

D. PREVARICATO POR ASESORAMIENTO ILEGAL

En ediciones anteriores se afirmó que en verdad que en este delito, en sentido estricto, no se vulneraba el bien jurídico de la legalidad. Se trataba de una violación de los deberes de imparcialidad propios del servidor público.

De todos modos, si bien tal tipo penal desapareció con la expedición del Código Penal de 2000, resulta cierto que la conducta queda recogida en el tipo penal de abuso de autoridad por asesoramiento ilegal (art. 421), pues el único elemento que los diferenciaba era el que el prevaricato por asesoramiento ilegal implicaba que se asesorara en asunto oficial que tuviese a cargo del agente¹¹⁴.

Así se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en vigencia del Código Penal de 2000:

Aunque en el nuevo Código Penal no se consagró el tipo de prevaricato por asesoramiento ilegal, objeto de la acusación y de la condena ahora apelada, esto no significa que la conducta allí prevista sea hoy atípica, ya que la misma quedó prohibida en el artículo 421 del actual, sobreviniendo una indudable sucesión de leyes en el tiempo, pues, si bien es cierto que al regularse en el Código Penal de 1980, junto con el delito de prevaricato por asesoramiento ilegal tipificado y punido en el artículo 151, el de asesoramiento ilegal en el artículo 157, bajo la nominación de “asesoramiento y otras actuaciones ilegales”, sancionándose con arresto entre 6 meses y 2 años, multa de 1.000 a 20.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 4 años, a “el empleado oficial que ilegalmente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo”, sugiriendo así la posibilidad de que, desaparecido el tipo penal de prevaricato por asesoramiento ilegal, lo modificado, en cuanto a la pena, incluida la agravante para cuando “el responsable fuere funcionario o empleado de la rama judicial o del Ministerio Público”, fue el delito de “asesoramiento y otras actuaciones” del artículo 157, y que, por ende, definitivamente el de prevaricato por asesoramiento ilegal desapareció en el catálogo delictivo del actual Código Penal, ello sin embargo no es así.

En efecto, de la confrontación típica de estas normas se establece que en el Código Penal de 1980, sin la modificación que posteriormente introdujera la Ley 190 de 1995, aparte de coincidir en punto de las conductas alternativas previstas en los tipos, en cuanto a la acción de “asesorar”, ya que mientras en el prevaricato por asesoramiento ilegal se sancionaba al “empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a persona que gestione cualquier asunto en su despacho”, y en el de “asesoramiento y otras actuaciones ilegales” al “empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo”, la diferencia fundamental entre estas prohibiciones radicaba en que, mientras para el prevaricato por asesoramiento ilegal el comportamiento delictivo debía ejecutarse respecto a aquellos asuntos que cursen en “su despacho”, en el de asesoramiento y otras actuaciones podía darse tal situación o no, pues el tipo no contenía esta limitación; de modo que si en la nueva legislación penal el prevaricato por asesoramiento ilegal del entonces artículo 151 desapareció, quedando únicamente el de asesoramiento ilegal con igual descripción típica que la del anterior artículo 157, es claro que conducta como la que aquí ha sido objeto de la acusación sigue siendo típica en esta prohibición, pues ya esa exclusión para uno y otro evento, posible en el anterior Código Penal, ahora no es dable hacerla, debiendo adecuarse en el tipo del artículo 421 del nuevo estatuto, nominado como asesoramiento y otras actuaciones ilegales, que igualmente ataca el bien jurídico de la Administración Pública¹¹⁵.

-
- 114 Así la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 27 de agosto de 1997, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1997, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 140.
- 115 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 29 de agosto de 2002, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE.

CAPÍTULO NOVENO

Abusos de autoridad

La fuente constitucional de la norma que tipifica los delitos de abuso de autoridad la encontramos en el artículo 6.º de la C. N., conforme a la cual los “particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

Es también, en términos generales, el principio de *legalidad* el que se quiere proteger con esta norma. El acto jurídico del funcionario no debe obedecer a su capricho o arbitrio, sino que debe tener como marco insustituible la ley.

El Código Penal trae un tipo básico, y agrupa dentro del mismo capítulo una serie de comportamientos que en sentido estricto no obedecen al concepto de abuso de autoridad. No puede hablarse propiamente de “modalidades” del delito de abuso de autoridad, en situaciones como la revelación indebida de secretos, la utilización indebida de información privilegiada o la omisión de denuncia.

El tipo básico estaba contenido en el artículo 152, modificado por los artículos 18 y 32 Ley 190 de 1995, así:

El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

Los abusos de autoridad, que tratan de una afectación interna al bien jurídico, se encuentran consagrados en el Código Penal de 2000 de la siguiente manera:

Artículo 416. *Abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.* El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Al exigirse que el acto, además de arbitrario, sea injusto en forma acumulativa y no alternativa, se impide que una conducta que en la actualidad constituye falta disciplinaria, cual es el acto arbitrario únicamente, sea sancionada también en forma penal.

I. ABUSO DE AUTORIDAD GENÉRICO POR ACTO ARBITRARIO E INJUSTO

A. TIPICIDAD

I. TIPO OBJETIVO

Determina los contornos de lo punible. Desde dónde y hasta dónde una afectación al bien jurídico tutelado es considerada penalmente relevante.

a. SUJETOS

El activo es el servidor público y el pasivo, como titular del bien jurídico Administración Pública, lo es el Estado.

b. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

La ley procura amparar o tutelar un objeto de naturaleza pública vinculado al prestigio, al normal funcionamiento de la Administración, y fundamentalmente a la imparcialidad del ejercicio de la función pública que respete el principio de la igualdad de todos los ciudadanos. Busca esencialmente que los funcionarios públicos aseguren un normal funcionamiento y desarrollo de la Administración Pública¹.

Pero además existen otros bienes jurídicos protegidos, como lo explica la Corte Suprema de Justicia:

Este delito ha sido llamado en otras legislaciones "abuso genérico de función o de autoridad" porque afecta el correcto y normal funcionamiento de la Administración Pública considerada en sentido extenso, en cuanto lesiona la moderación a que están obligados los servidores del Estado en ejercicio de sus funciones frente a los particulares.

Constituye esa norma, en consecuencia, una doble garantía: de los intereses del Estado, por una parte, y de los derechos de los particulares, por otra².

La función pública se afecta en su componente principio de legalidad o interdicción de la arbitrariedad, produciendo una deformación en el instituto funcional.

¹ Corte Suprema de Justicia. Auto del 23 de octubre de 1979, M. P.: JESÚS BERNAL PINZÓN.

² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 22 de marzo de 1979, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO.

c. OBJETO MATERIAL

El objeto material es polimorfo: puede ser real si recae sobre una cosa; personal si lo hace sobre una persona y, finalmente, fenomenológico si se vincula con un acto jurídico.

d. CONDUCTA Y ELEMENTO NORMATIVOS

La *acción* consiste en cometer un *acto arbitrario e injusto*: "se exigió precisamente que el acto fuera, además de arbitrario, injusto, vale decir, en forma acumulativa y no alternativa; la razón no es otra diversa a la de que la sola arbitrariedad configura por sí misma una falta disciplinaria, lo que desconoce la subsidiariedad del régimen penal y haría además innecesaria la sanción de esta naturaleza"³.

Por este aspecto se trata, en principio, de un tipo de acción. Decimos en principio por cuanto la jurisprudencia ha dicho: "El abuso de autoridad de carácter omisivo es una infracción penal de carácter doloso cuyo elemento subjetivo consiste en el conocimiento de que se está faltando a los deberes propios del cargo en el sentido de que, obligando la ley a actuar en determinado período de tiempo, se abstiene el funcionario de hacerlo"⁴.

La jurisprudencia ha señalado como ejemplo: "Cuando se dispone de tiempo y medios para practicar una indagatoria o definir una situación jurídica, y no se actúa, se puede incurrir, por lo menos, en un abuso de autoridad"⁵.

El Código Penal de 1936 consideraba también como punibles a título de abuso de autoridad ciertas formas de omisión. El de 1980 y el actual, expresamente, sólo se ocupan del llamado abuso de autoridad por omisión de denuncia.

El acto como tal puede ser jurídico o material:

También caen dentro del abuso de autoridad los actos materiales o físicos de los funcionarios, cuando no constituyen otros delitos de mayor entidad y asumen las características de ser arbitrarios o injustos, o actuaciones que no adquieren aquellas formas específicas (*v. gr.* una indebida orden de captura, u oficio, exhorto o comunicación irregulares, una inspección judicial apartada de los preceptos que la gobiernan, un reconocimiento o requisa personal improcedente y tantas similares diligencias como juegan en el ordinario ámbito de funciones del empleado oficial)⁶.

3 GÓMEZ MÉNDEZ. *Exposición de motivos*, cit., p. 65.

4 Corte Suprema de Justicia. Sentencia, del 14 noviembre de 1979. M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 5 de octubre de 1982, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 9 de diciembre de 1982, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

Así se pronuncia la doctrina: la expresión "acto" debe "conjuguar la calidad de acto *jurídico*", esto es, de manifestación de voluntad proveniente de un servidor público, con forma, contenido o alcances jurídicos". Pero acepta también su configuración a partir de un "hecho material"⁷.

Lo arbitrario, como ya se indicó, es aquello que se realiza sin referencia alguna a un marco legal. Es el ejercicio de la función pública por fuera de toda facultad normativa. En este evento el capricho del funcionario prima sobre la obligación legal de actuar conforme a derecho. Dice la jurisprudencia penal que "lo arbitrario es lo que no tiene respaldo legal alguno, lo que depende únicamente del capricho del actor, y que lo injusto es algo más, es lo que va directamente contra la ley y la razón, violando la equidad"⁸.

Aunque de difícil precisión, el concepto de injusticia no se confunde con el de arbitrariedad. Lo arbitrario es siempre ilegal. En cambio una actuación formalmente legal puede ser injusta. Ley y justicia no son conceptos equivalentes. El llamado desvío de poder, es decir, la utilización de un mecanismo jurídico con fines diversos a los contemplados en la ley, puede ser un acto legal desde el punto de vista formal, pero ilegal materialmente hablando y por tanto puede igualmente ser considerado como injusto.

El Código Penal de 1936 agregaba además que el acto arbitrario o injusto debía ejecutarse contra una persona o propiedad, limitando la cobertura del tipo a partir de una concepción cerrada del objeto material. Esta referencia fue eliminada por el Código Penal de 1980, y se continúa tal tradición en el actual, pues lo arbitrario o lo injusto se refería siempre a personas o a objetos. De otra parte, los objetos como tales no pueden ser considerados como bienes jurídicos si no están vinculados a una persona.

En la medida en que esa acción, cuando se concreta en una resolución o dictamen, configuraría delito distinto, consideramos que no es posible la tentativa.

De todos modos las modalidades de arbitrariedad e injusticia del acto deben coincidir, por lo que el nuevo tipo penal dejó de ser compuesto alternativo para convertirse en compuesto acumulativo.

Ello permite una mejor diferencia respecto de la falta disciplinaria de infracción a la Constitución, la ley o los reglamentos (num. 1 art. 34 Ley 734 de 2002), la cual siempre coincidía cuando nos encontrábamos ante un abuso de autoridad por acto arbitrario. No había, pues, diferencia entre derecho penal y derecho disciplinario.

7 CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA. *Delitos contra la administración pública*, Biblioteca Jurídica Dike, 1995, p. 398.

8 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Auto del 24 de octubre de 1976, M. P.: HUMBERTO BARRERA DOMÍNGUEZ, CXVIII, 2282bis, p. 38.

Como *elemento normativo del tipo* encontramos que la acción debe realizarse con ocasión de las funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Nos parece que con estas referencias explícitas se quiere recalcar que lo que se está sancionando es la *conducta oficial* del sujeto agente. Pero los conceptos mismos de "arbitrariedad" o "injusticia" no tienen sentido sino dentro del ejercicio de la función pública. No puede afirmarse, por ejemplo, que un particular comete un acto arbitrario o injusto. Y menos cuando la norma figura dentro de un título que sanciona los delitos contra la Administración Pública.

En este orden de ideas parece un poco innecesaria la precisión del Código en el sentido de que el acto debe ser realizado con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas. Además, todo ejercicio de la función pública que implique la comisión de un acto arbitrario o ilegal lleva consigo un exceso, lo cual avala la imposibilidad de que los particulares, aun los que ejercen funciones públicas, puedan realizar dicho tipo penal.

2. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Al igual que la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, el abuso de autoridad sólo admite la modalidad dolosa. No es posible su comisión por negligencia, imprudencia, impericia o violación de reglamentos.

Ha dicho la Corte al ocuparse de este delito: "Si una persona hace lo que está a su alcance para cerciorarse de que su comportamiento se ciñe a las normas legales que regulan esta clase de conductas y obra convencido de que está actuando dentro del derecho, no puede considerarse que obró con dolo y se está entonces en presencia de uno de los casos de irresponsabilidad penal, por inculpabilidad"⁹.

Se requiere entonces que el funcionario sepa que el acto que ejecuta es arbitrario o injusto. La ausencia de este aspecto cognoscitivo del dolo genera, como lo señala la Corte, causal de decaimiento de la imputación subjetiva. Así mismo puede dar lugar a tal fenómeno la ausencia del aspecto volitivo del dolo, cuando el agente ejecuta el hecho arbitrario e injusto por coacción ajena insuperable.

Cuando se trata de abuso de autoridad omisivo la imputación subjetiva está dada, según la jurisprudencia, por "el conocimiento de que se está faltando a los deberes propios del cargo en el sentido de que, obligando la ley a actuar en determinado período de tiempo, se abstiene el funcionario de hacerlo"¹⁰.

⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 22 de marzo de 1979, M. P.: ROMERO SOTO.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia, del 14 noviembre de 1979. M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO.

En lo demás, incluida la culpabilidad, se aplican moderadamente lo señalado para el prevaricato.

B. CONCURSO APARENTE DE NORMAS

La expresión "fuera de los casos especialmente previstos como delito" resuelve un problema de concurso aparente de normas.

En efecto, muchos de los delitos contra la Administración Pública, e incluso contra otros intereses jurídicos, implican un abuso de poder de parte del funcionario. Tal el caso del prevaricato, la concusión, la violación de habitación ajena por servidor público, la violación de los derechos políticos, la detención arbitraria, el constreñimiento ilegal, entre otros. Sin embargo, en estas hipótesis se aplicaría el principio de la subsidiariedad para descartar el concurso.

En cuanto al *prevaricato*, si el acto arbitrario o injusto se concreta en una resolución manifiestamente contraria a la ley, desaparecería el tipo de abuso de autoridad, y sólo se aplicaría la norma principal. Esta diferencia fue desarrollada así por la Corte Suprema de Justicia:

El delito de prevaricato es un abuso de autoridad calificado, que consiste en obrar a sabiendas de que el dictamen, la resolución, el auto o la sentencia que profiera el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas resulten contrarios a la ley, porque la oposición entre el Derecho conocido por el juez y el declarado en la sentencia exhibe el carácter de lo contradictorio evidente.

En otros términos, el delito de prevaricato se configura cuando el agente, conociendo el alcance e interpretación de la ley que debe aplicar a determinada situación, dicta resolución, dictamen, auto o sentencia que no se ajusta a esas prescripciones normativas, conscientemente o movido por simpatía o animadversión hacia una de las partes. Sin estos elementos efectivos, o sin la intención del funcionario de obrar en forma contraria a Derecho, el prevaricato no lo es, y recibe el nombre de abuso de autoridad¹¹.

De igual forma y frente al mismo punto realizó la Corte una mejor precisión sobre las relaciones entre estos dos delitos:

La interpretación que merece la conducta de la procesada tiene que estimarse como arbitraria o injusta, expresiones que en el fondo corresponden a un obrar contrario a la ley. Ya se dieron las razones para entender dicho comportamiento como extraño a los

11 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 16 de agosto de 1976, M. P.: JOSÉ MARÍA VELASCO.

preceptos legales que regían su actividad procedimental. Ahora bien, tal obrar no adquiere la característica de comportamiento ostensible, manifiesto o evidentemente opuesto a las normas que debieron aplicarse y acatarse. Había factores que rebajaban la intensidad del desafuero, y que lo sustraían a esa extrema zona del acto insensible, absolutamente repudiable y de una contraposición grosera con la ley.

Por fuera de esta distinción entre el acto de prevaricación y el de abuso de autoridad, cuando el medio empleado es una resolución (auto, sentencia, decreto, etc.) o un dictamen (en su forma restringida de pericia o ampliada hasta comprender el concepto o la opinión) conviene advertir que también caen dentro del abuso de autoridad los actos materiales o físicos de los funcionarios, cuando no constituyen otros delitos de mayor entidad y asumen las características de ser arbitrarios o injustos, o actuaciones que no adquieren estas formas específicas (*u. gr.*, una indebida orden de captura, u oficio, exhorto o comunicación irregular, una inspección judicial apartada de los preceptos que la gobiernan, un reconocimiento o requisa personal improcedentes, y tantas similares diligencias como juegan en el ordinario ámbito de funciones del empleado oficial).

Conviene agregar que la estructura del prevaricato (por acción, art. 149 C. P. de 1980, por omisión, art. 150 *ibíd.*, y por asesoramiento ilegal, art. 151 *ibíd.*) y la del abuso de autoridad en el actual código penal —1980—, y en comparación con las del anterior estatuto (arts. 168, 169, 171, 172 y 182 C. P. de 1936), permiten observar que las conductas omisivas realizadas en este específico campo, de no insertarse en la prevaricación (que por unidad de institución también exigirá la manifiesta y grave contradicción con la ley), no pueden estimarse como constitutivas de delito, salvo las expresamente recogidas por el legislador (arts. 153 y 160 *ibíd.*), pasando tales comportamientos a integrar las faltas sancionadas por el régimen disciplinario...¹².

En reciente pronunciamiento la Corte dijo:

Doctrinariamente, bajo la denominación de concurso aparente de tipos se predica que existen supuestos en los que parece que concurren varios delitos, pero que con una interpretación adecuada de los respectivos tipos penales la concurrencia resulta descartada dado que uno de ellos excluye al otro o a los otros.

Lo anterior es lo que ocurre, por ejemplo, con relación a los punibles de prevaricato y abuso de autoridad, pues el primero, “como abuso de autoridad calificado que es —dice la Corte— ofrece formas de manifestación característica y exclusiva que absorben, tratándose del mismo hecho, otras expresiones comportamentales deferidas por la ley penal positiva a actos fuera de los [...] especialmente previstos como delito, a que se refiere el tipo de abuso de autoridad” (Sala de Casación Penal. Auto del 19 de abril de 1988, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA).

12 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 13 de abril de 1983, M. P.: GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ.

En el caso planteado se trata de un conflicto de tipos que se destaca por voluntad de la misma ley mediante la aplicación del principio de subsidiariedad, porque de acuerdo con la norma que describe el abuso de autoridad dicho tipo sólo es aplicable a todas aquellas situaciones que impliquen un abuso de la función que no estén especialmente previstas como delitos en otros preceptos.

En el mismo orden de ideas, se precisa aclarar que igualmente se rechaza la concurrencia real o efectiva entre estos dos tipos penales y el que describe el delito de usurpación de funciones públicas, pues como nota diferencial para la estructuración de estos tres hechos punibles se sostiene con acierto que mientras en el abuso de autoridad y en el de prevaricato se requiere que el agente que expide el acto esté legitimado para producirlo, esto es, que obre dentro del ámbito de sus funciones y por tanto que sea competente para ello, en la usurpación el autor realiza un acto que está atribuido por ley a otros funcionarios y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente [...]

Por lo que hace al elemento subjetivo del ilícito de usurpación de funciones, se necesita el conocimiento y la voluntad por parte del agente de estar ejecutando un acto sin hallarse autorizado por la ley para hacerlo, así como la violación y la conciencia de transgredir la ley y de estar realizando un acto arbitrario e injusto en los delitos de prevaricato y abuso de autoridad¹³.

El principio rector de todas maneras es el de que si el hecho corresponde a una descripción legal diferente ésta prevalece sobre este abuso genérico de autoridad.

Sea lo primero aclarar que tanto el delito de abuso de autoridad como en el de detención arbitraria se caracterizan por el abuso de la función, siendo el primero un tipo penal supletorio respecto del segundo. Cuando el acto arbitrario o injusto tiene íntima relación con el bien jurídico de la libertad individual, la conducta del funcionario ha de ser vista a la luz de las normas que rigen esta concreta arbitrariedad, excluyendo el tipo penal del abuso de autoridad. Ello, simplemente, porque el artículo 152 del C. P. de 1980 a que hizo referencia el juzgado de instancia sanciona al empleado oficial que cometa acto arbitrario e injusto, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, solamente en el evento de que la conducta no se encuentre prevista como delito en normas distintas como el caso especial¹⁴.

— PUNIBILIDAD

En cuanto a la pena, el Código contempla la de multa y la de interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia del 9 de julio de 1991, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 26 de febrero de 1985, M. P.: ÁLVARO LUNA GÓMEZ, en *Jurisprudencia penal 1985*, Editora Jurídica de Colombia, p. 8.

II. MODALIDADES ESPECÍFICAS

A. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA

El artículo 174 del C. P. de 1936 tipificaba este comportamiento así:

El funcionario o empleado público que teniendo conocimiento de la comisión de un delito, cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa de 5 a 200 pesos.

Si tiene conocimiento del hecho en el ejercicio de sus funciones, la multa será de 10 a 500 pesos.

En líneas generales el texto del Código de 1936 fue repetido por el artículo 153 del C. P. de 1980:

El servidor público que, teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en pérdida del empleo.

En el Código Penal de 2000 se dice:

Artículo 417. *Abuso de autoridad por omisión de denuncia.* El servidor público que teniendo conocimiento de la comisión de una conducta punible cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

La pena será de 2 a 4 años de prisión si la conducta punible que se omitiere denunciar es de las contempladas en el delito de omisión de denuncia de particular.

La inclusión de la multa obedece a la necesidad de penalizar con mayor rigor esa conducta omisiva en la que incurre el servidor público frente a aquella predicable del particular que también omite denunciar la comisión de determinados ilícitos.

Así mismo, se le sanciona con pena privativa de la libertad si no denuncia en las circunstancias previstas en el delito de omisión de denuncia de particular (art. 441 C. P. de 2000), tipo penal ubicado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia:

... en los delitos de genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas

tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, testaferrato, lavado de activos, cualquiera de las conductas contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario o de las conductas de proxenetismo cuando el sujeto pasivo sea un menor de 12 años...

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

Cumple los cometidos ya previamente señalados para el tipo genérico.

- SUJETO ACTIVO

El *sujeto activo*, como en la mayoría de los delitos contra la Administración Pública, es el servidor público. Pero fuera de esa cualificación de orden general se requiere, además, que el agente "tenga conocimiento de la comisión de un delito cuya investigación deba adelantarse de oficio".

- SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular del bien jurídico Administración Pública.

- OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

En este caso el bien jurídico protegido genérico es la Administración Pública, pero específicamente lo es la Administración de Justicia, pues con su conducta omisiva el servidor público puede dar lugar a la impunidad de una conducta delictuosa.

Se afectan con tal omisión los fines estatales y el interés general como deformación del instituto funcional.

- OBJETO MATERIAL

Es de carácter fenomenológico al no poner en conocimiento de la autoridad una situación irregular que debe ser investigada de oficio.

- SITUACIÓN TÍPICA

Está dada por la presencia de una serie de situaciones y eventos configurativos de un fenómeno jurídico delictivo que debe ser investigado por las autoridades.

Esto ha sido precisado por la jurisprudencia:

Dicha conducta punible (art. 153 C. P. de 1980) se basa a la vez en el desconocimiento del mandato del artículo 12 del CPP, que impone al servidor público el deber de denunciar, de inmediato, las infracciones penales de que tenga noticia, en la medida en que para su investigación no se exija querrela de parte. No obstante, ni el mandato procesal ni la norma que tipifica la conducta omisiva del funcionario pueden ser objeto de una rígida interpretación que conduzca a darle a estas disposiciones un alcance que no tienen. Es verdad que el funcionario está obligado a dar noticia de los hechos delictivos de que ha tenido conocimiento, pero este imperativo legal solo lo compromete cuando tenga la certidumbre de que se ha podido cometer un hecho punible y no simplemente cuando tal afirmación represente una distante posibilidad o constituya una mera opinión sobre el desvalor de una conducta. El deber del funcionario resulta vinculante cuando tiene la certidumbre de que se ha realizado un comportamiento tipificado o cuando en su razonada opinión exista una probabilidad cierta de que se infringió la ley penal¹⁵.

La obligación jurídica cuyo incumplimiento da lugar a este ilícito, está supeditada al conocimiento que el funcionario tenga de la formal delictuosidad del hecho conocido¹⁶.

Respecto de funcionarios judiciales se ha dicho:

Señálase finalmente que la expedición de copias para investigar una conducta delictuosa, contravencional o disciplinaria no depende del personal criterio que tenga quien las solicita, sino de la evaluación que en últimas realiza el juez sobre la existencia de sus elementos estructuradores, pues su facultad de decidir a nombre del Estado solamente está supeditada a la voluntad de la ley. Esto es, que la expedición de copias para la investigación de un hecho punible no depende de la mera solicitud de alguna de las partes, sino de la certeza que tenga el funcionario de que se ha podido cometer un hecho con significación en el plano penal. En este sentido es bueno recordar que si el abogado había llegado a la conclusión de que se había realizado conducta que mereciera investigación, bien podía denunciarla directamente ante la competente autoridad, con lo cual se concluye que en manera alguna le podía afectar el comportamiento asumido por la juez denunciada¹⁷.

— NO REALIZACIÓN DE LA ACCIÓN ESPERADA

Entre las obligaciones y deberes de los servidores públicos se encuentra la de “denunciar los delitos [...] de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley” (num. 24 art. 34 Ley 734 de 2002).

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. 10 julio de 1984, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. 24 julio de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 16 de abril de 1986, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal 1986*, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 350 y 351.

El artículo 27 del CPP establece la *obligación general*, para todos los habitantes del territorio nacional mayores de 18 años, de denunciar ante las autoridades la comisión de hechos punibles de los cuales hubieren tenido conocimiento y que deban investigarse de oficio. El no cumplimiento de esta obligación no genera consecuencia alguna de orden penal para el particular.

El inciso 2.º de la misma norma establece la misma obligación para el funcionario público, en los términos siguientes:

El servidor público que por cualquier medio conozca de la comisión de un hecho punible que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente.

Ahora bien, ¿de qué manera debe haberse enterado el funcionario de la comisión del delito para que la omisión de su denuncia constituya delito? La norma procesal dice que el conocimiento debe haberle llegado de "cualquier manera". El Código Penal de 1936 señalaba que cuando el hecho se conocía en "ejercicio de sus funciones" se aumentaba la pena.

El de 1980 y el actual no hacen distinción alguna. Esto nos llevaría a pensar que el delito se comete por la simple omisión de la denuncia, unida al carácter de servidor público.

Nos parece, sin embargo, que como en este capítulo se sancionan una serie de conductas que afectan el ejercicio de la *función pública*, debe exigirse que ese conocimiento se haya producido en ejercicio del cargo o de la función. En circunstancias distintas la posición del servidor público es igual a la de los demás ciudadanos.

En efecto, en reuniones sociales o familiares es frecuente que se comente la comisión de hechos punibles en presencia de quien es servidor público. La sola lectura de los periódicos de nuestro tiempo obligaría a los servidores públicos a salir de su casa a formular un sinnúmero de denuncias. Ese no es el alcance que debe dársele a la disposición del Código Penal, por cuanto haría la norma verdaderamente inaplicable y el servidor público no tendría suficiente tiempo para denunciar la comisión de los múltiples delitos de cuya existencia tiene conocimiento como ciudadano.

El *conocimiento* no supone saber la totalidad de los elementos del delito. Basta con que se sepa que esos hechos corresponden a algún tipo penal.

Como la norma solamente se refiere a los delitos, no es punible la omisión en denunciar una *contravención*.

Tampoco es punible la omisión en denunciar un delito para cuya investigación se requiera *querrela de parte*.

La acción consiste en *no dar cuenta a la autoridad*. Es un claro caso de *omisión propia*, pues se reprocha al agente no hacer algo, teniendo el deber jurídico de hacer.

Por la razón anterior no es concebible la *tentativa* en relación con este hecho.

La ley no establece formas específicas para informar a la autoridad de la comisión de un delito. Por lo general debe hacerse por escrito, pero puede hacerse también en forma verbal. La autoridad a que se refiere la norma no es el superior jerárquico del servidor público, sino el competente para conocer del delito de cuya existencia se ha tenido conocimiento. A propósito del conocimiento anota PÉREZ:

El conocimiento requiere, además del hecho externo, dominio de las circunstancias generales del objeto, distinguirlas y relacionarlas, proceso intelectual que bien difiere del *saber*; sabiduría cuyo significado es "elevarse a la metafísica de los principios, a la razón fundamental y fija de las cosas", según BARCIA. La ley no exige sabiduría sino conocimiento del hecho, pero tampoco conocimiento científico, sino más que otra cuestión un criterio, de tal modo que si ese criterio no ha sido formado no cabe exigir denuncia al empleado, ni menos actuación procesal. El conocimiento puede ser directo, como cuando el empleado ha presenciado el hecho delictivo, o indirecto, verbigracia, cuando recibe la noticia sobre su existencia¹⁸.

- CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN EN LA SITUACIÓN CONCRETA

A nadie se le puede exigir lo imposible. En consecuencia, el autor tiene que tener capacidad de actuar en el marco de la situación típica, por tanto se siguen las reglas ya señaladas para el prevaricato por omisión.

- EXCLUSIÓN DEL TIPO OBJETIVO

Si por disposición legal el servidor público no está obligado a denunciar, su comportamiento no es antijurídico. El artículo 28 del CPP dispone:

Exoneración del deber de dar noticia del hecho punible. Nadie está obligado a dar noticia o a formular denuncia penal contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente, o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar los hechos punibles que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividad que le imponga legalmente secreto profesional.

¹⁸ PÉREZ. *Tratado*, cit., p. 308.

Esta disposición no es más que uno de los varios desarrollos del precepto contenido en el artículo 33 de la C. N. La excepción al deber de denunciar comprende tanto a los particulares como a los servidores públicos. Se presentaría como causal de atipicidad el legítimo ejercicio de un derecho contemplado en el numeral 4 artículo 32 del C. P. de 2000.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El dolo consiste en saber que se está ante un delito de investigación oficiosa y no proceder a poner en conocimiento de la autoridad su ocurrencia:

Dicha conducta punible (art. 153 C. P. de 1980) se basa a la vez en el desconocimiento del mandato del artículo 12 del CPP, que impone al servidor público el deber de denunciar, de inmediato, las infracciones penales de que tenga noticia, en la medida en que para su investigación no se exija querrela de parte. No obstante, ni el mandato procesal ni la norma que tipifica la conducta omisiva del funcionario pueden ser objeto de una rígida interpretación que conduzca a darle a estas disposiciones un alcance que no tienen. Es verdad que el funcionario está obligado a dar noticia de los hechos delictivos de que ha tenido conocimiento, pero este imperativo legal solo lo compromete cuando tenga la certidumbre de que se ha podido cometer un hecho punible y no simplemente cuando tal afirmación represente una distante posibilidad o constituya una mera opinión sobre el desvalor de una conducta. El deber del funcionario resulta vinculante cuando tiene la certidumbre de que se ha realizado un comportamiento tipificado o cuando en su razonada opinión exista una probabilidad cierta de que se infringió la ley penal¹⁹.

La obligación jurídica cuyo incumplimiento da lugar a este ilícito está supeditada al conocimiento que el funcionario tenga en la formal delictuosa del hecho conocido²⁰.

Señálase finalmente que la expedición de copias para investigar una conducta delictuosa, contravencional o disciplinaria no depende del personal criterio que tenga quien las solicita, sino de la evaluación que en últimas realiza el juez sobre la existencia de sus elementos estructuradores, pues su facultad de decidir a nombre del Estado solamente está supeditada a la voluntad de la ley. Esto es, que la expedición de copias para la investigación de un hecho punible no depende de la mera solicitud de alguna de las partes, sino de la certeza que tenga el funcionario de que se ha podido cometer un hecho con significación en el plano penal. En este sentido es bueno recordar que si el abogado había llegado a la conclusión de que se había realizado conducta que mereciera investigación, bien podía denunciarla directamente ante la competente autoridad,

19 Corte Suprema de Justicia. 10 julio de 1984, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO.

20 Corte Suprema de Justicia. 24 julio de 1984, M. P.: ALFONSO REYES ECHANDÍA.

con lo cual se concluye que en manera alguna le podía afectar el comportamiento asumido por la juez denunciada²¹.

En realidad el dolo está dado por el conocimiento que se tenga de la situación típica y por la conciencia de la propia capacidad individual de acción en la situación concreta. Muy acertadamente lo ha dicho la jurisprudencia: "Como la función de la voluntad es negativa, en tales casos los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligado"²².

El error de tipo puede recaer sobre circunstancias fácticas que activan el deber de actuar y sea invencible o vencible conduce a la impunidad.

En términos generales se siguen las mismas reglas en materia de causales de justificación y de culpabilidad señaladas para el prevaricato omisivo.

2. CONCURSO DE TIPOS

Si la omisión de denuncia por parte del servidor público es una forma de ayudar al autor del delito, se presentaría un concurso aparente con el delito de encubrimiento, concurso que se resolvería en favor de esta última norma. Dispone al efecto el inciso 1.º del artículo 446 del C. P. de 2000:

El que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá....

A nuestro juicio no concurrirían efectivamente los tipos de omisión de denuncia y favorecimiento en la hipótesis planteada anteriormente.

3. LA PENA

La *pena* consiste en la pérdida del empleo. Creemos que a este fin podría llegarse a través de un procedimiento disciplinario, sin necesidad de darle a esta omisión el alcance de delito.

21 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 16 de abril de 1986, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal 1986*, 1.º sem., Editora Jurídica de Colombia, pp. 350 y 351.

22 Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, LXXXIX, 1958, pp. 169 y 561.

No obstante, como se vio, cuando se trata de algunos delitos especiales como genocidio, desplazamiento forzado, tortura, desaparición forzada, homicidio, secuestro, secuestro extorsivo o extorsión, narcotráfico, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, enriquecimiento ilícito, testaferro, lavado de activos, cualquiera de las conductas contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario o de las conductas de proxenetismo cuando el sujeto pasivo sea un menor de 12 años, la pena se aumenta cuantitativa y cualitativamente.

B. ABUSO DE AUTORIDAD POR REVELACIÓN DE SECRETO

Hemos dicho que en este capítulo se incluyen como modalidades de abuso de autoridad casos que en verdad no implican un abusivo ejercicio de la función pública, sino fallas por parte del servidor público en el cumplimiento de sus deberes. En eventos como el que estudiamos, el servidor público incumple el deber de reserva impuesto a todos los funcionarios públicos (Dcto. 2440 de 1968).

La conducta estaba tipificada en el artículo 154, modificado por los artículos 18 y 32 Ley 190 de 1995, así:

El servidor público que *indebidamente* dé a conocer documento o noticia *que deba permanecer en secreto o reserva*, incurrirá en arresto de 6 meses a 5 años, en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

Si del hecho resultare perjuicio, la pena será de 1 a 5 años de prisión, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

El Código Penal de 2000 regula así la conducta:

Artículo 418. *Revelación de secreto*. El servidor público que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Si de la conducta resultare perjuicio, la pena será de 1 a 3 años de prisión, multa de 15 a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

Lo único que varía es la pena desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, tanto la privativa de la libertad como la accesoria.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

Sigue las directrices ya señaladas.

- SUJETO ACTIVO

Lo es el servidor público.

- SUJETO PASIVO

Lo es el Estado.

- OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Interesante planteamiento es el realizado por ZAFFARONI, en el sentido de que debe buscarse el específico objeto jurídico que alumbró este comportamiento descrito en la norma penal en estudio; desde luego que es un objeto jurídico complejo, que no refleja la función pública, *per se*, por lo cual no se debe encontrar el trasfondo del bien jurídico en la concepción "administrativista pura", sino más bien encuadrándolo dentro de la necesidad de información por parte del Estado, del uso manipulatorio de algún agente y la protección del mismo establecimiento (Estado), y por ende de los particulares, que a su turno pudieren ser perjudicados con la acción. En estos términos y siguiendo a ZAFFARONI:

La reglamentación administrativa del secreto o de la reserva no es en general determinante de lo debido o indebido de la revelación a los efectos penales, que debe regirse básicamente conforme al principio de que la información que obra en poder de la Administración Pública se reúne para cumplir con objetivos determinados que en su conjunto hacen a la buena marcha de la misma y que en ningún momento pueden ser desvirtuados, empleándose arbitrariamente con fines diferentes por la propia Administración, ni tampoco revelándose arbitrariamente en forma susceptible de lesionar derechos fundamentales que las leyes de máxima jerarquía garantizan. La reglamentación y la orden del superior jerárquico únicamente deciden en los casos en que fuese opinable la eficacia administrativa del secreto o de su revelación²³.

23 Cfr. RAÚL EUGENIO ZAFFARONI, "Revelación de secreto oficial: aspectos problemáticos", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 31.

Sufre mengua la Administración Pública por deformación del instituto jurídico.

— OBJETO MATERIAL

El objeto material de la conducta lo constituye el *documento* o la *noticia*. El concepto de documento está vinculado a la idea de lo *escrito*. La “noticia” tiene en cambio un cierto sentido periodístico que hace inadecuada su ubicación en la descripción del tipo penal. La noticia tiene aquí el sentido de dato, informe, etc. Uno y otra deben referirse a aspectos relativos al ejercicio de la función pública.

En realidad se trata de un objeto material fenomenológico, lo cual es claro respecto de la “noticia”, pero también del documento: como tal no importa el soporte material que lo contiene sino el contenido.

Dice a este respecto BERNAL PINZÓN: “Naturalmente que tanto el documento como la noticia que se deben mantener en secreto han de referirse a situaciones que interesan al Estado o a otro ente público al cual el funcionario está adscrito, puesto que si el secreto se refiere no a ese interés público que ampara la norma, sino a uno privado, su revelación puede dar lugar a otro delito, chantaje, por ejemplo”²⁴.

Respecto de ese mismo objeto material se presentan dos *ingredientes normativos del tipo*. En efecto, la revelación del objeto material sólo es punible si éste “debe permanecer en secreto”, y si además se hace en forma “indebida”.

Por regla general los actos de la Administración Pública pueden ser conocidos por los particulares. Es más, el propio Código Contencioso Administrativo ordena su publicación en el *Diario Oficial*. Las leyes, los decretos, las resoluciones, los contratos —todas formas de manifestación de la actividad pública— pueden ser conocidas por los ciudadanos. Diríamos que el principio general es el de la *publicidad* de los actos de la Administración. Así lo determina la praxis judicial:

Si bien la deliberación debe ser reservada en los cuerpos colegiados de justicia, no ocurre igual con los acuerdos, puesto que si aquella viene a constituir tan sólo una situación previa con importancia o no en lo resuelto, esto último sí es de marcado interés público, y por lo mismo no puede estar exento del examen de los particulares. De allí que el artículo 26 del Decreto 196 de 1971, orgánico de la profesión de abogado, permita a los inscritos como tales el examen de expedientes, actuaciones judiciales y administrativas, salvo las excepciones pertinentes²⁵.

²⁴ BERNAL PINZÓN. *Delitos*, cit., p. 190.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. 10 abril de 1980, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO.

Sólo de manera *excepcional* ciertos actos *oficiales* de los servidores públicos están sometidos a reserva. Es claro que los asuntos relativos a la *defensa nacional* pueden y deben estar sometidos a reserva. En otros casos la ley ha establecido esa reserva en forma expresa, como la que atañe a las piezas de un sumario.

A nuestro juicio este ingrediente normativo es de carácter jurídico, pues sólo una ley (en sentido amplio) puede decir qué clase de documentos o noticias están sometidas a reserva, tal como se desprende del artículo 74 de la C. N. Empero, si bien la anterior norma se refiere exclusivamente a la ley, del inciso 1.º artículo 15, segunda parte, parece desprenderse que otros instrumentos jurídicos pueden ocuparse de regular ciertas reservas, especialmente en materia de descentralización administrativa y su autonomía en los entes territoriales.

Lo mismo puede decirse de la expresión “indebidamente”, cuya interpretación debe vincularse a la existencia de una norma jurídica. Una simple orden del superior jerárquico no puede darle el carácter de indebido a la divulgación de un documento o noticia.

Es claro, además, que esa divulgación en todo caso no será “indebida” cuando se trate de poner en conocimiento de la autoridad o de la opinión pública la comisión de hechos penalmente censurables.

La *conducta* consiste en *dar a conocer* el documento o la noticia. Se trata por este aspecto de un *tipo abierto*, por cuanto la divulgación puede producirse de cualquier manera. Puede ser revelando el documento a alguien en particular, o a un grupo de periodistas —filtración—, o mediante escrito firmado o anónimo, etc. Sobre el particular dice RANIERI: “Son indiferentes las modalidades de la revelación, que comprende toda forma de violación del secreto o de facilitación, siempre que sean idóneas para este fin”²⁶.

El hecho de que un funcionario revele las decisiones adoptadas por él, luego de producidas, hállese o no ejecutoriadas, no constituye, a la luz del derecho penal colombiano, violación de la reserva del sumario.

La violación solo se produce, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, cuando la revelación se refiere a diligencias, actuaciones, o pruebas del proceso; cuando se revelan las decisiones adoptadas, no existe violación:

“No es a las decisiones judiciales a las que se refiere la reserva del sumario, sino a las diligencias, documentos, noticias y piezas que reconstruyen el hecho delictuoso construyendo su prueba. Para que las providencias del instructor caigan, como tales, bajo

26 RANIERI. *Manuale*, cit., p. 295.

las prohibición legal, es necesario que en ellas se transcriba, o de cualesquiera otros modos se revele, alguno de los elementos probatorios allegados al proceso" (auto del 21 de abril de 1955, LXXX, 133)²⁷.

Se trata además de un *tipo de peligro*, por cuanto no es indispensable que efectivamente se lesione el bien jurídico protegido.

Cuando surge el *perjuicio* se varía cualitativa y cuantitativamente la pena privativa de la libertad, y se aumenta la pena de interdicción.

Ese perjuicio puede ser para la propia Administración, o para un tercero.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se siguen las mismas reglas del abuso de autoridad ya señaladas.

2. CONCURSO DE DELITOS

Si el servidor público ha recibido dinero u otra utilidad por la divulgación del documento o la noticia, puede surgir un concurso efectivo entre este delito y el de cohecho.

C. UTILIZACIÓN DE ASUNTO SOMETIDO A SECRETO O RESERVA

En este caso sanciona la ley ya no la simple divulgación del objeto material, sino el provecho que con ello busca el agente para sí o para un tercero. Dice la norma:

Artículo 155, modificado por los artículos 18 y 32 Ley 190 de 1995. *Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.* El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, *descubrimiento científico*, u otra *información o dato* llegados a su conocimiento por razón de sus funciones, y que deba permanecer en secreto o reserva, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años, multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo, *siempre que el hecho no constituya otro delito.*

El nuevo Código Penal establece:

Artículo 419. *Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.* El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Auto del 11 de mayo de 1979, M. P.: DANTE L. FIORILLO PORRAS.

dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público, siempre que la conducta no constituya otro delito sancionado con pena mayor.

Se rebajó significativamente, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, la pena imponible.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

— SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Responde al esquema general ya señalado para los otros abusos de autoridad.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

También sigue las reglas ya precisadas. Produce una deformación en el instituto jurídico.

— OBJETO MATERIAL

El objeto material lo constituyen el descubrimiento científico, o la información o dato, no desde la perspectiva material sino fenomenológica. En el primer caso se trata de un ingrediente normativo del tipo de carácter extrajurídico. Por su mención misma se requiere que se trate de algo no conocido en el campo de la ciencia, y de lo cual pueda derivarse algún provecho. La información o el dato tienen un alcance mucho más genérico, y no requieren valoración jurídica o extrajurídica alguna.

Es necesario que tanto el descubrimiento científico como la información o dato hayan llegado a conocimiento del agente "en razón de sus funciones". Esto nos demuestra claramente que lo que el legislador sanciona es el aprovecharse del cargo con fines particulares.

Al igual que en el tipo anterior, se requiere que el objeto material "deba permanecer en secreto o reserva".

— CONDUCTA

Consiste en utilizar el descubrimiento científico u otra información en provecho propio o de un tercero. Por otra parte, es necesario precisar que el "prove-

cho" a que se refiere la norma no siempre debe ser de carácter económico, pues puede ser también de naturaleza política o de otro orden.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Sigue las mismas reglas que el anterior tipo.

2. CONCURSO DE DELITOS

De otra parte, se trata de un tipo *subsidiario*, pues se aplica siempre y cuando el hecho no corresponda a la descripción de otro tipo delictivo. Tal sería el caso del "espionaje":

El que indebidamente obtenga, emplee o revele secreto político, económico o militar, relacionado con la seguridad del Estado...

En esta hipótesis primaria el delito político sobre el de utilización de asunto sometido a secreto o reserva.

D. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

El tipo penal de utilización indebida de información privilegiada se consagraba en el artículo 27 de la Ley 190 de 1995 (Estatuto Anticorrupción) bajo el número 148A, en los siguientes términos:

Utilización indebida de información privilegiada. El servidor público o el particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de Administración de cualquier entidad pública o privada que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal.

Así las cosas podía suceder que una persona, bien como servidor público, bien como particular, como empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de entidad pública o privada, hiciera uso indebido de información conocida por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, caso en el cual se encontraría dentro del tipo penal en estudio. No obstante ello era contrario a la exposición de motivos,

habida cuenta que, si lo protegido era el interés general²⁸, no se explica cómo el tipo podía ser realizado por particulares²⁹.

En la anterior legislación esta conducta se encontraba regulada en el artículo 148A, dentro del capítulo que contenía el enriquecimiento ilícito. Es de anotar que en el nuevo Código Penal dicho comportamiento punible fue escindido en dos tipicidades diversas, así: cuando la conducta es realizada por un servidor público se incluye en el capítulo de "Delitos contra la Administración Pública", en tanto que aquella que ejecuta un particular se incluye en el capítulo correspondiente a otras defraudaciones contra el patrimonio económico, por ser el bien jurídico lesionado.

En el Código Penal de 2000 este tipo penal es del siguiente tenor:

Artículo 420. *Utilización indebida de información oficial privilegiada.* El servidor público que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones y que no sea objeto de conocimiento público, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

— SUJETO ACTIVO

El tipo penal en estudio sólo admite como sujeto activo al servidor público —sujeto activo cualificado—, contrario a lo que sucedía en el antiguo tipo penal, que admitía también al particular.

Es de anotar que este delito fue dividido en dos partes, dejándose únicamente la conducta realizada por el servidor público como atentatoria contra la Administración Pública, en tanto que aquella que realiza un particular se incluyó en los delitos que atentan contra el patrimonio económico, en el capítulo de las defraudaciones, por ser donde realmente debe encontrarse³⁰.

²⁸ *Gaceta del Congreso*, n.º 183, 20 de octubre de 1994, p. 3.

²⁹ Sobre la problemática del bien jurídico en el antiguo tipo penal, JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS. "El tipo de injusto del artículo 148A del Código Penal colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997, pp. 73 y ss.

³⁰ GÓMEZ MÉNDEZ. *Exposición de motivos*, cit., p. 65.

— SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular de la Administración Pública.

— OBJETO MATERIAL Y ELEMENTO NORMATIVO

Lo es la información privilegiada. De manera tal que nos encontramos ante un objeto material fenomenológico.

Debe precisarse que la información de que da cuenta el mencionado tipo penal es calificada por su *nomen iuris* como *privilegiada*, por tanto, es indudable que la titulación de los artículos de los códigos modernos cumple una importante labor de guía interpretativa. Puede decirse que, desde el punto de vista dogmático, tal expresión contribuye de alguna forma a cerrar judicialmente un tipo legalmente abierto³¹.

Pero además, no puede perderse de vista que todo tipo penal protege un bien jurídico, por tanto, resultaría inconcebible que por cualquier información procediera el castigo, con lo que tendría entrada en nuestro derecho penal un injusto fundado en la *mera desobediencia*. Información privilegiada, según GONZÁLEZ AMADO, es aquella que se obtiene de una gracia o prerrogativa derivada de la función pública³².

El derecho penal es la *ultima ratio* como instrumento de control social, por tanto, requiere necesariamente para la estructuración del injusto la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado (art. 11 C. P.).

No entenderlo así implicaría, sin más, que el delito de que nos ocupamos sea cualitativamente igual a las faltas disciplinarias contempladas en los artículos 40 numeral 5 y 41 numeral 28 de la Ley 200 de 1995, hoy 34 numeral 5 y 35 numeral 34 de la Ley 734 de 2002.

Por tanto, la información protegida por la norma es aquella que resulte funcionalmente adecuada para el desempeño de una determinada institución, esto es, aquella donde en cierto modo se ejerza una actividad monopolizadora de la misma y a cuyo acceso sólo pueda llegarse, siempre o en determinado momento, por virtud de autorización constitucional, legal o reglamentaria (num. 1 art. 34 Ley 734 de 2002).

31 Sobre los problemas de determinación del alcance de la expresión "privilegiada" y la naturaleza de tipo en blanco, GONZÁLEZ AMADO IVÁN. "Utilización indebida de información privilegiada", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 59, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 91 y ss. En torno a los problemas de la expresión mencionada, REYES CUARTAS. "El tipo de injusto", cit., pp. 79 y ss.

32 GONZÁLEZ AMADO. "Utilización indebida", cit., p. 103.

No quedan comprendidas allí, por ejemplo, informaciones sometidas al ejercicio del derecho de "recibir información veraz" (art. 20 C. N.) y cuyo mecanismo es el derecho de petición (art. 23 *ibíd.*).

REYES CUARTAS afirma que "sólo puede tenerse comprendida aquí aquella información que potencie la desigualdad con los demás ciudadanos, generando injustas ventajas a favor del funcionario que, por razón de su cargo, ha tenido acceso a ella"³³.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico protegido es la Administración Pública. El bien jurídico tutelado es de los denominados funcionales, por cuanto se busca proteger una actividad orientada por un conjunto de principios y finalidades, regulada en su ejercicio por normas estrictas de competencias y funciones para preservar la función administrativa pública³⁴.

La antijuridicidad material está dada por la deformación del instituto jurídico.

— CONDUCTA Y ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

La conducta consiste en hacer uso indebido del conocimiento adquirido por razón o con ocasión de las funciones; debe mediar un nexo de determinación entre la obtención de la información y las funciones del agente, de tal manera que si el sujeto activo tiene conocimiento de tal información por fuera de sus funciones no incurrirá en este tipo penal, en el evento de usar indebidamente la misma.

Se requiere que por razón o con ocasión de sus funciones conozca o maneje "información privilegiada", según el *nomen iuris* de la figura delictiva. Debe producirse un uso indebido, esto es, contrario a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

En anterior edición afirmábamos que nos parecía que cuando el sujeto activo era un particular —en el marco de la anterior redacción— y la entidad de donde adquiriría la información era privada, se estaría conculcando el bien jurídico del patrimonio económico y por lo tanto no debería aparecer sancionada esta conducta dentro de los delitos contra la Administración Pública.

Pero la conducta cuando se trata de privados no quedó despenalizada, sólo que se especializó el tipo, ubicándose en aquellos que afectan el patrimonio económico. Así lo acogió el legislador del 2000, en el artículo 258 de la Ley 599.

³³ REYES CUARTAS. Ob. cit., p. 79.

³⁴ Cfr. GONZÁLEZ AMADO. Ob. cit., pp. 101 y 109.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Encontramos un elemento subjetivo en el tipo, ya que el sujeto activo debe haber obrado con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, entendiendo por tercero tanto las personas naturales como las jurídicas. El provecho que se busca es de cualquier tipo, esto es, económico, personal, profesional, gremial, etc.

En cuanto al dolo "se ha de ser consciente de la confidencialidad de la información" y de "la obligación legal de no difundirla"³⁵.

En lo demás, guardando las diferencias, se siguen las reglas señaladas para el grueso de delitos contra la Administración Pública.

E. ABANDONO DEL CARGO

El abandono del cargo estaba tipificado en el artículo 156, modificado por el artículo 18 Ley 190 de 1995, así:

El servidor público que abandone su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Si el agente ejerce autoridad o jurisdicción, o es empleado de manejo, se impondrá, además, arresto de 6 meses a 2 años.

El artículo 178 del C. P. de 1936 exigía además que no se hubiese posesionado el "individuo" que habría de remplazar al agente.

En este caso el bien jurídico concretamente protegido era el de la continuidad en el ejercicio de la función pública. La Administración puede verse seriamente lesionada cuando uno de sus agentes deja de cumplir con las funciones que se le encomiendan.

Abandonar quiere decir dejar de ejercer las funciones. Por lo general ocurre cuando el empleado se ausenta del lugar habitual de su trabajo, cuando no regresa a él.

En el caso del empleado a quien se le ha aceptado la renuncia, debe de todas maneras esperarse a que se posesione el sucesor. La simple presentación de la renuncia, y ni siquiera la aceptación de la misma, liberan al servidor público de permanecer en sus funciones.

35 REYES CUARTAS. "El tipo de injusto", cit., p. 84.

La justa causa era un elemento normativo del tipo de contenido extrajurídico y no se confundía con las causales de justificación del hecho. Este último concepto lo explicaba así PÉREZ:

Justa causa es todo motivo de especial valor o estimación para el empleado que le inhiba para seguir en el cargo o que le impida desempeñarlo. Las causas son justas desde el punto de vista material, como cuando se afecta la seguridad, verbigracia, por situaciones de orden público o de peligro personal, o cuando está de por medio la salud propia o de miembros de familia. Y son justas causas desde el punto de vista psicológico, como cuando la libertad o la dignidad del empleado se colocan en duro trance por coacciones o humillaciones colectivas o de quienes ejercen influjo decisivo en una comunidad determinada. Entonces, el abandono del vecindario es apenas el precedente del abandono del cargo³⁶.

El Código Penal de 2000 no consagró esta figura delictiva. Entendió que basta su persecución a título de falta disciplinaria gravísima, que comporta como sanción la destitución del cargo y la inhabilidad para el ejercicio de funciones públicas entre 10 y 20 años (num. 55 art. 48 Ley 734 de 2002); "... fue eliminado en vista de que tal actuar es susceptible de ser reprochado a través del régimen disciplinario"³⁷.

F. ASESORAMIENTO Y OTRAS ACTUACIONES ILEGALES

Rezaba el artículo 157 del C. P., modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995:

El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial o administrativo, o policivo, incurrirá en arresto de 6 meses a 2 años, en multa de 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 4 años.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público.

Con el nuevo Código Penal el tipo quedó así:

Artículo 421. *Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.* El servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

³⁶ PÉREZ. *Tratado*, cit., p. 312.

³⁷ GÓMEZ MÉNDEZ. *Exposición de motivos*, cit., p. 65.

Si el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público la pena será de prisión de 1 a 3 años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

La pena fue rebajada significativamente tanto cualitativa como cuantitativamente.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

— SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Lo son los ya señalados para esta categoría de delitos.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico tutelado es la Administración Pública que se ve menoscabada por la deformación en su instituto funcional, toda vez que, por apetitos privados, se desconocen los fines estatales y el interés general.

— OBJETO MATERIAL

El objeto material está dado por el desvío de la función pública, esto es, resulta de tipo fenomenológico.

— CONDUCTA Y ELEMENTO NORMATIVO

En síntesis, en esta norma se sanciona la indebida participación del servidor público en el ejercicio de la profesión de abogado. Los conceptos de *representar*, *litigar*, *gestionar*, *asesorar* (todos verbos rectores) están directa o indirectamente relacionados con el ejercicio de la profesión de abogado, ya sea en el ramo puramente judicial o en el administrativo o policivo (Dcto. 196 de 1971).

El aspecto central para la comprensión de la norma lo constituye el ingrediente normativo del tipo. En efecto, la acción sólo es punible en la medida en que se realice en forma indebida.

En términos generales puede decirse que toda representación, asesoramiento o gestión realizada por el servidor público a título particular es indebida. En ocasiones esa representación, gestión o asesoramiento es el objeto mismo de la misión que a título *oficial* debe ejercer el agente, caso en el cual la conducta es atípica por actuar en ejercicio de un cargo público.

El numeral 1 artículo 39 del Decreto 196 de 1971 dice:

No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: los empleados públicos y los trabajadores oficiales, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita.

Toda acción que en ese sentido realice el servidor público, por fuera de sus funciones y a título particular, genera el tipo estudiado.

También aquí se estructura una circunstancia específica de agravación sobre una cualidad particular del agente: empleado de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público.

En relación con las diferencias que existían en el C. P. de 1980 entre este tipo penal y el prevaricato por asesoramiento ilegal es oportuno recordar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia ya citada al tratar del prevaricato:

Al respecto comiencese por decir que no encuentra la Corte que la adecuación típica de la conducta ofrezca dificultad alguna, en la medida que no se presenta para el caso siquiera un aparente concurso de hechos punibles entre el tipo de prevaricato por asesoramiento ilegal, previsto en el artículo 151 del C. P. de 1980, vigente para el momento de ocurrencia de los hechos y aplicable por virtud del principio de favorabilidad frente a la nueva normativa que describe la conducta (art. 30 Ley 190 de 1995), y el de abuso de autoridad por asesoramiento ilegal de que trata el artículo 157 del C. P., también vigente por entonces.

De la diferencia entre estos dos tipos penales, consistente en que mientras en el primero la realización de cualquiera de las conductas alternativas de asesorar, aconsejar o patrocinar a una persona exige que ella "gestione cualquier asunto en su despacho" como elemento indispensable para su configuración, la segunda apunta a sancionar cualquiera de las conductas del servidor público dirigidas a representar, litigar, gestionar o asesorar a persona alguna en asuntos judiciales, policivos o administrativos cuyo trámite se lleve a efecto o se pretenda adelantar en otra dependencia oficial.

La mayor severidad en la sanción del prevaricato por asesoramiento ilegal frente al delito de abuso de autoridad por asesoramiento y otras actuaciones halla su razón de ser en la intensidad de la exigencia de transparencia e imparcialidad de los funcionarios respecto de aquellos que concurren en demanda de una respuesta judicial o administrativa a sus pretensiones, lo cual supone la más absoluta neutralidad del llamado a dispensar la resolución, como principio de organización del Estado de derecho.

De ahí que siempre haya sido estimado de gran dañosidad para la imparcialidad de la Administración Pública la asesoría, el consejo o patrocinio ilegales que el funcionario, a cuyo cargo se encuentra decidir el asunto, brinde a los interesados en la decisión, desequilibrando las condiciones de igualdad en que deben hallarse quienes acceden a

la Administración en demanda de servicios, o resolución de conflictos interpersonales, o entre particulares y las autoridades públicas. En el caso del juez, siendo él por antonomasia el llamado constitucionalmente a dirimir las controversias sociales de acuerdo con las normas que reglan su competencia, como el que más, ha de estar despojado de cualquier interés particular en el asunto donde debe declarar el derecho.

Es por eso que la configuración constitucional de su función lo concibe como tercero *super partes* en el conflicto, ubicándolo así por encima de los litigantes, no solo desde el punto de vista esquemático-formal, sino sustancialmente, en el entendido que interviene sin más pretensión que realizar el derecho y la justicia, con exclusiva sumisión al imperio de la ley.

Tanto es el celo con que en esto opera el sistema en la función de administrar justicia, que en guarda de la imparcialidad ha impuesto a los funcionarios la obligación de separarse del conocimiento en los eventos en que ella no esté garantizada, y a las partes la de recusarles por los mismos motivos.

De no acomodarse a esta preceptiva de verticalidad, o inclinar la balanza hacia el favorecimiento de un sujeto en particular, la declaración de justicia que del juez se espera se pervierte para convertirse en abuso del poder conferido.

Sin embargo, como el tipo penal descrito en el artículo 152 del C. P. de 1980 condiciona su aplicación a que la conducta se realice "por fuera de los casos especialmente previstos como delito", por voluntad del legislador se resuelve el conflicto aparente de normas, pues la subsidiariedad de ésta deviene manifiesta y cede el paso, en este evento, a la del prevaricato por asesoramiento ilegal, ya que los efectos del comportamiento, en transgresión de los principios de imparcialidad y transparencia debida por los funcionarios judiciales, tuvieron génesis no solamente en la arbitrariedad, sino también en la intención favorecedora hacia uno de los sujetos procesales enfrentados en el juicio sometido a la decisión³⁸.

Hoy, al desaparecer el prevaricato por asesoramiento ilegal, como quedó dicho, las conductas que recogía dicho tipo penal se subsumen en el aquí estudiado.

La asesoría, el consejo o el patrocinio que constituye el núcleo rector del prevaricato por asesoramiento ilegal suponen actividad parcializada del servidor oficial en pro de los intereses de una de las partes, con el obvio detrimento que se ocasiona a la contraria. Es la falta del necesario equilibrio de quien tiene el deber de garantizar por igual las oportunidades procesales, y que con desconocimiento de ese mandato asume actitud de preferencia al brindar consejo o asesoría legalmente vedados³⁹.

38 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. 27 de agosto de 1997, M. P.: FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL.

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 2 de septiembre de 1986, M. P.: LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO, en *Jurisprudencia penal 1986*, 2.º sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 19.

La expresión "en pro de los intereses de una de las partes, con el obvio detrimento que se ocasiona a la contraria" ya no estaría exigida por el tipo en estudio, no importando en consecuencia para su estructuración, pues todos los demás elementos sí quedan cumplidos.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Siguen las reglas ya señaladas.

G. ABUSO DE AUTORIDAD POR INTERVENCIÓN EN POLÍTICA

Al incluir esta conducta, en forma impropia, como abuso de autoridad, se quiere sancionar una de las múltiples faltas disciplinarias de los servidores públicos: participar indebidamente en actividades de carácter partidista.

El inciso 1.º artículo 158 señalaba:

El servidor público que forme parte de comités, juntas o directorios políticos o intervenga en debates o actividades de este carácter, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Este inciso fue declarado exequible condicionadamente por la Corte Constitucional, en sentencia C-454 del 13 de octubre de 1993. Se consideró inexecutable en lo que se refiere a servidores públicos no contemplados en la prohibición del inciso 2.º artículo 127 de la C. N. Es exequible en cuanto concierne a los cobijados por la mencionada prohibición constitucional⁴⁰.

El inciso 2.º artículo 158 decía:

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y las personas que ejercen funciones públicas de modo transitorio.

Con el Código Penal de 2000 se adecua la norma a los parámetros fijados por la Corte Constitucional en sentencia C-454 de 1993:

⁴⁰ Inc. 2º art. 127 C. N.: "A los empleados del Estado y sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en la actividades de los partidos y movimientos y en controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio".

Artículo 422. *Intervención en política.* El servidor público que ejerza jurisdicción, autoridad civil o política, cargo de dirección administrativa, o se desempeñe en los órganos judicial, electoral, de control, que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o utilice su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, incurrirá en multa y pérdida del empleo o cargo público.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

– SUJETO ACTIVO

Se limita el sujeto activo a aquellas personas que ejercen jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa, o se desempeñan en el órgano judicial, electoral, de control. Esto es, se trata de un sujeto activo calificado especialísimo.

– SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular del bien jurídico Administración Pública.

– OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico tutelado Administración Pública sufre mengua por deformación del instituto funcional, pues el interés general y los fines estatales se desvían hacia apetitos privados.

– OBJETO MATERIAL

Se trata de un objeto material fenomenológico, circunscrito a la utilización indebida del poder y la función.

– CONDUCTA

Se trata de un *tipo compuesto alternativo*, que contempla dos modalidades: hacer parte de juntas, comités o directorios políticos; utilizar su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político.

En cuanto a la primera parte, la norma se refiere a los organismos de dirección (a nivel nacional, departamental o municipal) de lo que eufemísticamente se llama en Colombia "partidos políticos". En este caso, es indispensable que el agente sepa de su inclusión en uno de esos organismos, y acepte que su nombre figure en ellos. No es necesario que actúe de manera efectiva.

Respecto de la utilización de su poder para favorecer o perjudicar electoralmente a un candidato, partido o movimiento político, toma un cariz más cercano con la nueva redacción del abuso de autoridad, toda vez que muestra lo arbitrario del comportamiento pero también lo injusto por la búsqueda de perjudicar a otro, lo cual se produce directa o indirectamente, pues en este último caso siempre estará presente cuando se favorezca a un candidato, movimiento o partido, pues correlativamente al favorecer a uno se perjudica o perjudican otros.

Creemos que este último comportamiento también admite la modalidad omisiva, como cuando no se gestiona a tiempo, por parte de un alcalde, una solicitud de permiso para una manifestación pública de un contradictor político.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

La segunda modalidad alternativa, esto es, la utilización indebida del poder, se constituye en un elemento subjetivo del tipo.

Se siguen las reglas ya señaladas.

2. APARENTE CONCURSO

Si la utilización del poder constituye otro delito, por ejemplo, se ordena una ilegal captura para perjudicar a quien se encuentra llevando a cabo una manifestación pública, se estará frente a una detención ilegal y/o un prevaricato.

H. EMPLEO ILEGAL DE LA FUERZA PÚBLICA

Una modalidad especial del abuso genérico de autoridad deriva de la que se contempla en el artículo 159 del C. P., modificado por los artículos 18 y 32 de la Ley 190 de 1995:

El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto arbitrario o injusto o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de 1 a 4 años, multa de 10 a 50 salarios legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

El Código Penal de 2000 estableció:

Artículo 423. *Empleo ilegal de la fuerza pública.* El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumir acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de 1 a 4 años, multa 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor.

Se aumentó la pena no privativa de la libertad y se agregó una condición modal que lo convierte en un tipo penal subsidiario.

Se afecta la Administración Pública por deformación del instituto funcional, al desviarse hacia apetitos privados los intereses generales y los fines estatales.

La norma prevé dos modalidades de acción: *obtener el concurso de la fuerza pública*, o *emplear* la que se tiene a su disposición. El primer caso puede ser el del gobernador o alcalde que, como jefes de policía, solicitan la colaboración de la fuerza pública para la consumación de un acto arbitrario o injusto. En el segundo, ya esa fuerza pública se encuentra a disposición del sujeto activo.

Además se requiere la presencia de un ingrediente subjetivo del tipo. Ese concurso de la fuerza pública debe obtenerse, bien *para* consumir acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad.

Este ingrediente normativo está necesariamente vinculado a los elementos del tipo básico de abuso de autoridad.

Es concebible la tentativa, si el agente obtiene el concurso de la fuerza pública pero no consuma el acto arbitrario o injusto.

A nuestro juicio este artículo debería constituir simplemente una circunstancia de agravación del tipo básico, edificada como ya lo dijimos sobre una circunstancia de modo: el empleo de la fuerza pública.

Es claro que resulta más grave el abuso de autoridad en el evento en que para su consumación se utilice la fuerza pública —pero no por ello se justifica la existencia de un tipo autónomo—.

Se aplican *mutatis mutandi* todas las reglas expuestas para el delito genérico de abuso de autoridad.

Í. OMISIÓN DE APOYO

Una modalidad del delito de prevaricato por omisión es considerada por el C. P. como especie del abuso de autoridad. Disponía el artículo 160 del C. P. de 1980:

El agente de la fuerza pública que rehúse, o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de 1 a 4 años.

El Código Penal de 2000 señaló respecto del tipo:

Artículo 424. *Omisión de apoyo.* El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de 1 a 4 años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

Se mantiene la pena privativa de la libertad y se establece la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

— SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Sujeto activo es el agente de la “fuerza pública”. El Código no utiliza aquí la expresión “fuerzas armadas”. En este orden de ideas, pueden ser sujetos activos los miembros del ejército, la armada, la fuerza aérea, la Policía Nacional, e incluso los integrantes de los organismos secretos del Estado.

Sujeto pasivo es el Estado, titular del bien jurídico.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Se afecta la Administración Pública por deformación del instituto funcional, al desviarse hacia apetitos privados los intereses generales y los fines estatales.

— SITUACIÓN TÍPICA

Debe existir una solicitud de apoyo, por escrito o verbal, de autoridad competente.

— NO REALIZACIÓN DE LA CONDUCTA ESPERADA Y ELEMENTO NORMATIVO

La acción consiste en rehusar o demorar el apoyo. Rehusar es tanto como negarse a algo. En la demora se cumple ese “algo”, pero en forma extemporánea.

Tres *ingredientes normativos* precisan los contornos delictivos de la acción:

a. La omisión debe ser indebida; en este caso la expresión indebidamente tiene un alcance puramente jurídico.

b. El apoyo debe haber sido solicitado por la *autoridad competente*. No todo servidor público puede solicitar el concurso de la fuerza pública. Autoridad competente puede ser un gobernador, un alcalde o un juez o magistrado.

c. El apoyo debe haberse solicitado *en la forma establecida por la ley*. Por este último aspecto puede decirse que se trata de un tipo en blanco, pues la remisión es demasiado genérica. La norma se ocupa de los aspectos formales inherentes a toda solicitud de apoyo. La expresión ley debe entenderse en sentido material (Constitución, ley, decreto, reglamento, resolución, etc.) y no en sentido formal.

— CAPACIDAD INDIVIDUAL DE ACCIÓN EN LA SITUACIÓN CONCRETA

El sujeto activo, en el momento de la omisión, tenía que tener la capacidad de prestar el apoyo. A nadie se le puede obligar a lo imposible.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se siguen, en lo pertinente, las mismas reglas señaladas para los delitos de omisión, particularmente de aquellos involucrados en este capítulo.

2. APARENTE CONCURSO DE DELITOS

En verdad que los elementos de este delito corresponden a los del prevaricato por omisión, empero, parece dar a entender que se comete el delito en estudio cuando se trata de un apoyo material. En efecto, el no prestar el apoyo debido no es más que una forma de rehusar o retardar un “acto propio de sus funciones”, pero para que se configure un prevaricato por omisión el acto propio de las funciones tiene que tener forma jurídica, sin importar si es por escrito o verbal en diligencia de tal naturaleza.

Tal vez ello es lo que justifica que la pena para el abuso de autoridad sea menor que la señalada para el prevaricato.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN Y CULPABILIDAD

Se siguen también las demás reglas expuestas sobre dichos temas en los delitos de omisión.

CAPÍTULO DÉCIMO

Usurpación y abuso de funciones públicas

I. NOCIÓN

En este capítulo se sancionan los atentados contra el ejercicio mismo de la función pública provenientes en forma general de los particulares, y de manera excepcional, de los propios agentes de la Administración. El título mismo de "usurpación" nos da la idea de tomarse algo en forma indebida o sin facultades legales y sin derecho alguno.

La función pública sólo puede ser ejercida por los agentes de la Administración formalmente vinculados a ella o por los particulares a quienes legal y en debida forma se les ha discernido una función pública, y dentro de los canales jurídicos preestablecidos.

II. MODALIDADES

A. USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

El delito de usurpación estaba descrito así por el artículo 161 del C. P. de 1980:

El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años.

Es este uno de los casos excepcionales en que un delito contra la Administración Pública puede ser cometido por quien no es servidor público.

El artículo 182 del C. P. de 1936 consagraba un tipo indeterminado de usurpación que comprendía la situación del particular que sin autorización alguna ejercía la función pública, y la del empleado oficial que la ejercía pero por fuera de la órbita legal de competencia.

El Código Penal 1980 diferenció en artículos distintos las dos situaciones.

En relación con el delito de usurpación de funciones públicas el Código Penal de 2000 dispone el siguiente texto:

Artículo 425. *Usurpación de funciones públicas.* El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de 1 a 2 años.

La única modificación que presenta el texto de reforma en relación con este tipo penal es la de aumentar en 6 meses el tope mínimo de la pena.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

Delimita el ámbito de lo punible para aquellos comportamientos donde un particular se arroga funciones públicas, lesionando "externamente" al bien jurídicamente tutelado.

— SUJETO ACTIVO

Sujeto activo, entonces, sólo puede ser el particular, es decir, la persona que no tiene vínculo alguno con la Administración.

El llamado funcionario de hecho, es decir quien ha sido irregularmente nombrado (por falta de requisitos constitucionales y legales, por ejemplo), no puede ser considerado como particular. Puede ser sujeto activo si, habiendo sido servidor público, se le ha notificado su desvinculación definitiva del servicio.

Sobre este elemento ha dicho la jurisprudencia:

El agente activo de este delito puede ser cualquier persona, sea o no funcionario público. Cuando se trata de persona sin investidura oficial, ésta necesariamente supone, finge y simula de manera absoluta la calidad; y, cuando se trata de un funcionario público cualquiera, éste, saliéndose del marco natural de las funciones específicas que le son propias, se arroga alguna que no le corresponde, porque no le ha sido atribuida en forma expresa, o porque para ejercerla requiere de una previa autorización o condición sin la cual no puede ser legalmente ejercida y, por consiguiente, en tales casos también puede existir suposición, fingimiento y simulación de la concreta calidad del funcionario público que resulta titular efectivo de la función usurpada¹.

— SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular del bien jurídico Administración Pública.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico protegido es la Administración Pública. Se produce una deformación del instituto funcional.

Con tal delito se produce una afectación "externa" del bien jurídico.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 4 de abril de 1979, M. P.: FABIO CALDERÓN BOTERO.

— OBJETO MATERIAL Y ELEMENTO NORMATIVO

El objeto material es de los denominados fenomenológicos y apunta a la noción jurídica de función pública ya definida en la parte general integral.

— CONDUCTA

La acción consiste en “ejercer funciones públicas”.

En este caso el particular actúa como si fuera servidor público en ejercicio de sus funciones. Suplanta el título, aun cuando “ejerce” la función. Sobre el particular anota RANIERI:

La conducta consiste, en la hipótesis de la usurpación, en los actos de invasión arbitraria de una función pública, aun temporal, remunerada o gratuita, o de las atribuciones inherentes a un empleo público, que no puede ser sino un servicio público ejercido por un empleado público (del Estado o de otra entidad pública). En otros términos, la conducta consiste en los actos de intervención arbitraria en un cargo o en un servicio públicos, con posibilidad de ejercer sus funciones, o también de ejercicio arbitrario de una función pública o de un servicio público. Por lo tanto, para que el delito exista es indispensable que el agente se inmiscuya arbitrariamente en un oficio o servicio públicos, apoderándose de él, como si fuese funcionario empleado público competente, o que ejerza las funciones o las atribuciones reservadas a éste y que no tenía en modo absoluto².

Por tratarse de un tipo de resultado es perfectamente concebible la tentativa, si el agente realiza actos encaminados al cumplimiento de una función pública y no logra el resultado.

Otro ingrediente normativo del tipo está contenido en la expresión “sin autorización legal”. Es un ingrediente normativo de alcance jurídico. La Constitución y la ley —como ya lo vimos al hablar del sujeto activo— pueden permitir por vía excepcional a los particulares ejercer funciones públicas. Es claro que no usurpa la función pública quien está autorizado por la propia ley para ejercerla y se habilita en la forma especificada en ella.

En relación con dicho tipo penal la Corte Suprema de Justicia ha dicho que “éste se configura cuando el agente ejecuta una conducta que por ley le está atribuida a otro funcionario o, como lo dijo en otras palabras al reiterar su postura, cuando asuma funciones que correspondan a otra autoridad u órgano del Estado”³.

² RANIERI. *Manuale*, cit., p. 389.

³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 4 abril de 1995, M. P.: CARLOS EDUARDO MEJÍA ESCOBAR.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se tiene que conocer que se está realizando una función que no se tiene. La mayoría de los casos no presenta ninguna dificultad: quien es particular sin investidura oficial alguna no puede arrogarse una función que no se le ha dado. Si actúa, sabiendo ello, es porque quiere realizar el tipo.

Difícilmente se puede admitir un error de tipo. Tal sería el caso del servidor público que ha sido declarado insubsistente y continúa, sin saberlo, cumpliendo una comisión fuera de su sede de trabajo sin enterarse de ello; o de aquel a quien, encontrándose en comisión en zona lejana de su lugar de trabajo, prácticamente incomunicado, le sobreviene el vencimiento del cargo para el cual fue nombrado por un período fijo, fecha que no tenía presente por cuanto sacó mal las cuentas de su fenecimiento.

2. CONCURSOS DE TIPOS

La usurpación de función pública puede concurrir en forma efectiva con el tipo de estafa, si el medio engañoso utilizado para inducir en error al sujeto pasivo del delito contra el patrimonio económico lo constituye precisamente el hacer creer que es agente del Estado y que se ejerce una función pública. Tal sería la hipótesis de quien, presentándose en ejercicio de una función pública, logra que una persona le entregue objetos o documentos de contenido patrimonial.

En cambio, habría un aparente concurso si la simulación del ejercicio de la función pública es un medio utilizado para apoderarse de bienes ajenos. Y ello en razón de que ese preciso factor genera la circunstancia específica de agravación punitiva prevista para el hurto por el numeral 4 –superación de seguridades– del artículo 240 del C. P. de 2000. Es evidente, además, que todo ejercicio de función pública por quien no esté legalmente autorizado es “simulado”.

Habría que agregar que el Estatuto para la Defensa de la Democracia (Dcto. Ley 180 de 1988) consagraba en su artículo 20 un tipo penal denominado “suplantación de autoridad con fines terroristas”, disposición que es convertida posteriormente en legislación permanente por el Decreto Extraordinario 2266 de 1991. El texto del artículo es del siguiente tenor:

Artículo 20. El que con fines terroristas simule autoridad, suplante a la autoridad legítima, o usurpe sus funciones, incurrirá en prisión de 4 a 8 años y multa de 10 a 60 salarios mínimos mensuales.

Si una persona suplantaba a la autoridad pero con fines terroristas, por especialidad no se tipificaba la conducta del artículo 161 del C. P. de 1980, sino la

del Decreto Ley 180 de 1988. Empero, hoy tal norma no tiene existencia independiente, lo que no significa que se haya despenalizado la conducta: se constituye en una agravación del respectivo tipo cometido (art. 427 C. P. de 2000).

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Muy difícilmente se puede pensar en una causal de justificación.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Quien se arroga una función que sólo extraordinariamente puede ser adquirida, es porque de antemano conoce que su conducta se ubica en los supuestos de una prohibición (conciencia actual de lo injusto). De todos modos, por los medios utilizados, ya se encuentra alerta sobre la violación al ordenamiento jurídico y en consecuencia ante una conciencia eventual de la antijuridicidad.

No resulta compatible con el dolo eventual.

Muy difícilmente puede pensarse en un error de prohibición. Es factible cuando un particular ejerce funciones públicas sobre determinada materia y, creyendo en que puede realizar otras conexas por la estrecha vinculación con ellas, no siendo muy clara la norma y el convenio habilitante, se excede en ellas.

B. ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Disponía el Código Penal de 1980:

Artículo 162. El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de 1 a 2 años, e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

El Código Penal de 2000 señala en lo que hace referencia al abuso de función pública:

Artículo 428. *Abuso de función pública.* El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de 1 a 2 años, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 5 años.

La nueva reforma incrementa el término de inhabilitación, antes de interdicción, que es por 5 años. El Código Penal de 1980 hablaba de un término equivalente a la pena principal.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

Delimita, negativamente, desde dónde y hasta dónde se extienden las facultades de los servidores públicos en sus específicos cargos.

— SUJETO ACTIVO

Lo es el servidor público.

— SUJETO PASIVO

La conducta recae sobre el Estado como ente jurídico a quien se le garantiza, en función de los asociados, el bien jurídico Administración Pública.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

El bien jurídico protegido es la Administración Pública. Sufre mengua por deformación del instituto funcional.

El abuso de función pública “garantiza las competencias diversas que se imponen por la división de funciones en la Administración Pública, evitando con ello el desorden y la irresponsabilidad”⁴, por tanto garantiza el cumplimiento del inciso 1.º artículo 122 en armonía con el 6.º de la C. N.

— OBJETO MATERIAL Y ELEMENTO NORMATIVO

El objeto material es fenomenológico, pues la conducta recae sobre la función arrogada.

Este es un tipo “plagado de elementos normativos”. Es el desbordamiento en el ejercicio de la función pública lo que se sanciona en esta disposición. El legislador quiere que el servidor público se mantenga dentro de sus precisos límites jurídicos y que no ejerza funciones distintas de aquellas para cuyo ejercicio está expresamente facultado, esto es, “en el abuso de función pública el

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 13 de febrero de 1991, M. P.: DIDIMO PÁEZ VELANDIA, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 1991, 1.ª sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 28.

servidor hace abstracción de su ámbito de facultades realizando función oficial que legalmente no le corresponde”⁵.

Como circunstancia de modo, el tipo se refiere al “abuso del cargo”. Nos parece un tanto innecesaria esta circunstancia, pues desde un plano objetivo, por lo menos, todo ejercicio ilegal de funciones públicas por parte del servidor público supone un abuso del cargo.

— CONDUCTA Y ELEMENTO NORMATIVO

La acción consiste en realizar funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan.

La expresión “función diversa de la que legalmente le corresponda” se constituye también en un elemento normativo del tipo de carácter jurídico, toda vez que, teniendo como parámetro el ordenamiento jurídico, debe el funcionario judicial determinar si el servidor público se excedió o no en sus facultades jurídicas.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Este delito solo puede ser realizado en forma dolosa. Es decir que para su completa existencia se requiere que el sujeto activo sepa que está ejerciendo una función para cuyo ejercicio no está legalmente facultado (aspectos volitivo y cognoscitivo del dolo). Puede presentarse entonces un error sobre el tipo si el agente se equivoca sobre uno de los ingredientes normativos (la existencia misma de la facultad legal).

Creemos que es factible el dolo eventual siguiendo los mismos derroteros sentados cuando se trató el prevaricato.

El que tal conducta se roce muy cercanamente con la del prevaricato hace que las reglas de éste, en términos generales, salvo las particularidades aquí señaladas, le sean aplicables.

c. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Se aplican, *mutatis mutandi*, las mismas reglas sentadas en el prevaricato.

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Decisión del 17 de mayo de 2000, M. P.: CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, año 2000, 1.^{er} sem., Editora Jurídica de Colombia, p. 171.

2. CONCURSO DE DELITOS

Este aspecto del delito plantea el problema de las relaciones entre esta conducta punible y otros ataques al bien jurídico de la Administración Pública. En primer lugar, en lo tocante al abuso de autoridad, recordemos que una de las modalidades de este delito se da cuando el empleado comete acto arbitrario e injusto "excediéndose en el ejercicio de las funciones". Este exceso puede darse en dos sentidos: bien porque se ejerce mal una específica función, o porque se ejerce una que no se tiene. En este último caso se plantearía un concurso aparente entre las dos normas, que se resolvería a favor del abuso de función pública en virtud de que, como ya se explicó, el tipo de abuso de autoridad es de aplicación subsidiaria.

Respecto del prevaricato, la Corte Suprema de Justicia consideró, en decisión mayoritaria, que si el acto ilegalmente ejecutado no está dentro de la órbita de competencia del servidor público, se tipifica el delito de abuso de función pública y no aquel. Dijo la Corte:

La diferencia fundamental entre los tres delitos (prevaricato, abuso de autoridad y usurpación de funciones por parte del empleado oficial) puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato este acto es ilegal, no importa quién lo ejecute. Lo que existe entre estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras en ésta, como queda dicho, se está ejerciendo una función que no compete al agente, en aquellos éste obra dentro de su función pero abusando de ella. Porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala, apartándose de los procedimientos que ella ha establecido⁶.

En decisión posterior, referente al mismo caso, añadió la Corte:

Cuando la conducta juzgada traspasa los ámbitos de la propia competencia para entrar en la de otra autoridad, esto es, no se limita a un simple exceso de las propias funciones, sino a la asunción de las que corresponden a otro órgano del Estado, se está frente al ilícito que se menciona, o sea el de usurpación de funciones. A lo dicho en esa decisión cabe añadir que el comportamiento constitutivo del delito que se acaba de mencionar consiste siempre en la ejecución de un acto atribuido expresamente a otra autoridad⁷.

6 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 22 de abril de 1982.

7 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Auto del 16 de junio de 1982.

Queda claro que "hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación funcional"; concurso aparente que se soluciona en favor del prevaricato por ser de "mayor riqueza descriptiva"⁸.

En fallo más reciente afirmó:

La solución a este problema resulta difícil, frente a los elementos que son comunes y hacen, para calificar un caso como el analizado, muy cercanos en su descripción los tipos de conducta previstos por los artículos 149 y 162 del C. P. de 1980, esto es, el prevaricato por acción y el abuso de función pública [...]

Evidentemente, en ambos casos se requiere actuación dolosa; el bien jurídico protegido es el mismo; la funcionaria investigada, como juez de la República en desempeño de su labor oficial, es sujeto pasivo calificado para incurrir en cualquiera de estos dos tipos penales y, en efecto, realizó una conducta activa funcionalmente contraria a derecho, pues admitió una demanda de ejecución y decretó las primeras medidas inherentes, contra el municipio de [...] ente territorial que, al tenersele como parte, hace transferir al juzgado civil del circuito la competencia que normalmente tendrían, tratándose de procesos de menor cuantía, los estrados civiles o promiscuos municipales, como el de la encausada (art. 16 CPC, modificado num. 6 art. 1.º Dcto. E. 2282 de 1989).

Conviene empezar a precisar que mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde.

Observando el caso concreto, obra acusación contra la funcionaria de haber actuado en forma contraria a Derecho, pero esa actuación está circunscrita al posible abuso cometido, cuando desde su posición como juez promiscuo municipal realizó una función pública expresamente adscrita a la competencia de un despacho de diferente jerarquía. Resulta que ese proceder tachado de ser manifiestamente ilegal, que encontraría adecuación típica en el artículo 149 del Decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, también la halla de manera más específica y en ajustado detalle en la previsión del 162 ibíd., cuya aplicación debe preferirse por su mayor riqueza descriptiva ante el caso concreto, para superar de esta manera el concurso aparente de tipos.

Aparte de lo expresado por esta Sala en la providencia de fecha abril 22 de 1982, proceso 26.373, M. P.: LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, texto allegado a este expediente por

8 Providencias del 13 de junio y 19 de octubre de 1989, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, reiteradas por sentencia del 13 de febrero de 1991, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.

el señor defensor, se encuentra particularmente ilustrativo lo resuelto el 13 de febrero de 1991, segunda instancia, n.º 5466, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA, al expresar que el juez que trasciende los límites de su jurisdicción ciertamente abusa de la función pública. Y agrega:

“... hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifestamente ilegal, aunque haya habido extralimitación funcional”.

A contrario sensu, si el funcionario que abusa de su cargo al asumir una labor que no le corresponde y desarrolla ésta de manera acorde a lo estatuido o, en otras palabras, tal como lo haría lícitamente el competente, sólo está incurriendo en el abuso de función pública. Queda claro que “hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifestamente ilegal aunque haya habido extralimitación funcional”; concurso aparente que se soluciona en favor del prevaricato por ser de “mayor riqueza descriptiva”⁹.

Esta corporación volvió a pronunciarse de manera correlativa el 14 de septiembre de 1995¹⁰, para considerar que si bien la conducta allí investigada “contiene algunos elementos que en un momento dado permitirían enmarcarla en la figura del prevaricato por acción, es cierto también que el hecho imputado se subsume de manera amplia y correcta dentro de la descripción del delito de abuso de función pública”; luego efectuó un recuento jurisprudencial y sobre la evolución normativa concluyó:

De manera que el ataque al bien jurídico de la Administración Pública, en tanto tiene que ver únicamente con formas comisivas que implican usurpación o ejercicio de funciones públicas que no se tienen, encuentra concreta y precisa adecuación en las disposiciones del capítulo IX del título III del Código Penal de 1980, a diferencia de cuando no solo se abusa de la función sino que también se prevarica, caso en el cual este punible comprende el primero.

Acertó entonces el tribunal en la decisión recurrida, al señalar que el abuso de función pública se tipifica al actuar donde no se tiene competencia, mediante comportamiento que puede ser desarrollado lícitamente por el empleado que tiene facultad para ello; en cambio, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, como bien lo pone de resalto el defensor, el acto es ilegal, no importando qué funcionario lo ejecuta.

Cabe destacar que el mandamiento de pago librado contra el municipio de [...] por la doctora [...] como juez promiscuo municipal, mediante providencia de fecha 23 de julio de 1991, ni en su forma, ni en su oportunidad, ni en su contenido aparece reprochado

9 Providencias del 13 de junio y 19 de octubre de 1980, M. P.: ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS. Reiteradas por sentencia del 13 de febrero de 1991, M. P.: DÍDIMO PÁEZ VELANDIA.

10 Sentencia de única instancia, 10.131, M. P.: CARLOS E. MEJÍA ESCOBAR.

como manifiestamente contrario a la ley, y por consecuencia adecuado en el tipo de prevaricato por acción (art. 149 C. P. de 1980); esa medida no ha sido cuestionada por la juridicidad de lo dispuesto y la tacha se ha desenvuelto exclusivamente sobre la falta de competencia de la funcionaria que la profirió, como se aprecia inclusive en las consideradas argumentaciones de la procuradora recurrente ("así su decisión hubiere sido correcta en cuanto a que en la misma forma habría procedido el competente").

El elemento generador de la acción típica estuvo entonces determinado por la indebida asunción de competencia para tramitar el asunto, que por disposición del artículo 16.1 del CPC le estaba adscrito en primera instancia al conocimiento exclusivo de los jueces civiles de circuito, en razón de ser el ejecutado un ente de derecho público de los allí enumerados —un municipio—, arrogación anormal de competencia que devino en la posible realización de funciones públicas diversas de las que legalmente le corresponden (art. 162 C. P. de 1980).

Corolario de todo lo anterior resulta afirmar que se está frente a un típico abuso de función pública¹¹.

A nuestro juicio, el criterio diferenciador no puede ser el de la competencia, sino el de la oposición manifiesta con la ley. En efecto, un servidor público puede cumplir funciones que no le correspondan, pero dentro de un marco formalmente legal. La falta de competencia puede ser, en cambio, uno de los factores que integren la "ilegalidad" del acto para los efectos del prevaricato. Tal sería el caso de un secretario judicial que decide calificar el mérito del sumario sin tener competencia para ello. En esta hipótesis surgiría no el delito de abuso de función pública, sino el de prevaricato, pues una providencia en tal sentido sería manifiestamente contraria a la ley.

De modo que, en el caso examinado, el delito de abuso de función pública se consuma cuando el funcionario crea las condiciones falsas para hacer aparecer como propia la función que no le corresponde, esto es, una vez descarta arbitrariamente los hechos punibles de rebelión y/o transporte de armas de fuego y municiones. Sin embargo, como la exclusión de dichas hipótesis se hizo dentro de una resolución y de manera manifiestamente contraria a la ley, pues se desconocieron las pruebas e indicativos que las sugerían seriamente como reales, se tiene que por dicho medio el acusado no sólo desbordó la competencia sino que profirió una decisión abiertamente contraria a derecho, lo cual mostraría la concurrencia de los delitos de abuso de función pública y prevaricato por acción, pero en un concurso que es sólo aparente y se resuelve con la aplicación exclusiva de esta última figura, porque ella consume todo el desvalor de

11 Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Fallo del 19 de septiembre de 1996, M. P.: NILSON PINILLA PINILLA.

injusto de la primera, ya que asumir arbitrariamente una función pública sería una de las variadas formas de actuar de manera manifiestamente contraria a la ley.

Alguna parte de la doctrina y también jurisprudencia ya superada de esta misma Sala expone que solamente puede prevaricar el que tiene la función, "porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que éste señala, o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido" (auto del 22 de abril de 1982).

Tener la función concreta (que se desvía) no es un elemento normativo del tipo penal de prevaricato por acción (explícito), ni tampoco un supuesto lógico del mismo (ingrediente implícito), pues basta que el sujeto activo sea un servidor público con capacidad funcional para dictar resoluciones o proferir dictámenes (art. 149 C. P. de 1980). En efecto, la aplicación torcida del Derecho, que es de la quintaesencia constitutiva del delito de prevaricato por acción, se logra no sólo cuando el competente emite la resolución cuyo contenido riñe abiertamente con la ley, sino, con mayor razón, porque es aún más álgida la contradicción a la legalidad en el evento en que el funcionario se vale del medio de arrogarse una función que le es extraña precisamente con el definido propósito de adoptar una decisión manifiestamente contraria a la ley.

Aquí, para efectos del delito de abuso de función pública, era suficiente establecer que los informes y pruebas sugerían seriamente hipótesis delictivas de competencia instructiva correspondiente a los fiscales regionales y que, a pesar de ello, el exfiscal seccional acusado optó por resolver la situación jurídica de los sindicatos como si fuera su cometido legal y sin reconocer facultades ajenas. Sin embargo cuando el funcionario avanza y expresamente, dentro de la respectiva providencia, descarta la ocurrencia de aquellos delitos, en contravía de lo que palmariamente le indicaba la prueba, ha cometido el delito de prevaricato por acción que, por su mayor comprensión, consume el grado de injusto del primero.

Esta resolución del concurso aparente de delitos, por caso similar, la expuso la Sala en el auto del 25 de abril de 1995, tal como sigue:

Sobre el tema de fondo propuesto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones (13 de junio y 19 de octubre de 1989, con ponencia del magistrado SAAVEDRA ROJAS; y 13 de febrero de 1991, actuando como ponente el magistrado PAÉZ VELANDIA), en las cuales ha concluido que el concurso aparente que se presenta cuando se prevarica abusando de la función pública se soluciona aplicando la norma que tipifica el prevaricato, que es la de mayor riqueza descriptiva [...]

Si la decisión tomada hubiera sido legal se habría tipificado únicamente el abuso de función pública (abuso de autoridad, se sostiene ahora), pero como además ese acto sirvió para hacer un pronunciamiento contrario a la ley, todo el comportamiento se subsume dentro del tipo de prevaricato por acción, tal como acertadamente lo calificó

la Fiscalía. La evidente falta de competencia es un elemento más de la ilegalidad de la providencia, y un factor a tener en cuenta para demostración de la intención con que actuó al continuar conociendo del asunto¹⁰.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Muy difícilmente admisible. Excepcionalmente podría pensarse su posibilidad en los mismos casos señalados para el prevaricato.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Reiteramos, por la similitud con el prevaricato, que aun cuando éste es más rico descriptivamente aquí se aplican sus reglas, guardadas las específicas diferencias.

C. SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO

Este tipo no figuraba en el Código Penal de 1936.

El Código Penal de 1980 lo tipificaba así en su artículo 163:

El que únicamente simulare investidura o cargo público, o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en arresto de 6 meses a 1 año.

La pena se aumentará hasta en una tercera parte, si para cometer el hecho el agente utilizare uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública.

Frente al tipo penal de simulación de investidura o cargo el Código Penal de 2000 dispone:

Artículo 426. *Simulación de investidura o cargo.* El que únicamente simulare investidura o cargo público, o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en multa.

Las modificaciones que se introducen por la reforma en relación con este tipo son las siguientes:

1. Se suprime la pena de arresto; la conducta sólo será sancionada con multa.
2. Se elimina la circunstancia de agravación relacionada con la utilización de uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública, a la que se refiere el Código vigente.

La disposición, redactada a continuación de las relativas a usurpación de funciones públicas y abuso de función pública, y con la expresión "únicamente", indica que la conducta aquí descrita no tiene que referirse al ejercicio ilegal de funciones públicas, ni por parte del particular ni del servidor público.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

Delimita el cómo, cuándo, desde dónde y hasta dónde un particular o un servidor público pueden afectar "externamente" al bien jurídico tutelado.

- SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es indeterminado. Puede ser un particular o un servidor, público, siempre y cuando no ejerza la función sino que se limite a "simular" el cargo o la investidura que realmente no tiene.

- SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular del bien jurídico Administración Pública.

- OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Protege el bien jurídico de la Administración Pública. Con dicho comportamiento se produce una deformación del instituto personal.

Tal deformación del instituto personal debe ser de tal entidad que sea apta para perturbar los intercambios anónimos propios de los contactos de los ciudadanos con las autoridades y de éstas entre sí.

- OBJETO MATERIAL Y ELEMENTO NORMATIVO

Se trata de un objeto material fenomenológico: el cargo público o la función pública que se simulare.

La connotación de "cargo público" y de "función pública" es de naturaleza normativa. Se precisan de conformidad con el ordenamiento jurídico tal como se ha tratado en la parte general integral.

- CONDUCTA

La conducta está dada por el verbo simular, esto es, dar apariencia de algo. También por el verbo fingir, que significa hacerse pasar por alguien.

Aun cuando se trata de un tipo compuesto alternativo, por cuanto contempla como conductas independientes la simulación de investidura o cargo, o fingir pertenecer a la fuerza pública, en verdad la primera modalidad comprende la segunda. En

efecto, el ejercicio de la "fuerza pública" corresponde a una "función pública", y por tanto el fingir que se pertenece a ella es una forma de simular investidura o cargo.

Se simula investidura o cargo cuando —sin ejercer función alguna— se da a entender a los demás que se tiene una dignidad o cargo oficial, mediante manifestaciones externas, objetivamente creíbles. Tal el caso de quien se presenta como ministro, gobernador, magistrado o alcalde, por el solo placer de disfrutar de atenciones, interesada y habitualmente rendidas a quienes se considera poderosos por esta razón. En la picaresca colombiana se tiene un ejemplo de este delito en la actitud de un seminarista de Garzón que hace varios años "se hizo pasar" por embajador de la India y como tal fue objeto de múltiples homenajes y agasajos por parte de las autoridades y la sociedad huilenses.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Como nadie simula o finge comportamientos manifiestamente inadecuados socialmente, cuando ello sucede, por lo general nos encontramos ante delitos medios para lograr delitos fines. Ello implica necesariamente el dolo directo, esto es, saber que se está en presencia de una simulación o un fingimiento de cargo o función pública y querer realizar la acción.

De allí que, como se trata de un delito medio, es muy difícil pensar en un error de tipo.

2. CONCURSO DE TIPOS PENALES

Este delito puede concurrir efectivamente con el de estafa, si la simulación de la investidura o cargo ha sido precisamente la circunstancia de modo utilizada por el agente para inducir en error al sujeto pasivo y de esta forma obtener un provecho ilícito.

Por eso el Código dice que se aplica esta norma si el agente "únicamente" simula investidura o cargo. Pero si lo hace para obtener un provecho económico, surge entonces un concurso efectivo de tipos.

Esta misma razón nos permite afirmar que la norma comentada resulta inútil. Ya vimos que si se ejerce la función surge otro delito. Si se utiliza como medio engañoso se tipifica el delito de estafa. Recordemos que en otras legislaciones —en las que se especifica el medio engañoso en la estafa— se señala precisamente el de la simulación de investidura o cargo.

Si el agente no simula la investidura o cargo para el ejercicio de la función o para obtener un provecho indebido, bien podría decirse que se está en presencia de una causal de inimputabilidad. Puede ocurrir que alguien con una frustrada vocación militar utilice en su casa o aun en la calle prendas o insignias de sargento

o de coronel. En situaciones como ésta en verdad no resulta afectado el bien jurídico de la Administración Pública. El autor de tales comportamientos debería ser sometido a un tratamiento psiquiátrico, y no penitenciario.

3. CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Es factible pensar en un estado de necesidad por razones económicas. Así mismo, es posible, para rechazar una injusta agresión, esgrimir, simulada o fingidamente, un cargo o función pública.

4. CULPABILIDAD Y ERROR DE PROHIBICIÓN

Quien simula cargo público o investidura siempre lo hace como medio para obtener fines que no son posibles de obtener de conformidad con las conductas ajustadas a lo lícito. Por tanto, saben de antemano que proceden contra derecho y ello genera conciencia actual de lo injusto; pero también, dado el comportamiento evidentemente salido de lo adecuado socialmente, desviado de los más mínimos parámetros de conducción de la vida de interacción social, ya el sujeto se encuentra alerta sobre lo ilícito de su conducta y si no se cerciora de ello, para motivarse más firmemente por el camino alternativo conforme a lo justo, se procede con conciencia actualizable o eventual de la antijuridicidad.

Resulta difícil, por lo manifiestamente inadecuado socialmente de la conducta, pensar en un error de prohibición.

Es posible actuar determinado por una insuperable coacción ajena dada nuestra realidad de violencia, donde en su contexto se utiliza frecuentemente al ser humano como medio para conseguir protervos fines.

D. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN

De otra parte el nuevo Código Penal crea una circunstancia de agravación para los tipos penales de usurpación de funciones públicas y simulación de investidura o cargo cuando la conducta se realiza con fines terroristas:

Artículo 427. *Circunstancia de agravación punitiva.* Las penas señaladas en los anteriores artículos serán de 1 a 4 años cuando la conducta se realice con fines terroristas.

La experiencia enseña que no pocas veces quienes se dedican al macabro oficio del terrorismo utilizan como medio o instrumento para facilitar sus acciones y evadir los controles de seguridad la usurpación de funciones públicas o la simulación de cargo o funciones públicas.

CAPÍTULO UNDÉCIMO
Delitos contra los servidores públicos

I. NOCIÓN

La protección al bien jurídico de la Administración Pública no sería completa si no comprendiera también a sus agentes. El objetivo de esta protección es que la función pública se ejerza no sólo dentro de los marcos legales, sino libre de toda presión; como lo señala MAGGIORE, "Objeto de esta incriminación es la necesidad de proteger contra la agresión de los particulares, de un modo inmediato, la libertad del funcionario, y de modo mediato, la libertad del Estado que se sirve del funcionario para alcanzar sus fines"¹.

La función pública como tal puede ser ejercida en forma individual o corporativa. Para cada caso existe un tipo especial.

II. CLASES

A. VIOLENCIA CONTRA SERVIDOR PÚBLICO

El primero era el contenido en el artículo 164 del C. P. de 1980 bajo el título de "violencia contra servidor público":

El que ejerza violencia contra servidor público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de 1 a 3 años.

En relación con la violencia contra servidor público el nuevo Código Penal establece:

Artículo 429. *Violencia contra servidor público.* El que ejerza violencia contra servidor público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de 1 a 3 años.

Ninguna modificación presenta la reforma frente a este tipo penal.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

— SUJETO ACTIVO

El sujeto activo es indeterminado. Puede ser un particular o un servidor público que ejerza violencia contra otro.

¹ MAGGIORE. *Derecho penal*, cit., t. II, p. 244.

— SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo sigue siendo el Estado como titular del bien jurídico principalmente protegido, es decir, la Administración Pública.

También se protegen otros bienes jurídicos, como la libertad del funcionario.

La Administración Pública sufre menoscabo por deformación en el instituto personal. Se trata de una lesión externa al bien jurídico.

La jurisprudencia apreciaba:

El delito contra funcionarios "no toma en cuenta la lesión del interés jurídico tutelado (en este caso la Administración Pública), sino solamente la situación de peligro para ese bien amparado penalmente, vale decir, la sola posibilidad o probabilidad de daño (delito de peligro)² [...] Lo que aquí se protege no es otra que la autonomía de los servidores de las diferentes ramas del poder público, en cuanto a la ejecución de los actos propios de su cometido³.

El objeto de esos preceptos es el de garantizar, en forma general, el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y, en especial, la libre determinación de la voluntad del funcionario o empleado público en el desempeño de sus funciones"⁴.

— OBJETO MATERIAL

Se trata de un objeto material personal: el servidor público sobre quien recae la violencia.

— CONDUCTA

El verbo rector es ejercer violencia. Esa violencia puede ser física o moral (amenaza). La amenaza puede dirigirse directamente en relación con el servidor, o respecto de un allegado al agente de la Administración.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El ingrediente subjetivo del tipo es el que justifica la inclusión de esta conducta dentro del capítulo estudiado. La violencia ejercida contra el servidor público

² Corte Suprema de Justicia Sala Penal. xcv, 1961, p. 231.

³ Corte Suprema de Justicia Sala Penal. xciii, 1960, pp. 7 y 8.

⁴ Corte Suprema de Justicia Sala Penal. LXXVI 1953, pp. 697 y ss.

debe estar dirigida a obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales.

En el primer evento se obliga al funcionario a ejecutar un acto formalmente legal.

En el segundo se le obliga a ejecutar un acto indebido.

En ambos casos se afecta la libertad de determinación del agente del Estado.

No se presenta este delito si la violencia contra el servidor público se ejerce con una finalidad distinta. No siempre que se ejerce violencia contra un funcionario público en ejercicio de sus funciones se comete este delito. Si aun dentro de ese contexto se golpea al servidor público por motivos de orden personal, no se tipifica este delito contra la Administración, aun cuando bien puede estructurarse otro.

Como en todos los casos de tipo con ingrediente subjetivo, no es necesario que el agente logre el propósito buscado para que el hecho se tipifique. El delito se consuma cuando se ejerce la violencia, con la finalidad indicada, aun cuando no se logre; por tanto, la tentativa de causar daño se constituye ya en un tipo consumado.

El dolo consiste en saber que se está ejerciendo violencia contra un servidor público y querer llevarla a cabo.

Sólo cabe el dolo directo, puesto que el ingrediente subjetivo excluye el eventual, toda vez que al perseguirse algo resulta evidente que ello tiene que ser conocido como fin y por tanto también necesariamente los medios.

Es muy difícil la estructuración de un error de tipo por las mismas razones anteriores.

2. APARENTE CONCURSO

La Corte Suprema afirmaba: "... si la violencia ejercida constituye otro delito, como lesiones u homicidio, entonces habría un concurso formal de delitos y habría que aplicar la sanción correspondiente al delito más grave, aumentada en una tercera parte"⁵.

Se presentaría un concurso aparente con el tipo de constreñimiento ilegal previsto en el artículo 182 del C. P. de 2000. Dispone esta norma:

El que, fuera de los casos especialmente previstos como delito, constriña a otro a hacer, tolerar u omitir alguna cosa, incurrirá en prisión de 1 a 2 años.

5 Corte Suprema de Justicia Sala Penal. LXXVI, 1953, pp. 697 y ss.

Es evidente que cuando se ejerce violencia contra servidor público se obliga a alguien a algo. La diferencia surge en cuanto al destinatario de la violencia (servidor público en un caso y particular en otro), al ingrediente subjetivo del tipo (que no existe en el caso del constreñimiento ilegal) y respecto del bien jurídico protegido (Administración Pública). Por estas razones se resolvería el concurso aparente en favor del tipo de violencia contra servidor público, en virtud del principio de la especialidad.

Hay que anotar que el Decreto 180 de 1988 en sus artículos 29 a 36 había tipificado, como conductas que atentan contra los servidores públicos, los delitos de homicidio y lesiones personales con fines terroristas, siendo adoptadas como legislación permanente por medio del Decreto 2266 de 1991, artículo 4.º. Decía la norma:

Artículo 29. *Homicidio con fines terroristas*. El que con fines terroristas diere muerte a un magistrado, juez, gobernador, intendente, comisario, alcalde posesionado o simplemente elegido, personero o tesorero municipales, o miembro principal o suplente del Congreso de la República, de las asambleas departamentales, de los consejos intendenciales, de los consejos comisariales o de los concejos municipales o del Distrito Especial de Bogotá, Presidente de la República, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, ministro del Despacho, jefe de Departamento Administrativo, candidato, dirigente político, dirigente de comité cívico o gremial, periodista, profesor universitario, directivo de organización sindical, miembros de las fuerzas militares, Policía Nacional o de organismos de seguridad del Estado, cardenal primado, agente diplomático o consular, arzobispo u obispo, incurrirá en prisión de 15 a 25 años y multa de 50 a 200 salarios mínimos mensuales.

Artículo 31. *Lesiones personales con fines terroristas*. El que con fines terroristas cause daño físico o moral a alguna de las personas mencionadas en el artículo 29 del presente decreto, incurrirá en las siguientes penas:

Si el hecho produjo incapacidad para trabajar o enfermedad que no pase de 30 días, la pena será de 2 a 4 años de prisión y multa de 5 a 20 salarios mínimos mensuales.

Si la incapacidad o enfermedad pasare de 30 días, sin exceder de 90 días, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

Si la incapacidad o enfermedad excediere de 90 días la pena se aumentará en dos terceras partes.

El Decreto Legislativo 261 de 1988 agregó los funcionarios del Ministerio Público a la lista de personas que podían ser consideradas como sujeto pasivo del homicidio y las lesiones personales con fines terroristas.

Finalmente, la Ley 40 de 1993 creó el numeral 8 artículo 324 del C. P. de 1980. En estos casos el concurso aparente se resolvería a favor del comportamiento tipificado en los artículos 328 numeral 8 y 339 del C. P. —homicidio o lesiones personales agravadas—, teniendo en cuenta que tendrían mayor riqueza descriptiva, pues en ellos se sanciona la conducta del que mate o lesione a quien tenga o haya tenido la calidad de servidor público, por causa o motivo de su cargo o por razón de sus funciones y con fines terroristas.

El artículo 8.º del Decreto 2790 de 1990 establecía:

Artículo 8.º. Modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 099 de 1991. Para todos los efectos de ley, los artículos del Decreto Legislativo 2790 de 1990 que se incluyen quedarán así: Los delitos de constreñimiento ilegal, tortura homicidio y lesiones personales que se cometan en alguna de las personas relacionadas en el numeral 1 del artículo 6.º del presente estatuto, por causa o por motivo de sus cargos o dignidades o por razón del ejercicio de sus funciones, estarán sujetos a pena de prisión de 15 a 25 años, y multa de 50 a 200 salarios mínimos legales mensuales.

El comportamiento se tipificaba en esta disposición, desde que se reunieran todos los requisitos.

El Código Penal de 2000 no crea un tipo especial igual a los antes señalados, sino que, desde la perspectiva del manejo tipo básico-subsidiario, contempla como agravante del homicidio y las lesiones personales cuando la conducta recae sobre persona que “sea servidor público” (arts. 104 num. 11 y 119). Igual sucede respecto del delito de tortura (num. 4 art. 179).

En relación con el constreñimiento ilegal no se admitió dicho agravante (art. 183 Ley 599 de 2000).

En cambio, tratándose del desplazamiento forzado sí se contempló como agravante la condición de “servidor público” (num. 1 art. 181 *ibíd.*).

Otra norma que se debía tener en cuenta era la contemplada en el artículo 26 del Decreto 180 de 1988, adoptada como legislación permanente por el artículo 4.º del Decreto 2266 de 1991. Decía:

Amenazas personales o familiares. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento, atemorice, amenace o cause alarma, zozobra o terror en persona o familia, incurrirá por este sólo hecho, en prisión de 1 a 4 años de prisión y multa de 5 a 25 salarios mínimos mensuales.

Si la persona amenazada o intimidada, fuere funcionario público perteneciente a la rama jurisdiccional o al Ministerio Público o sus familiares, la pena se aumentará en una tercera parte.

El Código Penal de 2000, en su artículo 347, consagró el tipo de amenazas de la siguiente forma:

Amenazas personales o familiares. El que por cualquier medio apto para difundir el pensamiento atemorice o amenace a una persona, familia, comunidad o institución, con el propósito de causar alarma, zozobra o terror en la población o en un sector de ella, incurrirá, por ésta sola conducta, en prisión de 1 a 4 años de prisión y multa de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la amenaza o intimidación recayere sobre un servidor público perteneciente a la rama judicial o al Ministerio Público o sus familiares, en razón o con ocasión del cargo o función que desempeñe, la pena se aumentará en una tercera parte.

En esta hipótesis, si la violencia contra el servidor público es ejercida mediante amenazas (violencia moral), la disposición que se aplicaría sería la descrita anteriormente siempre y cuando tenga relación con el cargo o las funciones.

B. PERTURBACIÓN DE ACTOS OFICIALES

La protección al ejercicio "corporativo" de la función pública aparecía en el artículo 165 del C. P. de 1980:

El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma, o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones, o deliberaciones, incurrirá en arresto de 6 meses a 2 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 4 años.

El nuevo Código Penal, en su artículo 430, consagró similar tipo penal así:

El que simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma, o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en multa.

Se suprimió el medio violento y la pena se rebajó cuantitativa y cualitativamente.

Cuando por medio de violencia se trate de impedir o perturbar reunión o ejercicio de funciones de autoridades públicas, o se pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones se configurará, según se trate de conducta tentada o consumada, un delito de violencia contra servidor público.

I. TIPICIDAD

a. TIPO OBJETIVO

— SUJETO ACTIVO

El sujeto activo puede ser un particular o un servidor público. La acción puede ser realizada por una o varias personas.

— SUJETO PASIVO

El sujeto pasivo lo es el Estado, titular del bien Administración Pública, entendido el concepto en sentido amplio.

— OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

La Administración Pública se ve afectada por la deformación del instituto funcional.

Se trata de una afectación externa del bien jurídico.

— OBJETO MATERIAL

El objeto material es fenomenológico: la conducta recae sobre la función pública legítima que llevan a cabo los entes públicos mencionados.

— CONDUCTA

El tipo contiene dos conductas claramente delimitadas:

a. Tratar de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas.

b. Pretender influir en sus decisiones o deliberaciones.

En ambas hipótesis no se está sancionado el resultado sino la intención.

Impropiamente podría decirse que se trata de una sanción por tentativa.

Impedir es evitar que algo ocurra. En cambio perturbar es poner trabas o dificultades a un evento. Los dos verbos pueden referirse a la reunión misma (paso previo) o al ejercicio mismo de las funciones públicas.

Las corporaciones o autoridades a que se refiere la norma son, entre otras, el Congreso de la República, las asambleas, los concejos, el Consejo de Ministros, las juntas directivas de las entidades descentralizadas, la Corte Suprema

de Justicia, los tribunales superiores de distrito y los jueces unipersonales en general, etc.

Las circunstancias de modo son las que en cierta forma nutren de ilicitud el comportamiento. En efecto, pretender influir en las decisiones o deliberaciones de una corporación o autoridad judicial, legislativa o administrativa es legítimo si se hace por medios lícitos. Las circunstancias de modo, que convierten el comportamiento en ilegítimo, son las siguientes: a. La simulación de autoridad; b. La invocación falsa de orden de autoridad, y c. Cualquier medio engañoso.

En términos generales podrían resumirse estas circunstancias de modo en una sola: el engaño.

Por la naturaleza misma de la acción no es concebible la tentativa.

b. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El dolo consiste en conocer que se está impidiendo o perturbando la reunión o el funcionamiento de las autoridades mencionadas o que se influye en sus decisiones o deliberaciones, queriendo llevar a cabo su realización.

El dolo eventual es posible si se llevan a cabo actos modales de los mencionados sin conocer la efectiva realización de la conducta censurada, pero aceptando, sin que ello sirva para detenerse, que probablemente se va a impedir o perturbar la reunión o el funcionamiento de autoridad pública. Influir en las deliberaciones o decisiones sí es conducta finalísticamente orientada que excluye el dolo eventual.

CAPÍTULO DUODÉCIMO

*De la utilización indebida de información y de influencias
derivadas del ejercicio de función pública*

El Código Penal de 2000 creó un nuevo título dentro del capítulo de delitos contra la Administración Pública denominado "De la utilización indebida de información y de influencias derivadas del ejercicio de función pública".

Se crean cuatro nuevos tipos penales:

1. Utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de función pública.
2. Utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de función pública.
3. Soborno transnacional.
4. Asociación para la comisión de un delito contra la Administración Pública.

Este capítulo tiene como finalidad específica proteger a la Administración Pública de actuaciones realizadas por personas que, pese a no encontrarse vinculadas a ella, en el momento que realizan la conducta obtienen provecho al utilizar la información o influencias conseguidas o derivadas de la función pública desempeñada. Es por ello que se penaliza la utilización indebida de información obtenida en el ejercicio de la función pública y la utilización indebida de influencias derivadas del ejercicio de la función pública.

I. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFORMACIÓN OBTENIDA EN EL EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 431. El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año inmediatamente anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, información obtenida en calidad de tal y que no sea objeto de conocimiento público, incurrirá en multa.

A. TIPICIDAD

Se busca combatir una muy extendida práctica de ex servidores públicos, quienes, muy pronto después de dejar el cargo, se van a trabajar dependiente o independientemente a otras entidades o empresas públicas o privadas donde de alguna forma se aprovechan de una información que resulta restringida por su propia naturaleza producto de una posición de privilegio que anteriormente ostentaban, colocándolos en situación de ventaja frente a los demás ciudadanos.

I. TIPO OBJETIVO

a. SUJETO ACTIVO

Lo es un particular o un servidor público que ocupando otro cargo, se desempeñó en un cargo público determinado del cual tiene información oficial que

no es objeto de conocimiento público. También puede darse respecto de un particular que ejercía funciones públicas.

El vínculo de especial sujeción que sujeta al servidor público a unos deberes especiales es tan intenso que se puede extender incluso más allá de su finalización formal, aunque temporalmente limitado.

b. SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular de la Administración Pública.

c. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

La Administración Pública se ve afectada por deformación del instituto jurídico.

Se trata de una afectación interna-externa del bien jurídico: "tiene como finalidad específica proteger a la Administración Pública de actuaciones realizadas por personas que a pesar de no encontrarse vinculadas a ella en el momento en que realizan la conducta, obtienen provecho al utilizar la información o influencias conseguidas o derivadas del ejercicio de la función pública desempeñada"¹.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que es característica del Estado de Derecho excluir "de suyo que la función pública sea utilizada de manera ilegal en provecho de intereses particulares o con exclusiones indebidas, o con favoritismo que reflejen privilegios no autorizados por la ley, o con ventajas obtenidas merced al uso de información a la que se tuvo acceso por razón de la calidad de servidor público". En consecuencia, con la imposición de deberes a quienes incluso ya han dejado sus cargos y/o funciones en la Administración Pública se busca la "guarda de la moralidad administrativa, de la igualdad ante la ley, de la imparcialidad y de la transparencia de la función pública"².

d. OBJETO MATERIAL

Lo es de carácter fenomenológico: la información oficial obtenida en ejercicio de las funciones que no sea de conocimiento público.

Tres elementos normativos caracterizan la nota jurídica del objeto material:

a. Que sea información oficial, esto es, relacionada con las funciones que la Carta Política, la ley o los reglamentos atribuya al Estado en su integridad. Se

¹ GÓMEZ MÉNDEZ. *Exposición de motivos*, cit., p. 66.

² Corte Constitucional. Sentencia C-893 de 2003.

ubican aquí las diferentes ramas del poder público y los órganos de control independientes, del nivel nacional, departamental y municipal, como de las entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

b. Que sea obtenida en ejercicio de la función que se desempeñó, es decir, que tenga relación directa o indirecta con las funciones que por Constitución, ley o reglamento se le ha asignado al cargo.

c. Que se trate de una información que no sea de dominio público. Esto es, se trate de información relacionada, por ejemplo, con la preparación de proyectos, estudios, investigaciones que por razón de la función sólo conocen los servidores públicos vinculados con su naturaleza por razón o con ocasión de la función.

No es, por tanto, cualquier información; por su naturaleza misma sólo puede serlo aquella que reúna las siguientes condiciones: a. Que sea apta para obtener un provecho propio o para un tercero; b. Que su utilización sea indebida al colocar en desventaja a quienes de alguna manera resulten competidores de quien desempeñó el cargo público.

e. CONDUCTA

La conducta es utilizar en provecho propio o de un tercero la información. No es utilidad necesariamente económica, aun cuando sea la más apetecida, pues puede ser de carácter profesional, gremial, personal, etc.

La conducta punible está condicionada temporalmente: debe tener ocurrencia durante un año después de dejado el cargo.

No admite la tentativa, pues los actos que están antes de la utilización son preparatorios y la utilización misma engloba simultáneamente los actos ejecutivos y consumativos, de manera tal que ya el tipo está consumado aun si efectivamente no se ha obtenido el provecho propio o para un tercero.

2. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se debe saber que la información es de carácter oficial, vinculada con la función que se ejercía y que la misma no es de dominio público, acompañada de la voluntad de utilizarla en provecho propio o de un tercero.

Puede configurarse un dolo eventual si, dudándose del carácter restringido de la información, esto es, que no pertenece al dominio público, el sujeto sigue adelante cualquiera que sea el resultado jurídico de su conducta. Es decir, muy a pesar de la duda, se estima probable la realización de la infracción y se deja librada al azar.

Para las demás categorías o subcategorías dogmáticas se aplican *mutatis mutandi* las reglas expuestas para el prevaricato por acción.

II. UTILIZACIÓN INDEBIDA DE INFLUENCIAS DERIVADAS DEL EJERCICIO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Artículo 432. El que habiéndose desempeñado como servidor público durante el año inmediatamente anterior utilice, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función cumplida, con el fin de obtener ventajas en un trámite oficial, incurrirá en multa.

A. TIPICIDAD

I. TIPO OBJETIVO

a. SUJETOS ACTIVO Y PASIVO

Predícase lo mismo que del tipo penal anterior. Empero, la posibilidad aquí de ser sujeto activo de quien como particular ejerció funciones públicas es mucho más clara, al separar nítidamente el ejercicio del cargo, de la función cumplida, como modalidades alternativas.

b. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Igual contenido y sentido del tipo del artículo 431 del C. P. Empero, aquí la afectación al bien jurídico se produce como consecuencia de una deformación del instituto funcional.

c. OBJETO MATERIAL Y ELEMENTO NORMATIVO

El objeto material es la función pública legítima, en los términos señalados en esta obra; en consecuencia, se trata de un objeto material fenomenológico.

d. CONDUCTA

La conducta consiste en utilizar influencias derivadas del ejercicio del cargo o función cumplida en el último año inmediatamente anterior.

Admite tentativa, puesto que siendo un tipo penal con ingrediente subjetivo, el propósito perseguido determina una serie de actos que comienzan con los ejecutivos que anteceden la utilización con fines de "obtener ventajas en un

trámite oficial". Ejemplo: estoy efectuando las propuestas a mis antiguos compañeros de trabajo para que me ayuden en conseguir rápidamente una licencia, con la cual pondré en funcionamiento un negocio antes de decretarse una expropiación, con el fin de obtener mayor indemnización pecuniaria, momento en el cual soy sorprendido sin llegar a cumplir la propuesta.

Pero para la consumación no se requiere más de la utilización, puesto que la materialización del elemento subjetivo no hace parte de la descripción típica, sino de lo que la doctrina ha llamado "agotamiento" del delito.

La conducta está condicionada temporalmente como ya se vio en el anterior tipo penal.

2. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Se caracteriza por la presencia de un elemento subjetivo del tipo: con el fin de obtener ventajas en un trámite oficial. Las ventajas pueden ser de cualquier índole, especialmente económicas.

El concepto de "trámite oficial" es de naturaleza normativa. Por tanto está mediado por la función pública que cumplen aquellos sobre quienes se lleva a cabo las influencias.

El dolo consiste en conocer los elementos del tipo y querer su realización, esto es, saber que se está llevando a cabo, voluntariamente, actos de utilización de influencias derivadas del ejercicio de un cargo o función pública desempeñada en el año inmediatamente anterior.

El elemento subjetivo del tipo descarta cualquier posibilidad de admisión del dolo eventual.

Resulta muy difícil admitir un error de tipo, toda vez que quien busca ventajas con la utilización de influencias, derivadas del ejercicio de un cargo o función antes desempeñados, por la interposición de tantos medios indebidos para conseguir un fin, conoce *per se* los mismos como propios e idóneos para llevar a cabo el acto. De todos modos, de presentarse, vencible o invencible, conduce a la impunidad.

En lo demás se siguen las reglas generales sentadas para el prevaricato en cuanto se atiendan las respectivas diferencias.

III. SOBORNO TRANSNACIONAL

Artículo 433. El nacional o quien con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas en el mismo, ofrezca a un servidor público de otro Estado, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad a cambio de que

éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial, incurrirá en prisión de 6 a 10 años y multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Esta disposición la incluye el proyecto de reforma para dar cumplimiento a la Ley 412 de 1997, por medio de la cual se aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996, según la cual:

Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventaja a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Esta figura se considera como un acto de corrupción.

A. TIPICIDAD

I. TIPO OBJETIVO

a. SUJETO ACTIVO

Resulta calificado, toda vez que tiene que ser un nacional —por sangre, nacimiento o nacionalización— o un extranjero con residencia habitual en el país y con empresas domiciliadas —exclusiva o compartidamente con otros países— en el mismo.

b. SUJETO PASIVO

Lo es el Estado, puesto que, al resentirse la comunidad internacional por actos de corrupción al interior de uno o varios de sus miembros, causa traumatismos y descrédito en las relaciones bilaterales y multilaterales.

c. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

Lo es la Administración Pública desde la perspectiva del derecho internacional. El concierto de naciones trabaja conjuntamente en la configuración de una vida común internacional, producto de los efectos necesarios e indefectibles de

la globalización, donde a la comunidad internacional también le importa que sus miembros tengan sistemas de administración pública regidos por el derecho, toda vez que, de no ser así, la integración necesaria para la materialización de los intercambios resultaría traumática y hasta imposible.

El preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas (Venezuela) el 29 de marzo de 1996, en el marco de la Organización de Estados Americanos, dispone:

Convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

Persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

Reconociendo que a menudo la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

Convencidos de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

Reconociendo que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

Convencidos de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

Profundamente preocupados por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

Teniendo presente que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva, y

Decididos a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Como muy bien lo ha dicho la doctrina, "la legitimidad de la protección de un bien jurídico puede provenir tanto de su referencia constitucional interna, como de su referencia en el marco del ordenamiento supranacional"³.

d. OBJETO MATERIAL

El objeto material es personal: "servidor público de otro Estado". Es un elemento normativo de carácter jurídico extrapenal, toda vez que el artículo 1 inciso 3.º del Tratado define que debe entenderse por "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público": "cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos".

e. CONDUCTA

La conducta consiste en ofrecer, directa o indirectamente, cualquier dinero, objeto de valor pecuniario u otra utilidad.

No es necesario, por tratarse de un ingrediente subjetivo, cuyo cumplimiento hace parte del "agotamiento del delito", que el servidor público de otro Estado acepte el ofrecimiento. Se trata, en consecuencia, de un delito de peligro abstracto.

Por la instantaneidad del verbo rector *ofrecer* no se admite la tentativa. Los actos ejecutivos coinciden temporal y espacialmente con la consumación, toda vez que lo que esté antes de los primeros es un acto preparatorio.

2. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

El tipo está dotado de un ingrediente subjetivo: "a cambio de que éste realice u omita cualquier acto en el ejercicio de sus funciones, relacionado con una transacción económica o comercial".

El dolo consiste en conocer que se está frente a un servidor público de otro Estado y querer realizar el ofrecimiento en búsqueda del fin indebido. Es im-

3 ARROYO ZAPATERO. Ob. cit., p. 2.

pensable el dolo eventual, el cual queda repudiado, al igual que en el anterior tipo, por la exigencia del elemento subjetivo especial del tipo.

Es impensable el error de tipo, toda vez que quienes tengan aptitud y actitud para realizar tales ofrecimientos son personas poderosas económicamente, representantes o voceros de éstos, o con gran influencia en la Administración Pública de otros países, por demás ilustrados en comercio y transacciones internacionales. Si resulta verdaderamente difícil admitir un error de tipo en el cohecho por dar u ofrecer, pues la generalidad de los ciudadanos sabe, así sea en la "esfera paralela del lego", que ello es contrario a derecho, con más razón aquellos que pueden estar en el escenario propicio para hacer este tipo de ofrecimientos.

De todos modos, de presentarse un error de tipo, sea vencible o invencible, la conducta es atípica.

En lo demás se siguen las reglas generales observando la especialidad del tipo.

IV. ASOCIACIÓN PARA LA COMISIÓN DE UN DELITO CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Artículo 434. El servidor público que se asocie con otro, o con un particular, para realizar un delito contra la Administración Pública, incurrirá por esta sola conducta en prisión de 1 a 3 años, siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor.

Si interviniera un particular se le impondrá la misma pena.

A. TIPICIDAD

Este tipo penal también tiene origen en el marco de la Convención Interamericana contra la Corrupción, toda vez que su literal e numeral 1 artículo VI obliga a los países que la suscribieron a entender como "actos de corrupción", entre otros, "la asociación para cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo", haciendo mención a definiciones materiales de cohecho, enriquecimiento ilícito, peculados y, en general, acciones y omisiones ilegales.

I. TIPO OBJETIVO

a. SUJETO ACTIVO

Es de sujeto activo plural. Uno de ellos, necesariamente, tiene que ser un servidor público: esto es, puede presentarse la asociación entre dos servidores públicos o entre un servidor público y un particular.

b. SUJETO PASIVO

Lo es el Estado como titular del bien jurídico.

c. OBJETO JURÍDICO Y ANTIJURIDICIDAD MATERIAL

La Administración Pública se ve afectada por la deformación del instituto jurídico.

d. OBJETO MATERIAL

El objeto material es fenomenológico: la función pública.

e. CONDUCTA

La conducta es la de asociarse: como se dijo, implica, como mínimo, la presencia de dos personas.

Asociarse significa, para estos efectos, juntarse con otro en concurrencia de un mismo fin.

Por la instantaneidad de la expresión "asociarse", los actos ejecutivos y consumativos tienen coincidencia, amén de que, además, se trata de un tipo de peligro abstracto, donde resultaría imposible entender la tentativa como "un peligro del peligro". Todo acto previo a la manifestación conjunta de voluntades es de naturaleza preparatoria.

2. TIPO SUBJETIVO Y ERROR DE TIPO

Contiene como elemento subjetivo del tipo un momento anímico compartido por los autores plurales consistente en "realizar un delito contra la Administración Pública". Cualquier delito, puesto que no distingue: empero, debe entenderse que se trata de uno de aquellos en los cuales el sujeto activo sea cualificado; habida cuenta que entender lo contrario no explicaría la necesaria presencia de un servidor público en el acto de asociación, pues si lo fuera para delitos contra la Administración Pública sin sujeto cualificado se estaría penalizando actos perfectamente inocuos y, muy anticipadamente, un remoto peligro: en fin, se estaría penalizando meros actos preparatorios.

Por la presencia del elemento subjetivo el dolo eventual está excluido. El dolo directo responde a lo que ya insistentemente hemos precisado en esta tipología de delitos.

Resulta impensable un error de tipo, pues la escogencia del acto más idóneo para delinquir, implica la presencia de un doble conocimiento y una doble voluntad: los de asociarse para delinquir y de la comisión del otro punible.

En lo demás se siguen las reglas expuestas.

3. CONCURSO DE DELITOS

Si se trata de un delito con mayor riqueza descriptiva como el concierto para delinquir o ya nos encontramos en etapas punibles del delito para el cual se ha producido la asociación, según el caso, habrá concierto para delinquir más los delitos cometidos si han tenido ocurrencia o, en el otro evento, determinación y autoría de un delito contra la Administración Pública según lo concertado: de allí que la norma condicione la existencia del delito a que “siempre que la misma no constituya delito sancionado con pena mayor” (art. 434 C. P. de 2000).

ANEXO PRIMERO

CÓDIGO PENAL DE 1936 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I DEL PECULADO

Artículo 150. El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquellas a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público, de 1 a 6 meses.

Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa de 10 a 500 pesos.

Artículo 151. El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en arresto de 1 mes a 4 años y en interdicción de derechos y funciones públicas de 1 mes a 2 años, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.

Artículo 152. Si después de iniciada la investigación criminal y antes de que se dicte la sentencia de primera instancia, o el veredicto del jurado, si fuere el caso, reintegrare el responsable en todo o en parte lo sustraído o apropiado, o su valor, se impondrá la sanción de que trata el artículo siguiente, reducida hasta la mitad, debiendo tenerse en cuenta, si hubiere lugar a ello, lo dispuesto en el artículo 60.

Artículo 153. Si no se llevare a cabo el reintegro, se impondrá prisión de 1 a 6 años cuando el valor de lo sustraído o apropiado no pase de 3.000 pesos, y presidio de 4 a 15 años cuando fuere mayor.

Artículo 154. El funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia, incurrirá en privación del empleo y en la obligación de pagar tales caudales o efectos.

Artículo 155. Las disposiciones de este capítulo se harán extensivas a los que por cualquier concepto se hallen encargados de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o de beneficencia.

CAPÍTULO II DE LA CONCUSIÓN

Artículo 156. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o

prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad, incurrirá en prisión de 1 a 6 años.

Artículo 157. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, y con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, constriña o induzca a alguien a pagar impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento que legalmente no se deba, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años y en interdicción de derechos funciones públicas por el mismo período.

Si empleare intimidación o invocare orden superior o mandamiento judicial, se aumentará la pena hasta en la mitad.

Artículo 158. Si al cometer el hecho de que trata el artículo anterior, no obrare el agente con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, se le impondrá multa de 100 a 1.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por dos años.

Artículo 159. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, aprovechándose de un error ajeno, reciba o retenga indebidamente para sí o para otro, dinero, efectos u obtenga alguna utilidad, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años y en multa de 10 a 1.000 pesos.

CAPÍTULO III DEL COHECHO

Artículo 160. El funcionario o empleado público o la persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que reciba indebidamente para sí o para un tercero dinero o dádivas, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años.

Artículo 161. Si la admisión del dinero o de la dádiva, o la aceptación de las promesas, se verificare para omitir o retardar un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, la prisión será de 1 a 8 años.

Si el responsable fuere un juez o magistrado del orden judicial o administrativo, la prisión será de 2 a 10 años,

Artículo 162. El funcionario o empleado público, que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o haberes públicos, o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de 1 a 8 años.

Artículo 163. En todos los casos previstos en los artículos anteriores, se impondrá, además, la interdicción de derechos y funciones públicas, por 3 a 10 años.

Artículo 164. El que diere u ofreciere dinero o dádivas a los funcionarios de que tratan los artículos anteriores, para los fines allí previstos, incurrirá en prisión de 1 a 5 años.

Esta Sanción se reducirá hasta en la mitad, si el dinero, dádiva u oferta no fueren aceptados.

Artículo 165. Los funcionarios de que tratan los artículos anteriores, que recibieren dinero o dádivas, ofrecidas en consideración a su cargo, por personas que tengan algún asunto pendiente en su respectivo despacho, incurrirán en la interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 6 años.

Artículo 166. En los casos previstos en los artículos precedentes, se decomisarán los dineros u objetos recibidos.

CAPÍTULO IV

NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES CON EL EJERCICIO Y FUNCIONES PÚBLICAS

Artículo 167. 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 100 a 3.000 pesos.

Esta disposición se aplicará a los peritos, árbitros o administradores particulares, respecto de los bienes o cosas en cuya tasación, partición o adjudicación intervengan o hubieren intervenido, y a los tutores, curadores o albaceas respecto de los pertenecientes a los respectivos pupilos o sucesiones.

CAPÍTULO V

DEL PREVARICATO

Artículo 168. Modificado. Decreto 2525 de 1963, artículo 2.º. El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas, profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de 1 a 5 años.

Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de 4 a 8 años de presidio.

A la misma pena señalada en el inciso 1.º de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado.

Artículo 169. Los funcionarios de que trata el artículo anterior que, por iguales o en perjuicio de terceros, asesoren o patrocinen a las personas que ante ellos o gestionen, incurrirán en prisión de 6 meses a 3 años.

Artículo 170. En los casos prescritos en los artículos anteriores, se impondrá además interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

CAPÍTULO VI

DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

Artículo 171. El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especiales previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra su propiedad, incurrirá en la privación del empleo, y en multa de 10 a 500 pesos.

Artículo 172. El funcionario o empleado público que omita, rehúse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de 10 a 500 pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave.

Artículo 173. El funcionario o empleado público que haga conocer pública o privadamente documentos o noticias que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en privación del empleo y en multa de 10 a 500 pesos si no mediare perjuicio. Si el hecho resultare perjuicio, en vez de multa incurrirá en arresto de 10 días a 2 años.

Si la violación del secreto o reserva tuviere lugar por culpa del funcionario o empleado, la multa se reducirá desde una tercera parte hasta la mitad.

Artículo 174. El funcionario o empleado público que teniendo conocimiento de la comisión de un delito, cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa de 5 a 200 pesos.

Si tiene conocimiento del hecho en el ejercicio de sus funciones, la multa será de 500 pesos.

Artículo 175. El funcionario o empleado público que, teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya investigación le corresponda de oficio, no cumpla con su deber, incurrirá en la pérdida del empleo y en multa de 10 a 1.000 pesos.

Artículo 176. El funcionario o empleado público, o el encargado de un servicio público, que utilice en provecho propio o ajeno, inventos, descubrimientos científicos o nuevas aplicaciones industriales, llegados a su conocimiento por razón de su cargo o servicio, y que deban permanecer en secreto, incurrirá en multa de 50.000 pesos y en arresto de 2 meses a 3 años.

Artículo 177. El militar o agente de la fuerza pública, que rehúse o retarde indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de 1 a 4 años.

Artículo 178. El funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo, incurrirá en multa de 5 a 300 pesos.

Artículo 179. Los empleados del orden judicial o los agentes del Ministerio Público, que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia, o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes, incurrirán en arresto de 1 mes a 2 años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término.

Los demás funcionarios o empleados públicos, que no pudiendo ser mandatarios ni abogar en asuntos judiciales o administrativos, violaren esa prohibición, incurrirán en la pérdida del empleo y en multa de 10 a 500 pesos.

Artículo 180. En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior, incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter.

Artículo 181. El funcionario o empleado público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición, para consumir un acto arbitrario o ilegal, o para impedir o estorbar el cumplimiento de órdenes legítimas de otra autoridad, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años y en interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

CAPÍTULO VII DE LA USURPACIÓN DE FUNCIONES PÚBLICAS

Artículo 182. El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de 15 días a 1 año y en multa de 10 a 500 pesos.

Artículo 183. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que continúe desempeñando el cargo después de habersele notificado la cesación o suspensión del ejercicio de sus funciones, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior.

CAPÍTULO VIII DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Artículo 184. El que en cualquier forma cometa violencia contra un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, o lo amenace, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años.

ANEXO SEGUNDO

CÓDIGO PENAL DE 1980
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

DEL PECULADO

Artículo 133. *Peculado por apropiación.* El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que este tenga parte o de bienes de particulares, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de 2 a 10 años, multa de 1.000 a 1 millón de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Inciso 2.º Modificado. Ley 43 de 1982, artículo 2.º. Cuando el valor de lo apropiado pase de 500.000 pesos la pena será de 4 a 15 años de prisión, multa de 20.000 a 2 millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 10 años.

Artículo 134. *Peculado por uso.* El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de 1 a 4 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga.

Artículo 135. *Peculado por error ajeno.* El empleado oficial que se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiere recibido, incurrirá en prisión de 1 a 3 años, multa de 1.000 a 50.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Cuando no hubiere apropiación ni retención, sino uso indebido, la pena se reducirá en la mitad.

Artículo 136. *Peculado por aplicación oficial diferente.* El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, incurrirá en prisión de 6 meses a 3 años, multa de 1.000 a 50.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Artículo 137. *Peculado culposo.* El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya

administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa de lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de 6 meses a 2 años, en multa de 1.000 a 20.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

Artículo 138. *Peculado por extensión.* También incurrirán en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre:

1.º Bienes que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a título de auxilio o aporte de este.

2.º Bienes que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia o a juntas de acción comunal o de defensa civil.

Artículo 139. *Circunstancias de atenuación punitiva.* Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá, en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el artículo 61, disminuir la pena hasta en una cuarta parte.

CAPÍTULO II DE LA CONCUSIÓN

Artículo 140. *Concusión.* El empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

CAPÍTULO III DEL COHECHO

Artículo 141. *Cohecho propio.* El empleado oficial que reciba para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o acepte promesa remuneratoria, directa o indirecta, para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, incurrirá en prisión de 1 a 5 años, en multa de 5.000 a 100.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 142. *Cohecho impropio*. El empleado oficial que acepte para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años, en multa de 2.000 a 50.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

El empleado oficial que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en arresto de 3 meses a 1 año, en multa de 1.000 a 20.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 143. *Cohecho por dar u ofrecer*. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de 3 meses a 2 años y multa de 1.000 a 20.000 pesos.

CAPÍTULO IV DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

Artículo 144. *Violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades*. El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de 1 a 5 años, en multa hasta de 5 millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 7 años.

Artículo 145. *Interés ilícito en la celebración de contratos*. El empleado oficial 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 6 meses a 3 años, en multa de 1.000 a 500.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

Artículo 146. Modificado. Decreto 141 de 1980, artículo 1.º. *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales*. El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, 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 6 meses a 3 años, multa de 1.000 a 100.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 5 años.

CAPÍTULO V DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

Artículo 147. *Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo*. El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté

conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años y multa de 1.000 a 50.000 pesos.

CAPÍTULO VI DEL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Artículo 148. *Enriquecimiento ilícito*. El empleado oficial que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de 1 a 8 años, multa de 20.000 a 2 millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 2 a 10 años.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

(Inciso 3.º Declarado inexecutable por la Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 diciembre de 1982).

CAPÍTULO VII DEL PREVARICATO

Artículo 149. *Prevaricato por acción*. El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de 1 a 5 años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 150. *Prevaricato por omisión*. El empleado oficial que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de 1 a 5 años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 151. *Prevaricato por asesoramiento ilegal*. El empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a persona que gestione cualquier asunto en su despacho, incurrirá en prisión de 1 a 3 años multa de 500 a 10.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

CAPÍTULO VIII DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

Artículo 152. *Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto*. El empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de 1.000 a 10.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

Artículo 153. *Abuso de autoridad por omisión de denuncia*. El empleado oficial que teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en pérdida del empleo.

Artículo 154. *Revelación de secreto.* El empleado oficial que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en arresto de 6 meses a 5 años, en multa de 1.000 a 10.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 meses a 2 años.

Si del hecho resultare perjuicio, la pena será de 1 a 5 años de prisión, multa de 5.000 a 20.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 155. *Utilización de asunto sometido a secreto o reserva.* El empleado oficial que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones, y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años, multa de 1.000 a 10.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo, siempre que el hecho no constituya otro delito.

Artículo 156. *Abandono del cargo.* El empleado oficial que abandone su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Si el agente ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo, se le impondrá, además, arresto de 6 meses a 2 años.

Artículo 157. *Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.* El empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en arresto de 6 meses a 2 años, en multa de 1.000 a 20.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 4 años.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del Ministerio Público.

Artículo 158. *Intervención en política.* El empleado oficial que forme parte de comités, juntas o directorios políticos o intervenga en debates o actividades de este carácter, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 3 años.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y las personas que ejercen funciones públicas de modo transitorio.

Artículo 159. *Empleo ilegal de la fuerza pública.* El empleado oficial que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición para consumar acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de 1 a 4 años, multa de 1.000 a 20.000 pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 160. *Omisión de apoyo.* El agente de la fuerza pública que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de 1 a 4 años.

CAPÍTULO IX
DE LA USURPACIÓN Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS

Artículo 161. *Usurpación de funciones públicas.* El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de 6 meses a 2 años.

Artículo 162. *Abuso de función pública.* El empleado oficial que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de 1 a 2 años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Artículo 163. *Simulación de investidura o cargo.* El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en arresto de 6 meses a 1 año.

La pena se aumentará hasta en una tercera parte si para cometer el hecho el agente utilizare uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública.

CAPÍTULO X
DE LOS DELITOS CONTRA LOS EMPLEADOS OFICIALES

Artículo 164. *Violencia contra empleado oficial.* El que ejerza violencia contra empleado oficial, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de 1 a 3 años.

Artículo 165. *Perturbación de actos oficiales.* El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridad legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en arresto de 6 meses a 2 años e interdicción de derechos y funciones públicas de 1 a 4 años.

ANEXO TERCERO

LEY 190 DE 1995

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.

I. RÉGIMEN DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

A. Control sobre el reclutamiento de los servidores públicos

Artículo 1.º Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la Administración deberá presentar ante la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces, el formato único de hoja de vida debidamente diligenciado en el cual consignará la información completa que en ella se solicita:

1. Su formación académica, indicando los años de estudio cursados en los distintos niveles de educación y los títulos y certificados obtenidos.
2. Su experiencia laboral, relacionando todos y cada uno de los empleos o cargos desempeñados, tanto en el sector público como en el privado, así como la dirección, el número del teléfono o el apartado postal en los que sea posible verificar la información.
3. Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira o para celebrar contrato de prestación de servicios con la Administración.
4. En caso de personas jurídicas, el correspondiente certificado que acredite la representación legal.
5. Los demás datos que se soliciten en el formato único.

(El aparte en cursiva fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-567 de 1997).

Parágrafo. Quien fuere nombrado para ocupar un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con la Administración deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, presentar certificado sobre antecedentes expedido por la Procuraduría General de la Nación y el certificado sobre antecedentes penales expedido por el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS. Sólo podrán considerarse como antecedentes las providencias ejecutoriadas emanadas de autoridad competente.

Artículo 2.º (Modificado por el art. 81 Ley 443 de 1998).

En el orden nacional, créase el sistema único de información de personal en el Departamento Administrativo de Función Pública, el que tendrá las siguientes funciones:

1. Elaborar los formatos de hoja de vida única, para las personas que aspiren a cargos o empleos públicos, o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la Administra-

ción, así como los formatos de actualización de datos para nuevas solicitudes de ingreso a la Administración Pública y de calificación de los empleados del sector público.

2. Acopiar y sistematizar la información contenida en las hojas de vida y en los formatos únicos de calificación.

3. Actualizar la información de acuerdo con los datos que periódicamente lleguen a su conocimiento.

4. Suministrar la información a su alcance, cuando sea requerida por una entidad pública.

Parágrafo. La inclusión de los contratistas de prestación de servicios en el sistema único de información de personal no genera vínculo laboral alguno con la Administración Pública ni da lugar a un régimen prestacional especial.

Artículo 3.º (Modificado por el art. 82 Ley 443 de 1998).

A partir de la vigencia de la presente ley, las hojas de vida de las personas que ocupan cargos o empleos públicos o de quienes celebren contratos de prestación de servicios con la Administración, permanecerán en la unidad de personal de la correspondiente entidad, hasta su retiro. Producido éste, la mencionada unidad enviará al sistema único de información de personal de que trata el artículo anterior, la hoja de vida con la información relativa a la causa del retiro. Dicha información no podrá utilizarse como prueba en procesos judiciales o administrativos de carácter laboral y de ella sólo se comunicarán la identificación del funcionario y las causas de su desvinculación del servicio o de la terminación anormal de sus contratos.

Cuando una persona aspire a ingresar a una entidad pública o a celebrar un contrato de prestación de servicios con la Administración, habiendo desempeñado cargo o empleo público o celebrado contrato de prestación de servicios con anterioridad, la correspondiente entidad solicitará la hoja de vida al sistema único de información de personal.

Si transcurridos 15 días hábiles, la entidad nominadora o contratante no ha recibido respuesta del sistema único de información de personal, podrá decidir autónomamente si vincula o contrata el aspirante, siempre y cuando se reúnan los demás requisitos legales y sin perjuicio de la facultad de revocar la decisión. En todo caso, la demora injustificada en responder, o la omisión de solicitar la hoja de vida al sistema único de información de personal, será causal de mala conducta.

Cuando el aspirante haya celebrado contrato de prestación de servicios con la Administración, o desempeñado cargo o empleo público, con anterioridad, allegará a la respectiva entidad el formato único de actualización de datos debidamente diligenciado, junto con la documentación que acredite la actualización de información.

Las hojas de vida de los aspirantes no seleccionados serán enviadas al sistema único de información de personal del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el fin de que sean incorporadas a los bancos de datos allí existentes.

La persona seleccionada deberá aportar todos los documentos que acreditan la información contenida en el formato único de hoja de vida.

(El texto en cursiva fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-38 de 1996).

Artículo 4.º El jefe de la unidad de personal de la entidad que reciba una solicitud de empleo, o quien haga sus veces, dispondrá de un término de 15 días para velar por que la correspondiente hoja de vida reúna todos los requisitos.

Si a ello hubiere lugar, dejará constancia escrita de las correspondientes observaciones.

Artículo 5.º En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la Administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción.

Cuando se advierta que se ocultó información o se aportó documentación falsa para sustentar la información suministrada en la hoja de vida, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria a que haya lugar, el responsable quedará inhabilitado para ejercer funciones públicas por 3 años.

Artículo 6.º En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los 3 meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

(La parte en cursiva fue declarada executable por la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 1996, bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto).

Artículo 7.º Para la provisión de los cargos de carrera administrativa que queden vacantes en las entidades de la Administración Pública, mediante el sistema de concurso abierto, se considerarán como méritos, la valoración del trabajo desarrollado en los puestos anteriormente ocupados, los cursos de capacitación, estudios y trabajos de investigación realizados y los títulos académicos obtenidos.

(El artículo fue inicialmente derogado por el art. 351 del Dcto. 1122 de 1999; posteriormente el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999, y finalmente el artículo fue derogado por el art. 163 del Dcto. 266 del 2000 de la Presidencia de la República).

Artículo 8.º El Departamento Administrativo de la Función Pública reglamentará por vía general el sistema de selección por concurso abierto, de que trata el artículo anterior.

(El artículo fue inicialmente derogado por el art. 351 del Dcto. 1122 de 1999; posteriormente el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999, y finalmente el art. fue derogado por el art. 163 del Dcto. 266 del 2000 de la Presidencia de la República).

Artículo 9.º Dentro de los 3 meses siguientes a la vigencia de la presente ley las entidades públicas elaborarán un manual de funciones en el cual se especifiquen claramente las tareas que debe cumplir cada funcionario de la entidad. Aquellas que dispongan de manual de funciones deberán asegurar que respecto de cada servidor público se precisen de manera clara sus funciones.

Las funciones asignadas serán comunicadas a cada empleado, quien responderá por el cumplimiento de las mismas de acuerdo con la ley, el reglamento y el manual.

B. Incentivos para funcionarios públicos

Artículo 10.º Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 10.º de la Ley 27 de 1992, quienes sean seleccionados como mejor empleado de la entidad y de los niveles que la conforman, tendrán derecho a ocupar en propiedad los empleos de superior categoría que queden vacantes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para su desempeño.

(Declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-539 de 1998; empero, es necesario tener en cuenta que la declaración de inexecutable sólo tendrá efectos hacia el futuro, a partir de la notificación del fallo, y por tanto no afecta los derechos adquiridos de quienes, en desarrollo del artículo declarado inexecutable, hayan sido nombrados en propiedad en un cargo de superior jerarquía).

Artículo 11. La evaluación del desempeño deberá tenerse en cuenta siempre que se trate de seleccionar candidatos para la postulación y otorgamiento de becas, participación en cursos especiales de capacitación, concesión de comisiones de estudio y participación en programas de bienestar social.

(El artículo fue inicialmente derogado por el art. 351 Dcto. 1122 de 1999; posteriormente el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999, y finalmente

el artículo fue derogado por el art. 163 Dcto. 266 del 2000 de la Presidencia de la República).

En el correspondiente acto de selección deberá dejarse constancia expresa de haberse considerado tal criterio como elemento decisorio para asignar cualquiera de los beneficios relacionados, sin perjuicio de que se exija al candidato escogido el lleno de los requisitos a que haya lugar en cada caso.

Artículo 12. Las entidades públicas divulgarán en lugar público, o a través de los medios oficiales de comunicación, la identidad de quienes resulten elegidos como mejores empleados.

C. Declaración de bienes y rentas

Artículo 13. Será requisito para la posesión y para el desempeño del cargo la declaración bajo juramento del nombrado, donde conste la identificación de sus bienes. Tal información deberá ser actualizada cada año y, en todo caso, al momento de su retiro.

Artículo 14. La declaración juramentada deberá contener, como mínimo, la siguiente información:

1. Nombre completo, documento de identidad y dirección del domicilio permanente.
2. Nombre y documento de identidad, del cónyuge o compañero(a) permanente y parientes en primer grado de consanguinidad.
3. Relación de ingresos del último año.
4. Identificación de las cuentas corrientes y de ahorros en Colombia y en el exterior, si las hubiere.
5. Relación detallada de las acreencias y obligaciones vigentes.
6. Calidad de miembro de juntas o consejos directivos.
7. Mención sobre su carácter de socio en corporaciones, o sociedades o asociaciones.
8. Información sobre existencia de sociedad conyugal vigente o de sociedad de hecho entre compañeros permanentes.
9. Relación e identificación de bienes patrimoniales actualizada.

Parágrafo. En la declaración juramentada se debe especificar que los bienes y rentas declarados son los únicos que posee el declarante, ya sea personalmente o por interpuesta persona, a la fecha de dicha declaración.

Artículo 15. Será requisito para la posesión o para el ejercicio de función pública suministrar la información sobre la actividad económica privada del aspirante. En ella se incluirá la participación en sociedades o en cualquier organización o actividad privada de carácter económico o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, dentro o fuera del país. Todo cambio que se produzca, deberá ser comunicado a la respectiva entidad dentro de los 2 meses siguientes al mismo.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servicio público.

Artículo 16. La unidad de personal de la correspondiente entidad o la dependencia que haga sus veces, deberá recopilar y clasificar la información contenida en las declaraciones de que trata la presente ley, y la adjuntará a la correspondiente hoja de vida.

II. RÉGIMEN PENAL

A. Modificaciones al código penal

Artículo 17. El Código Penal tendrá un artículo con el número 59A del siguiente tenor:

“Artículo 59A. *Inhabilidad para el desempeño de funciones públicas.* Los servidores públicos a que se refiere el inciso 1.º del artículo 123 de la Constitución Política, quedarán inhabilitados para el desempeño de funciones públicas cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal y en concordancia con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política”.

(El texto en cursiva fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 1996).

Artículo 18. Modifícase el artículo 63 del Código Penal, así:

“Artículo 63. *Servidores públicos.* Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

“Para los mismos efectos se considerarán servidores públicos, los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

“Parágrafo. La expresión ‘empleado oficial’ se sustituye por la expresión ‘servidor público’, siempre que aquélla sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal”.

Artículo 19. El artículo 133 del Código Penal quedará así:

“Artículo 133. *Peculado por apropiación*. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le hayan confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de 6 a 15 años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de 6 a 15 años.

“Si lo apropiado no supera un valor de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes.

“Si lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad”.

Artículo 20. El artículo 138 del Código Penal quedará así:

“Artículo 138. *Peculado por extensión*. También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualesquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

“1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de éste.

“2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales”.

Artículo 21. El artículo 140 del Código Penal quedará así:

“Artículo 140. *Concusión*. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de 4 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

Artículo 22. El artículo 141 del Código Penal quedará así:

“Artículo 141. *Cohecho propio*. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de 4 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

Artículo 23. El artículo 142 del Código Penal quedará así:

“Artículo 142. *Cohecho impropio*. El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

“El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de 1 a 5 años, multa de 30 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

Artículo 24. El artículo 143 del Código Penal quedará así:

“Artículo 143. *Cohecho por dar u ofrecer*. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y prohibición de celebrar contratos con la Administración por el mismo término.

“Parágrafo. Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o partícipe particular, efectuada dentro de los 15 días siguientes a la ocurrencia del hecho punible, acompañada de prueba que amerite la apertura de la investigación en contra del servidor que recibió o aceptó el ofrecimiento, la acción penal respecto del denunciante se extinguirá. A este beneficio se hará acreedor el servidor público si denunciare primero el delito.

“En todo caso, si el funcionario judicial no estimare suficiente la prueba aportada para iniciar la investigación, la denuncia correspondiente no constituirá prueba en su contra”.

(El parágrafo del presente artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-709 de 1996).

Artículo 25. El artículo 147 del Código Penal quedará así:

“Artículo 147. *Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público*. El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de 4 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

Artículo 26. La pena de que trata el delito previsto en el artículo 148 del Código Penal, será de 2 a 8 años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

Artículo 27. El Código Penal tendrá un artículo con el número 148A, del siguiente tenor:

“Artículo 148A. *Utilización indebida de información privilegiada.* El servidor público o el particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero, sea éste persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de 2 a 6 años e interdicción de funciones por el mismo término de la pena principal”.

Artículo 28. El artículo 149 del Código Penal quedará así:

“Artículo 149. *Prevaricato por acción.* El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de 3 a 8 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta”.

Artículo 29. El artículo 150 del Código Penal quedará así:

“Artículo 150. *Prevaricato por omisión.* El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior”.

Artículo 30. El artículo 151 del Código Penal quedará así:

“Artículo 151. *Prevaricato por asesoramiento ilegal.* El servidor público que asesore, aconseje o patrocine de manera ilícita a persona que gestione cualquier asunto público de su competencia, incurrirá en prisión de 3 a 6 años, multa de 50 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal”.

Artículo 31. El artículo 177 del Código Penal quedará así:

“Artículo 177. *Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales.* El que fuera de los casos de concurso en el delito oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera el objeto material o el producto del mismo o les dé a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad o los legalice, incurrirá en pena de prisión de 3 a 8 años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

“La pena imponible será de 4 a 12 años de prisión si el valor de los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible es superior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la consumación del hecho.

“La pena imponible con base en los incisos anteriores se aumentará de la mitad a las tres cuartas partes en los siguientes casos:

“1. Si los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la Ley 30 de 1986.

“2. Cuando para la realización de la o las conductas se efectúen operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introduzcan mercancías al territorio aduanero nacional o se celebren contratos con personas sujetas a la inspección, vigilancia o control de las superintendencias Bancaria o de Valores.

“3. Si la persona que realiza la conducta es importador o exportador de bienes o servicios, o es director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario de una entidad sujeta a la inspección, vigilancia o control de las superintendencias Bancaria o de Valores, o es accionista o asociado de dicha entidad en una proporción igual o superior al 10% de su capital pagado o del valor de los aportes cooperativos”.

Artículo 32. Para los delitos contra la Administración Pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, ésta será siempre entre 10 a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez.

B. Aspectos procesales

Artículo 33. Harán parte de la reserva las investigaciones preliminares, los pliegos y autos de cargos que formulen la Procuraduría General de la Nación y demás órganos de control dentro de los procesos disciplinarios y de responsabilidad fiscal, lo mismo que los respectivos descargos; los fallos serán públicos.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de que el investigado tenga acceso a la investigación, desde los preliminares.

Parágrafo 1.º La violación de la reserva será causal de mala conducta.

Parágrafo 2.º Tampoco podrán publicarse extractos o resúmenes del contenido de la investigación sometida a reserva, hasta que se produzca el fallo.

Parágrafo 3.º En el evento de que se conozca la información reservada, la entidad deberá verificar una investigación interna y explicarle a la opinión las posibles razones del hecho.

(Los incs. 1.º y 2.º fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-038 de 1996, pero únicamente bajo el entendido de que la reserva que en ellos se

consagra se ha de levantar tan pronto se practiquen las pruebas decretadas en la oportunidad legal y, en todo caso, una vez expire el término señalado en la ley para la investigación; por otro lado, declaró inexecutable el parágrafo segundo).

Artículo 34. El artículo 569 del Código de Procedimiento Penal quedará así:

"Artículo 569. *Requisitos para solicitarla.* Sin perjuicio de lo previsto en tratados públicos, cuando contra una persona que se encuentre en el exterior se haya proferido en Colombia resolución que resuelva la situación jurídica, imponiendo medida de aseguramiento de detención preventiva, resolución de acusación en firme o sentencia condenatoria por delito que tuviere pena privativa de la libertad no inferior a 2 años de prisión, el funcionario que conociere del proceso en investigación o en primera o única instancia, pedirá al Ministerio de Justicia y del Derecho que se solicite la extradición del procesado o condenado, para lo cual remitirá copia de la providencia respectiva y demás documentos que considere conducentes.

"La solicitud podrá elevarla el funcionario de segunda instancia cuando sea él quien ha formulado la medida".

Artículo 35. En el evento de bienes cuya mutación de propiedad esté sujeta a cualquier modalidad de registro, respecto de los cuales se hubiere dispuesto su embargo o secuestro preventivos o se hubiere producido su decomiso, se dará aviso inmediato al funcionario competente, quien inscribirá la medida sin someterla a turno alguno ni al cobro de cualquier derecho, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

La orden de entrega definitiva de bienes a particulares será sometida al grado jurisdiccional de consulta y sólo se cumplirá una vez la providencia dictada en él quede ejecutoriada.

Artículo 36. En todo proceso por delito contra la Administración Pública, será obligatoria la constitución de parte civil a cargo de la persona jurídica de derecho público perjudicada.

De la apertura de instrucción deberá siempre comunicarse en los términos de ley al representante legal de la entidad de que se trate.

El incumplimiento de estas obligaciones es causal de mala conducta para el funcionario correspondiente.

Artículo 37. Lo dispuesto en el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal se aplicará igualmente para garantizar el pago de las multas en los casos en que esta pena se encuentre prevista.

Artículo 38. Lo dispuesto en el artículo 27 numeral 1 de la Ley 24 de 1992 se aplicará en materia penal y disciplinaria, a menos que existan medios probatorios suficientes

sobre la comisión de un delito o infracción disciplinaria que permitan adelantar la actuación de oficio.

III. RÉGIMEN FINANCIERO

Artículo 39. El régimen previsto para las instituciones sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, a que se hace referencia en los artículos 102 a 107 del estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993), se aplicará a las personas sometidas a inspección, vigilancia o control de la Superintendencia de Valores.

Parágrafo 1. Dentro de los 3 meses siguientes a la vigencia de la presente ley las personas mencionadas en este artículo establecerán los mecanismos de control y los procedimientos específicos indicados en el artículo 102 del estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993).

Parágrafo 2.º El control del cumplimiento de las obligaciones impuestas por la presente disposición se realizará por la respectiva entidad que ejerza vigilancia sobre la persona obligada.

Artículo 40. Las autoridades que reciban información de las personas sometidas a inspección, vigilancia o control de las superintendencias Bancaria y de Valores y establezcan los supuestos indicados en el artículo 102 literal d del estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993), deberán informar a la Fiscalía General de la Nación sobre los hechos o situaciones advertidos.

Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Justicia y del Derecho y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, podrá disponer que la información recaudada por las personas a que se refiere este artículo y el artículo 43 de la presente ley, sea remitida a la autoridad que el reglamento determine, con el propósito de centralizar y sistematizar la información, en orden a establecer mecanismos de control comprensivos de las distintas operaciones realizadas.

Parágrafo 2.º Dentro de los 2 meses siguientes a la vigencia de esta ley, las superintendencias Bancaria y de Valores asignarán a una de sus dependencias la función de control de las operaciones de que tratan los artículos 102 a 107 del estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993), sin perjuicio de que el Gobierno Nacional cree unidades especializadas dentro de ellas, para tal efecto.

Anualmente las mencionadas entidades rendirán un informe con destino a la Fiscalía General de la Nación sobre las actividades cumplidas, conforme lo establecido en este parágrafo.

Artículo 41. Quien incumpla la obligación contenida en el último inciso del artículo 105 del estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993) incurrirá en la sanción allí prevista, sin perjuicio de la sanción penal que por tal conducta pueda corresponder.

Artículo 42. Cuando se suministre la información de que trata el artículo 40 de la presente ley, no habrá lugar a ningún tipo de responsabilidad para la persona jurídica informante, ni para los directivos o empleados de la entidad, en concordancia con el artículo 102 del Decreto Ley 663 de 1993.

Artículo 43. Las obligaciones establecidas en los artículos 102 a 107 del estatuto orgánico del sistema financiero (Dcto. 663 de 1993) serán cumplidas, además, por las personas que se dediquen profesionalmente a actividades de comercio exterior, casinos o juegos de azar.

En tal caso, dicha obligación empezará a cumplirse en la fecha que señale el Gobierno Nacional.

Artículo 44. Las autoridades judiciales podrán levantar el velo corporativo de las personas jurídicas cuando fuere necesario determinar el verdadero beneficiario de las actividades adelantadas por ésta.

IV. SISTEMAS DE CONTROL

A. Control sobre entidades sin ánimo de lucro

Artículo 45. De conformidad con la reglamentación que al efecto expida el Gobierno Nacional, todas las personas jurídicas y las personas naturales que cumplan los requisitos señalados en el reglamento, deberán llevar contabilidad, de acuerdo con los principios generalmente aceptados. Habrá obligación de consolidar los estados financieros por parte de los entes bajo control.

Cuando se cumplan los requisitos, los estados financieros básicos y los estados financieros consolidados deberán ser sometidos a una auditoría financiera.

El Gobierno podrá expedir normas con el objeto de que tal auditoría contribuya a detectar y revelar situaciones que constituyan prácticas violatorias de las disposiciones o principios a que se refiere la presente ley.

Artículo 46. La entidad sin ánimo de lucro que dé aplicación diferente a los recursos que reciba del Estado a cualquier título, será sancionada con cancelación de la personería jurídica y multa equivalente al valor de lo aplicado indebidamente, sin perjuicio de las sanciones penales que por tal hecho se puedan generar.

Artículo 47. El representante legal de una entidad sin ánimo de lucro que reciba recursos del Estado a cualquier título, estará sujeto al régimen de responsabilidad administrativa previsto por el estatuto general de contratación de la Administración Pública para los representantes legales de las entidades del sector público, cuando celebre cualquier tipo de contrato, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

B. Control social

Artículo 48. A partir de la vigencia de esta ley todas las entidades públicas de la rama ejecutiva deberán establecer, a más tardar el 31 de diciembre de cada año, los objetivos a cumplir para el cabal desarrollo de sus funciones durante el año siguiente, así como los planes que incluyan los recursos presupuestados necesarios y las estrategias que habrán de seguir para el logro de esos objetivos, de tal manera que los mismos puedan ser evaluados de acuerdo con los indicadores de eficiencia que se diseñen para cada caso, excepto los gobernadores y alcaldes a quienes en un todo se aplicará lo estipulado en la ley que reglamentó el artículo 259 de la Constitución Política referente a la institución del voto programático.

Parágrafo. A partir de la vigencia de esta ley, todas las entidades públicas diseñarán y revisarán periódicamente un manual de indicadores de eficiencia para la gestión de los servidores públicos, de las dependencias y de la entidad en su conjunto, que deberán corresponder a indicadores generalmente aceptados.

El incumplimiento reiterado de las metas establecidas para los indicadores de eficiencia, por parte de un servidor público, constituirá causal de mala conducta.

(El parágrafo fue inicialmente derogado por el art. 351 Dcto. 1122 de 1999; posteriormente el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999, y finalmente el artículo fue derogado por el art. 163 Dcto. 266 del 2000 de la Presidencia de la República).

Artículo 49. Cada entidad pública, a través de la dependencia a que se refiere el artículo 53 de la presente ley, tendrá una línea telefónica gratuita permanente a disposición de la ciudadanía para que a ella se reporte cualquier recomendación, denuncia o crítica relacionada con la función que desempeña o el servicio que presta. Trimestralmente la entidad presentará un informe compilado a la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, sobre las principales quejas y reclamos, así como la solución que se dio a las mismas.

(Este artículo fue modificado parcialmente por el art. 14 Dcto. 978 de 1999 de la Presidencia de la República; luego fue derogado por el art. 351 Dcto. 1122 de 1999; posteriormente el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999, y finalmente el artículo fue derogado por el art. 163 Dcto. 266 de 2000 de la Presidencia de la República).

Artículo 50. El Fondo para la Participación Ciudadana en coordinación con la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, realizará estudios periódicos con el fin de consultar a la ciudadanía sobre las condiciones de las funciones que desempeñan o los servicios que prestan las entidades del Estado. Los resultados consolidados de estas encuestas serán enviados a los gerentes, representantes legales o directores de

todas las entidades públicas donde se encuentren problemas relacionados con el desempeño de la función o la prestación del servicio, con el fin de que éstos tomen las medidas pertinentes.

Los resultados de estos estudios serán publicados en el informe anual de la comisión a que hace referencia el artículo 73 numeral 7 de la presente ley.

Artículo 51. Con fines de control social y de participación ciudadana, que permitan vigilar la gestión pública, a partir de la vigencia de la presente ley, las alcaldías municipales y distritales y las oficinas o secciones de compras de las gobernaciones y demás dependencias estatales, estarán obligadas a publicar en sitio visible de las dependencias de la respectiva entidad, una vez al mes, en lenguaje sencillo y asequible al ciudadano común, una relación singularizada de los bienes adquiridos y servicios contratados, el objeto y el valor de los mismos, su destino y el nombre del adjudicatario, así como las licitaciones declaradas desiertas.

Parágrafo. A nivel municipal, el personero municipal vigilará el cumplimiento de esta norma. A nivel departamental y nacional lo hará la Procuraduría General de la Nación.

V. ASPECTOS INSTITUCIONALES Y PEDAGÓGICOS

A. Juntas directivas

Artículo 52. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 292 de la Constitución Política, ni los diputados, ni los concejales, ni sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y único civil, ni sus delegados, podrán formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento, distrito o municipio.

Conforme al artículo 292 de la Constitución Política, no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

B. Sistema de quejas y reclamos

Artículo 53. En toda entidad pública, deberá existir una dependencia encargada de recibir, tramitar y resolver las quejas y reclamos que los ciudadanos formulen, y que se relacionen con el cumplimiento de la misión de la entidad.

La oficina de control interno, deberá vigilar que la atención se preste de acuerdo con las normas legales vigentes y rendirá a la administración de la entidad un informe semestral sobre el particular.

Las entidades territoriales dispondrán lo necesario para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo.

Artículo 54. Las dependencias a que hace referencia el artículo anterior que reciban las quejas y reclamos deberán informar periódicamente al jefe o director de la entidad sobre el desempeño de sus funciones, los cuales deberán incluir:

1. Servicios sobre los que se presente el mayor número de quejas y reclamos.
2. Principales recomendaciones sugeridas por los particulares que tengan por objeto mejorar el servicio que preste la entidad, racionalizar el empleo de los recursos disponibles y hacer más participativa la gestión pública.

Artículo 55. Las quejas y reclamos se resolverán o contestarán siguiendo los principios, términos y procedimientos dispuestos en el Código Contencioso Administrativo para el ejercicio del derecho de petición, según se trate del interés particular o general y su incumplimiento dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el mismo.

C. Información sobre la gestión de las entidades públicas

Artículo 56. Dentro de los 2 primeros meses de cada vigencia fiscal, los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes, directores de unidades administrativas especiales y los directores, gerentes o presidentes de las entidades descentralizadas de los órdenes nacional, regional, departamental, distrital, provincial, metropolitano y municipal, deberán presentar a la Comisión Nacional para la Moralización y a la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, un informe sobre los proyectos y acciones que vaya a ejecutar la correspondiente entidad durante dicha vigencia, de acuerdo con la metodología y reglas que defina el Gobierno Nacional.

Las comisiones informarán a la opinión pública sobre el contenido de los informes presentados por los diferentes organismos y entidades.

(Este artículo inicialmente fue modificado por el art. 5.º Dcto. 1681 de 1997 del Departamento Administrativo de la Función Pública; posteriormente fue derogado por el art. 351 Dcto. 1122 de 1999; luego el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999, y finalmente el artículo fue derogado por el art. 163 Dcto. 266 de 2000 de la Presidencia de la República).

Artículo 57. Los ciudadanos y sus organizaciones podrán ejercer control sobre el cumplimiento de dichos informes a través de los mecanismos previstos por la Constitución Política y la ley.

Artículo 58. Todo ciudadano tiene derecho a estar informado periódicamente acerca de las actividades que desarrollen las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas o administren recursos del Estado.

Artículo 59. Como apéndice del *Diario Oficial* créase el *Diario Único de Contratación Pública*, el cual será elaborado y distribuido por la Imprenta Nacional.

El *Diario Único de Contratación Pública* contendrá información sobre los contratos que celebren las entidades públicas del orden nacional. En él se señalarán los contratantes, el objeto, el valor y los valores unitarios si hubiese, el plazo y los adicionales o modificaciones de cada uno de los contratos, y se editará de tal manera que permita establecer parámetros de comparación de acuerdo con los costos, con el plazo, con la clase, de forma que se identifiquen las diferencias apreciables con que contrata la Administración Pública evaluando su eficiencia.

Parágrafo. A partir de la vigencia de esta ley, los contratos a que se refiere este artículo deberán ser publicados dentro de los 3 meses siguientes al pago de los derechos de publicación en el *Diario Oficial*.

Artículo 60. Será requisito indispensable para la legalización de los contratos de que trata el artículo anterior la publicación en el *Diario Único de Contratación Pública*, requisito que se entenderá cumplido con la presentación del recibo de pago por parte del contratista o de la parte obligada contractualmente para tal efecto.

Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional expedirá dentro de los 3 meses siguientes a la promulgación de la presente ley, la reglamentación sobre la publicación, costo, forma de pago, y demás operaciones administrativas necesarias para el cumplimiento de este requisito. Y será responsable de que su edición se haga de tal forma que permita establecer indicadores y parámetros de comparación en la contratación pública.

Parágrafo 2.º Entre la fecha del pago a que se refiere este artículo y la publicación de la información relacionada con el contrato respectivo en el *Diario Único de Contratación Pública*, no podrán transcurrir más de 2 meses.

Artículo 61. Mensualmente las entidades públicas de todos los órdenes enviarán a la Imprenta Nacional una relación de los contratos celebrados que superen el 50% de su menor cuantía en la cual deberán detallarse las personas contratantes, el objeto, el valor total y los costos unitarios, el plazo, los adicionales y modificaciones que hubiesen celebrado, el interventor y toda la información necesaria a fin de comparar y evaluar dicha contratación.

Artículo 62. El incumplimiento de lo ordenado en el artículo anterior será causal de mala conducta para el representante legal de cada entidad y dará lugar a su destitución.

D. Aspectos pedagógicos

Artículo 63. El Ministerio de Educación Nacional regulará el contenido curricular en los diversos niveles de educación, de tal manera que se dé instrucción sobre lo dispuesto en la presente ley, haciendo énfasis en los deberes y derechos ciudadanos, la organización del Estado colombiano y las responsabilidades de los servidores públicos.

Artículo 64. Todas las entidades públicas tendrán un programa de inducción para el personal que ingrese a la entidad, y uno de actualización cada 2 años, que contempla-

rán —entre otros— las normas sobre inhabilidades, incompatibilidades, las normas que riñen con la moral administrativa, y en especial los aspectos contenidos en esta ley.

La Escuela Superior de Administración Pública regulará el contenido curricular, preparará el respectivo material didáctico y ofrecerá a las diversas entidades públicas los cursos y programas dispuestos en este artículo.

En todos los casos los servidores públicos deberán tomar los cursos y programas previstos en este artículo.

Artículo 65. El Gobierno Nacional deberá adelantar periódicamente campañas masivas de difusión en materia de responsabilidad de los servidores públicos, deberes y derechos ciudadanos, delitos contra la Administración Pública y mecanismos de fiscalización y control ciudadano a la gestión pública, sin perjuicio de los cursos alternos que sobre el particular se encomienden a instituciones privadas.

El Ministerio de Gobierno, en coordinación con el Ministerio de Comunicaciones, adelantará campañas publicitarias y de toda índole, tendientes a fomentar la moralización administrativa, a prevenir y combatir todos los actos y hechos que atenten contra ella, así como a difundir el contenido, los objetivos y el cumplimiento de la presente ley y de las demás normas sobre la materia.

E. Otros

Artículo 66. Los empleados y/o contratistas de la unidad de trabajo legislativo de las cámaras no podrán tener vínculos por matrimonio o unión permanente o de parentesco en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con cualquier congresista o funcionario administrativo que intervenga en su designación.

(El cap. VI de la presente ley fue derogado por el art. 14 Dcto. 978 de 1999 de la Presidencia de la República).

VI. COMISIÓN NACIONAL PARA LA MORALIZACIÓN Y COMISIÓN CIUDADANA PARA LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo 67. Créase la Comisión Nacional para la Moralización, como un organismo adscrito a la Presidencia de la República. (Derogado).

Artículo 68. La Comisión Nacional para la Moralización estará integrada por:

1. El Presidente de la República.
2. El ministro de Gobierno.
3. El ministro de Justicia y del Derecho.

4. El Procurador General de la Nación.
5. El Contralor General de la República.
6. El presidente del Senado.
7. El presidente de la Cámara de Representantes.
8. El Fiscal General de la Nación.
9. El presidente de la Corte Suprema de Justicia.
10. El Defensor del Pueblo.

(Derogado).

Artículo 69. La presidencia de la Comisión Nacional para la Moralización corresponderá al Presidente de la República. (Derogado).

Artículo 70. Son funciones de la Comisión Nacional para la Moralización:

1. Colaborar con los organismos de control para la vigilancia de la gestión pública nacional.
2. Establecer las prioridades para afrontar las situaciones que atenten o lesionen la moralidad en la Administración Pública.
3. Adoptar una estrategia anual que propenda por la transparencia, eficiencia y demás principios que deben regir la Administración Pública.
4. Velar por la adecuada coordinación de los organismos estatales en la ejecución de las políticas, planes y programas en materia de moralidad de la Administración Pública y supervigilar su cumplimiento.
5. Efectuar el seguimiento y evaluación periódica de las políticas, planes y programas en materia de moralización de la Administración Pública, que se pongan en marcha y formular las recomendaciones a que haya lugar.
6. Promover y coordinar intercambios de información, entre las entidades de control de la gestión pública.
7. Coordinar la ejecución de políticas que permitan la eficaz participación ciudadana en el control de la gestión pública.
8. Dar cumplimiento al artículo 56 de la presente ley.

(Este artículo fue derogado por el art. 5.º Dcto 1681 de 1997).

Artículo 71. Créase la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, la cual estará integrada por 7 comisionados, quienes tendrán el carácter de servidores públicos y serán designados por el Presidente de la República, por un período fijo de 4 años. Todo ciudadano que cumpla los requisitos legales, tiene derecho a presentar su nombre como candidato a la comisión. (Derogado).

Artículo 72. Son requisitos para ser miembro de la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción:

1. Ser ciudadano colombiano en ejercicio.
2. No haber sido condenado por delito o contravención dolosos.
3. No ser servidor público, ni tener vínculo contractual con el Estado.

Parágrafo. Para la designación de los miembros de la Comisión Ciudadana de Lucha contra la Corrupción, el Presidente de la República deberá tener en cuenta una adecuada y equitativa distribución de carácter regional.

(Este artículo fue derogado por el art. 5.º Dcto. 1681 de 1997).

Artículo 73. Son funciones y facultades de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción:

1. Examinar y aconsejar a las entidades públicas y privadas sobre las fuentes de corrupción que están facilitando sus propios sistemas y recomendar formas para combatirlas.
2. Proponer e impulsar la ejecución de políticas en materia educativa para promover el espíritu cívico, los valores y principios de convivencia ciudadana y el respeto hacia el interés público, así como prevenir los efectos dañinos de la corrupción y la necesidad del respaldo público para combatirla.
3. Realizar audiencias públicas para analizar situaciones de corrupción administrativa y formular las recomendaciones pertinentes.
4. Presentar anualmente un informe en el cual se especifiquen los principales factores de la corrupción administrativa, señalando los fenómenos más comunes de ella.
5. Realizar encuestas periódicas tendientes a determinar las causas de la corrupción administrativa y judicial y vigilar que los resultados de ellas sirvan como instrumento para dar soluciones prontas y reales.

6. Recibir las quejas sobre corrupción que ante ella se presenten y formular las correspondientes denuncias penales y administrativas cuando a ello hubiere lugar, sin perjuicio del deber de denuncia que asiste a los ciudadanos.

7. Realizar una publicación anual con los resultados de su gestión y con los informes de que trata la presente ley.

8. Vigilar que el proceso de contratación se realice de acuerdo con los criterios legales vigentes, dando prioridad a la contratación con las organizaciones sociales y comunitarias.

9. Vigilar y fiscalizar la ejecución y calidad técnica de las obras, programas e inversiones en el correspondiente nivel territorial.

10. Recibir los informes, observaciones y sugerencias que presenten los ciudadanos y sus organizaciones y remitirlos a las entidades competentes para su atención.

11. Solicitar a interventores, supervisores, contratistas, autoridades oficiales contratantes, y demás autoridades concernidas, los informes verbales o escritos que permitan conocer el cumplimiento de los respectivos programas, contratos o proyectos.

12. Denunciar ante las autoridades competentes los hechos o actuaciones irregulares de los servidores públicos de que tengan conocimiento en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución Nacional.

13. Velar por que la Administración mantenga actualizado el inventario y propiedad de bienes muebles e inmuebles pertenecientes a las diversas entidades, así como por su adecuada utilización.

14. Dar cumplimiento al artículo 56 de la presente ley.

15. En general, velar por el cumplimiento de la presente ley.

(Derogado por el art. 5.º Dcto. 1681 de 1997).

Artículo 74. Para la financiación de las actividades de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción, y su secretaría técnica, se creará una partida en el presupuesto del Ministerio de Justicia y del Derecho.

(Este artículo fue derogado por el art. 5.º Dcto. 1681 de 1997).

Artículo 75. Para tal efecto, el Ministro de Justicia y del Derecho presentará el proyecto de costos.

(Este artículo fue derogado por el art. 5.º Dcto. 1681 de 1997).

VII. DE LA INTERVENCIÓN DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Artículo 76. Las investigaciones que sobre los actos de las autoridades públicas adelanten los periodistas y los medios de comunicación en general, son manifestación de la función social que cumple la libertad de expresión e información y recibirán protección y apoyo por parte de todos los servidores públicos, y deberán ser ejercidas con la mayor responsabilidad y con el mayor respeto por los derechos fundamentales al debido proceso, honra y buen nombre. Su incumplimiento dará lugar a las acciones correspondientes.

Artículo 77. Los periodistas tendrán acceso garantizado al conocimiento de los documentos, actos administrativos y demás elementos ilustrativos de las motivaciones de la conducta de las autoridades públicas, sin restricciones diferentes a las expresamente consagradas en la ley.

Artículo 78. En las investigaciones penales la reserva de la instrucción no impedirá a los funcionarios competentes proporcionar a los medios de comunicación información sobre los siguientes aspectos:

Existencia de un proceso penal, el delito por el cual se investiga a las personas legalmente vinculadas al proceso, la entidad a la cual pertenecen las personas si fuere el caso y su nombre, siempre y cuando se haya dictado medida de aseguramiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal.

Si la medida de aseguramiento no se ha hecho efectiva, el funcionario podrá no hacer pública la información.

Artículo 79. Será causal de mala conducta el hecho de que un funcionario público obstaculice, retarde o niegue inmotivadamente el acceso de la ciudadanía, en general, y de los medios de comunicación, en particular, a los documentos que reposen en la dependencia a su cargo y cuya solicitud se haya presentado con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

La decisión de negar el acceso a los documentos públicos será siempre motivada, con base en la existencia de reserva legal o constitucional, o cuando exista norma especial que atribuya la facultad de informar a un funcionario de superior jerarquía.

Ninguna de las disposiciones consagradas en esta ley podrá utilizarse como medio para eximirse de las responsabilidades derivadas del periodismo.

VIII. DISPOSICIONES SOBRE REVISORES FISCALES

Artículo 80. Los revisores fiscales de las personas jurídicas que sean contratistas del Estado colombiano, ejercerán las siguientes funciones, sin perjuicio de las demás que le señalen las leyes o los estatutos:

1. Velar para que en la obtención o adjudicación de contratos por parte del Estado, las personas jurídicas objeto de su fiscalización, no efectúen pagos, desembolsos o retribuciones de ningún tipo en favor de funcionarios estatales.
2. Velar por que en los estados financieros de las personas jurídicas fiscalizadas, se reflejen fidedignamente los ingresos y costos del respectivo contrato.
3. Colaborar con los funcionarios estatales que ejerzan funciones de interventoría, control o auditoría de los contratos celebrados, entregándoles los informes que sean pertinentes o los que le sean solicitados.
4. Las demás que le señalen las disposiciones legales sobre esta materia.

IX. DISPOSICIONES VARIAS

Artículo 81. *Garantías procesales.* La presente ley, o cualquiera otra de carácter penal, sustantivo o procesal de efectos sustantivos, no podrán aplicarse con retroactividad. Igualmente, las mismas normas no se aplicarán una vez producidos todos sus efectos. Se exceptúan de estas prescripciones las normas creadoras de situaciones de favorabilidad para el sindicado o procesado.

Nadie podrá ser condenado por juez o autoridad competente sin que exista en su contra plena prueba legal, regular y oportuna, de todos los elementos constitutivos del delito, infracción disciplinaria o contravencional y de la consecuente responsabilidad.

Toda duda, conforme al principio *in dubio pro reo*, debe resolverse por el juez o la autoridad competente a favor del sindicado o procesado.

En desarrollo de las actuaciones penales, disciplinarias y contravencionales, prevalece el principio de la presunción de inocencia. En consecuencia, en todo proceso penal, disciplinario o contravencional la carga de la prueba estará siempre a cargo del Estado, tanto en las etapas de indagación preliminar como en las del proceso.

En caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificará a éste o éstos, para que ejerzan su derecho de defensa.

Artículo 82. *Control de legalidad de las medidas de aseguramiento y de decisiones relativas a la propiedad, tenencia o custodia de bienes.* Las medidas de aseguramiento proferidas por la Fiscalía General de la Nación o por sus agentes, una vez que se encuentren ejecutoriadas, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez de conocimiento, previa petición motivada del interesado, de su defensor o del Ministerio Público. La presentación de la solicitud y su trámite, no suspenden el cumplimiento de la providencia ni el curso de la actuación procesal.

Las decisiones que se tomen por la Fiscalía General de la Nación o por cualquier autoridad competente y que afecten la propiedad, posesión, tenencia o custodia de

bienes muebles o inmuebles, podrán ser revisadas en su legalidad por el correspondiente juez del conocimiento, a solicitud de parte, de terceros afectados o del Ministerio Público. Esta solicitud de revisión no suspende la diligencia ni el curso de la actuación procesal. Se exceptúan de la anterior disposición aquellos bienes que se encuentren fuera del comercio o que por su naturaleza deban ser destruidos.

Para que proceda el control de legalidad sobre las decisiones que se tomen mediante providencia por parte de la Fiscalía General de la Nación o de cualquier otra autoridad competente, a que se refiere este inciso, será requisito que ella se encuentre ejecutoriada. Si se trata de una actuación que no se origina en una providencia, el control de legalidad podrá ejercerse de inmediato.

Formulada la petición ante el fiscal, éste remitirá copia del expediente al juez de conocimiento, previo el correspondiente sorteo. Si el juez encontrare infundada la solicitud la desechará de plano. En caso contrario, la admitirá y correrá traslado común a los demás sujetos procesales por el término de 5 días. Vencido el término anterior, el juez decidirá dentro de los 5 días siguientes. Las decisiones que tome el juez en desarrollo del presente artículo, no admiten ningún recurso.

Artículo 83. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política, revístase al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que en el término de 6 meses, contados a partir de la promulgación de la presente ley, expida normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios, existentes en la Administración Pública. En ejercicio de dichas facultades no podrá modificar códigos, ni leyes estatutarias u orgánicas.

Los presidentes de las comisiones primeras constitucionales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes designarán, cada una, dos de sus miembros que colaboren con el Gobierno para el ejercicio de las facultades a que se refiere este artículo.

Artículo 84. La Dirección General de Políticas Jurídicas y Desarrollo Legislativo del Ministerio de Justicia y del Derecho evaluará los efectos que resulten de la aplicación de la presente ley. Los resultados de dicha evaluación se consignarán en un informe que será presentado al Senado de la República y a la Cámara de Representantes dentro de los 18 meses siguientes a la vigencia de esta ley.

Artículo 85. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

ANEXO CUARTO

LEY 80 DE 1993

Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

I. DE LAS DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.º. *Del objeto.* La presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales.

Artículo 2.º *De la definición de entidades, servidores y servicios públicos.* Para los solos efectos de esta ley:

1. Se denominan entidades estatales:

a. La Nación, las regiones, los departamentos, las provincias, el Distrito Capital y los distritos especiales, las áreas metropolitanas, las asociaciones de municipios, los territorios indígenas y los municipios; los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta en las que el Estado tenga participación superior al 50%, así como las entidades descentralizadas indirectas y las demás personas jurídicas en las que exista dicha participación pública mayoritaria, cualquiera sea la denominación que ellas adopten, en todos los órdenes y niveles, y

b. El Senado de la República, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Contraloría General de la República, las contralorías departamentales, distritales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, los ministerios, los departamentos administrativos, las superintendencias, las unidades administrativas especiales y, en general, los organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorgue capacidad para celebrar contratos.

2. Se denominan servidores públicos:

a. Las personas naturales que prestan sus servicios dependientes a los organismos y entidades de que trata este artículo, con excepción de las asociaciones y fundaciones de participación mixta en las cuales dicha denominación se predicará exclusivamente de sus representantes legales y de los funcionarios de los niveles directivo, asesor o ejecutivo o sus equivalentes en quienes se delegue la celebración de contratos en representación de aquéllas, y

b. Los miembros de las corporaciones públicas que tengan capacidad para celebrar contratos en representación de éstas.

3. Se denominan servicios públicos: los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado, así como aquellos mediante los cuales el Estado busca preservar el orden y asegurar el cumplimiento de sus fines.

Parágrafo. Para los solos efectos de esta ley, también se denominan entidades estatales las cooperativas y asociaciones conformadas por entidades territoriales, las cuales estarán

sujetas a las disposiciones del presente estatuto, especialmente cuando en desarrollo de convenios interadministrativos celebren contratos por cuenta de dichas entidades.

Artículo 3.º De los fines de la contratación estatal. Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, 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.

Artículo 4.º De los derechos y deberes de las entidades estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:

1. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.
2. Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.
3. Solicitarán la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren en su contra el equilibrio económico o financiero del contrato.
4. Adelantarán revisiones periódicas de las obras ejecutadas, servicios prestados o bienes suministrados, para verificar que ellos cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas, y promoverán las acciones de responsabilidad contra éstos y sus garantes cuando dichas condiciones no se cumplan.

Las revisiones periódicas a que se refiere el presente numeral deberán llevarse a cabo por lo menos una vez cada 6 meses durante el término de vigencia de las garantías.

5. Exigirán que la calidad de los bienes y servicios adquiridos por las entidades estatales se ajuste a los requisitos mínimos previstos en las normas técnicas obligatorias, sin perjuicio de la facultad de exigir que tales bienes o servicios cumplan con las normas técnicas colombianas o, en su defecto, con normas internacionales elaboradas por organismos reconocidos a nivel mundial o con normas extranjeras aceptadas en los acuerdos internacionales suscritos por Colombia.

6. Adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

7. Sin perjuicio del llamamiento en garantía, repetirán contra los servidores públicos, contra el contratista o los terceros responsables, según el caso, por las indemnizaciones que deban pagar como consecuencia de la actividad contractual.

8. Adoptarán las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer en los casos en que se hubiere realizado licitación o concurso, o de contratar en los casos de contratación directa. Para ello utilizarán los mecanismos de ajuste y revisión de precios, acudirán a los procedimientos de revisión y corrección de tales mecanismos si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución y pactarán intereses moratorios.

Sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado.

9. Actuarán de tal modo que por causas a ellas imputables, no sobrevenga una mayor onerosidad en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. Con este fin, en el menor tiempo posible, corregirán los desajustes que pudieren presentarse y acordarán los mecanismos y procedimientos pertinentes para precaver o solucionar rápida y eficazmente las diferencias o situaciones litigiosas que llegaren a presentarse.

Artículo 5.º *De los derechos y deberes de los contratistas.* Para la realización de los fines de que trata el artículo 3.º de esta ley, los contratistas:

1. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la Administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.

2. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entabamientos que pudieran presentarse.

3. Podrán acudir a las autoridades con el fin de obtener la protección de los derechos derivados del contrato y la sanción para quienes los desconozcan o vulneren.

Las autoridades no podrán condicionar la participación en licitaciones o concursos, ni la adjudicación, adición o modificación de contratos, como tampoco la cancelación de las sumas adeudadas al contratista, a la renuncia, desistimiento o abandono de peticiones, acciones, demandas y reclamaciones por parte de éste.

4. Garantizarán la calidad de los bienes y servicios contratados y responderán por ello.

5. No accederán a peticiones o amenazas de quienes actúen por fuera de la ley con el fin de obligarlos a hacer u omitir algún acto o hecho.

Cuando se presenten tales peticiones o amenazas, los contratistas deberán informar inmediatamente de su ocurrencia a la entidad contratante y a las demás autoridades competentes para que ellas adopten las medidas y correctivos que fueren necesarios. El incumplimiento de esta obligación y la celebración de los pactos o acuerdos prohibidos, dará lugar a la declaratoria de caducidad del contrato.

Artículo 6.º *De la capacidad para contratar.* Pueden celebrar contratos con las entidades estatales las personas consideradas legalmente capaces en las disposiciones vigentes. También podrán celebrar contratos con las entidades estatales, los consorcios y uniones temporales.

Las personas jurídicas nacionales y extranjeras deberán acreditar que su duración no será inferior a la del plazo del contrato y 1 año más.

Artículo 7.º *De los consorcios y uniones temporales.* Para los efectos de esta ley se entiende por:

1. Consorcio. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que lo conforman.

2. Unión temporal. Cuando dos o más personas en forma conjunta presentan una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento total de la propuesta y del objeto contratado, pero las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato se impondrán de acuerdo con la participación en la ejecución de cada uno de los miembros de la unión temporal.

Parágrafo 1.º Los proponentes indicarán si su participación es a título de consorcio o unión temporal y, en este último caso, señalarán los términos y extensión de la participación en la propuesta y en su ejecución, los cuales no podrán ser modificados sin el consentimiento previo de la entidad estatal contratante.

Los miembros del consorcio y de la unión temporal deberán designar la persona que, para todos los efectos, representará al consorcio o unión temporal y señalarán las reglas básicas que regulen las relaciones entre ellos y su responsabilidad.

Parágrafo 2.º Para efectos impositivos, a los consorcios y uniones temporales se les aplicará el régimen previsto en el estatuto tributario para las sociedades pero, en ningún caso, estarán sujetos a doble tributación.

(Este párrafo fue derogado por el art. 285 Ley 223 de 1995).

Parágrafo 3.º En los casos en que se conformen sociedades bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley con el único objeto de presentar una propuesta, celebrar y ejecutar un contrato estatal, la responsabilidad y sus efectos se regirán por las disposiciones previstas en esta ley para los consorcios.

Artículo 8.º *De las inhabilidades e incompatibilidades para contratar.* 1. Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a. Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes;
- b. Quienes participaron en las licitaciones o concursos o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados;
- c. Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad;
- d. Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución;
- e. Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado;
- f. Los servidores públicos;
- g. Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso;
- h. Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso, e
- i. Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquéllos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c, d e i se extenderán por un término de 5 años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b y e, se extenderán por un término de 5 años contado a partir de la fecha

de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2. Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a. Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de 1 año, contado a partir de la fecha del retiro;

b. Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante;

c. El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal;

d. Las corporaciones, asociaciones, fundaciones, y las sociedades anónimas, que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo o el miembro de la junta o consejo directivo, el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo, y

e. Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Parágrafo 1.º La inhabilidad prevista en el literal d del ordinal 2.º de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

Parágrafo 2.º Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

Artículo 9.º *De las inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes.* Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

Artículo 10.º *De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.* No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.

Artículo 11. *De la competencia para dirigir licitaciones o concursos y para celebrar contratos estatales.* En las entidades estatales a que se refiere el artículo 2.1, la competencia para ordenar y dirigir la celebración de licitaciones o concursos, y para escoger contratistas será del jefe o representante de la entidad, según el caso.

2. Tiene competencia para celebrar contratos a nombre de la Nación, el Presidente de la República.

3. Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva:

a. Los ministros del despacho, los directores de departamentos administrativos, los superintendentes, los jefes de unidades administrativas especiales, el presidente del Senado de la República, el presidente de la Cámara de Representantes, los presidentes de la sala administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y de sus consejos seccionales, el Fiscal General de la Nación, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación y el Registrador Nacional del Estado Civil;

b. A nivel territorial, los gobernadores de los departamentos, los alcaldes municipales y de los distritos capital y especiales, los contralores departamentales, distritales y municipales, y los representantes legales de las regiones, las provincias, las áreas metropolitanas, los territorios indígenas y las asociaciones de municipios, en los términos y condiciones de las normas legales que regulen la organización y el funcionamiento de dichas entidades, y

c. Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles.

Artículo 12. De la delegación para contratar. Los jefes y los representantes legales de las entidades estatales podrán delegar total o parcialmente la competencia para celebrar contratos y desconcentrar la realización de licitaciones o concursos en los servidores públicos que desempeñen cargos del nivel directivo o ejecutivo o en sus equivalentes.

Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.

Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.

Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.

Artículo 14. De los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato. En consecuencia, con el exclusivo objeto de evitar la paralización o la afectación grave de los servicios públicos a su cargo y asegurar la inmediata, continua y adecuada prestación, podrán, en los casos previstos en el numeral segundo de este artículo, interpretar los documentos contractuales y las estipulaciones en ellos convenidas, introducir modificaciones a lo contratado y, cuando las condiciones particulares de la prestación así lo exijan, terminar unilateralmente el contrato celebrado.

En los actos en que se ejercite algunas de estas potestades excepcionales deberá procederse al reconocimiento y orden de pago de las compensaciones e indemnizaciones a que tengan derecho las personas objeto de tales medidas y se aplicarán los mecanismos de ajuste de las condiciones y términos contractuales a que haya lugar, todo ello con el fin de mantener la ecuación o equilibrio inicial.

Contra los actos administrativos que ordenen la interpretación, modificación y terminación unilaterales, procederá el recurso de reposición sin perjuicio de la acción contractual que puede intentar el contratista según lo previsto en el artículo 77 de esta ley.

2. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caduci-

dad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

Parágrafo. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral segundo de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.

Artículo 15. *De la interpretación unilateral.* Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.

Artículo 16. *De la modificación unilateral.* Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, fuere necesario introducir variaciones en el contrato y previamente las partes no llegaran al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios.

Si las modificaciones alteran el valor del contrato en un 20% o más del valor inicial, el contratista podrá renunciar a la continuación de la ejecución. En este evento, se ordenará la liquidación del contrato y la entidad adoptará de manera inmediata las medidas que fueren necesarias para garantizar la terminación del objeto del mismo.

Artículo 17. *De la terminación unilateral.* La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.

2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.

3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.

4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2 y 3 de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

(El texto en cursiva fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-454 de 1994, cuando la incapacidad física permanente impida de manera absoluta el cumplimiento de las obligaciones específicamente contractuales, si ellas dependen de las habilidades físicas del contratista).

Artículo 18. *De la caducidad y sus efectos.* La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento.

Artículo 19. *De la reversión.* En los contratos de explotación o concesión de bienes estatales se pactará que, al finalizar el término de la explotación o concesión, los elementos y bienes directamente afectados a la misma pasen a ser propiedad de la entidad contratante, sin que por ello ésta deba efectuar compensación alguna.

Artículo 20. De la reciprocidad. En los procesos de contratación estatal se concederá al proponente de bienes y servicios de origen extranjero, el mismo tratamiento y en las mismas condiciones, requisitos, procedimientos y criterios de adjudicación que el tratamiento concedido al nacional, exclusivamente bajo el principio de reciprocidad.

Se entiende por principio de reciprocidad, el compromiso adquirido por otro país, mediante acuerdo, tratado o convenio celebrado con Colombia, en el sentido de que a las ofertas de bienes y servicios colombianos se les concederá en ese país el mismo tratamiento otorgado a sus nacionales en cuanto a las condiciones, requisitos, procedimientos y criterios para la adjudicación de los contratos celebrados con el sector público.

Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional, en los acuerdos, tratados o convenios que celebre para estos efectos, deberá establecer todos los mecanismos necesarios para hacer cumplir el tratamiento igualitario entre el nacional y el extranjero tanto en Colombia como en el territorio del país con quien se celebre el mencionado acuerdo, convenio o tratado.

Parágrafo 2.º Cuando para los efectos previstos en este artículo no se hubiere celebrado acuerdo, tratado o convenio, los proponentes de bienes y servicios de origen extranjero podrán participar en los procesos de contratación en las mismas condiciones y con los mismos requisitos exigidos a los nacionales colombianos, siempre y cuando en sus respectivos países los proponentes de bienes y servicios de origen colombiano gocen de iguales oportunidades. El Gobierno Nacional establecerá los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la reciprocidad prevista en este parágrafo.

Artículo 21. Del tratamiento y preferencia de las ofertas nacionales. Las entidades estatales garantizarán la participación de los oferentes de bienes y servicios de origen nacional, en condiciones competitivas de calidad, oportunidad y precio, sin perjuicio del procedimiento de selección objetiva que se utilice y siempre y cuando exista oferta de origen nacional.

Cuando se trate de la ejecución de proyectos de inversión se dispondrá la desagregación tecnológica.

En los contratos de empréstito y demás formas de financiamiento, distintos de los créditos de proveedores, se buscará que no se exija el empleo o la adquisición de bienes o la prestación de servicios de procedencia extranjera específica, o que a ello se condicione el otorgamiento. Así mismo, se buscará incorporar condiciones que garanticen la participación de oferentes de bienes y servicios de origen nacional.

En igualdad de condiciones para contratar, se preferirá la oferta de bienes y servicios de origen nacional.

Para los oferentes extranjeros que se encuentren en igualdad de condiciones, se preferirá aquél que contenga mayor incorporación de recursos humanos nacionales, mayor componente nacional y mejores condiciones para la transferencia tecnológica.

El Consejo Superior de Comercio Exterior determinará el régimen vigente para las importaciones de las entidades estatales.

Parágrafo 1.º El Gobierno Nacional determinará qué debe entenderse por bienes y servicios de origen nacional y de origen extranjero y por desagregación tecnológica. Corresponde también al Gobierno Nacional diseñar mecanismos que faciliten el conocimiento oportuno tanto de la oferta de bienes y servicios de origen nacional, como de la demanda de las entidades estatales.

Parágrafo 2.º El Gobierno Nacional reglamentará el componente nacional al que deben someterse las entidades estatales, para garantizar la participación de las ofertas de bienes y servicios de origen nacional.

Artículo 22. *De los registros de proponentes.* Todas las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con las entidades estatales, contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles, se inscribirán en la cámara de comercio de su jurisdicción y deberán estar clasificadas y calificadas de conformidad con lo previsto en este artículo.

El Gobierno Nacional adoptará un formulario único y determinará los documentos estrictamente indispensables que las cámaras de comercio podrán exigir para realizar la inscripción. Así mismo, adoptará el formato de certificación que deberán utilizar las cámaras de comercio.

Con base en los formularios y en los documentos presentados, las cámaras de comercio conformarán un registro especial de inscritos clasificados por especialidades, grupos o clases de acuerdo con la naturaleza de los bienes o servicios ofrecidos, y expedirán las certificaciones o informaciones que en relación con el mismo se les solicite.

La certificación servirá de prueba de la existencia y representación del contratista y de las facultades de su representante legal e incluirá la información relacionada con la clasificación y calificación del inscrito.

En relación con los contratos ejecutados incluirá la cuantía, expresada en términos de valor actualizado, y los respectivos plazos y adiciones. En la certificación constarán, igualmente, los datos e informaciones sobre cumplimiento en contratos anteriores, experiencia, capacidad técnica y administrativa, relación de equipo y su disponibilidad, multas y sanciones impuestas y el término de su duración.

No se requerirá de este registro, ni de calificación ni clasificación, en los casos de contratación de urgencia a que se refiere el artículo 42 de esta ley; contratación de menor cuantía a que se refiere el artículo 24 de esta ley; contratación para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas; contratos de prestación de servicios y contratos de concesión de cualquier índole y cuando se trate de adquisición de bienes cuyo precio se encuentre regulado por el Gobierno Nacional.

El registro de proponentes será público y por tanto cualquier persona puede solicitar que se le expidan certificaciones sobre las inscripciones, calificaciones y clasificaciones que contenga.

22.1. De la información sobre contratos, multas y sanciones de los inscritos. Las entidades estatales enviarán semestralmente, a la cámara de comercio que tenga jurisdicción en el lugar del domicilio del inscrito, la información concerniente a los contratos ejecutados, cuantía, cumplimiento de los mismos y las multas y sanciones que en relación con ellos se hubieren impuesto. El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

22.2. De la renovación, actualización y modificación. La inscripción en la cámara de comercio se renovará anualmente, para lo cual los inscritos deberán diligenciar y presentar el formulario que para el efecto determine el Gobierno Nacional, junto con los documentos actualizados que en él se indiquen. En dicho formulario los inscritos informarán sobre las variaciones referentes a su actividad a fin de que se tome nota de ellas en el correspondiente registro.

Las personas inscritas podrán solicitar a la cámara de comercio la actualización, modificación o cancelación de su inscripción cada vez que lo estimen conveniente, mediante la utilización de los formularios que el Gobierno Nacional establezca para el efecto.

22.3. De la clasificación y calificación de los inscritos. La clasificación y calificación la efectuarán las mismas personas naturales o jurídicas interesadas en contratar con las entidades estatales, ciñéndose estrictamente a la reglamentación que expida el Gobierno Nacional en aplicación de criterios de experiencia, capacidad financiera, técnica, organización, disponibilidad de equipos, y se presentará a la respectiva cámara de comercio simultáneamente con las solicitud de inscripción. La entidad contratante se reservará la facultad de verificar la información contenida en el certificado expedido por la cámara de comercio y en el formulario de clasificación y calificación.

La capacidad financiera del inscrito se establecerá con base en la última declaración de renta y en el último balance comercial con sus anexos para las personas nacionales y en los documentos equivalentes a los anteriores, para las personas extranjeras.

La calificación determinará la capacidad máxima de contratación del inscrito y será válida ante todas las entidades estatales de todos los órdenes y niveles.

22.4. Del registro de personas extranjeras. Cuando se trate de personas naturales extranjeras sin domicilio en el país o de personas jurídicas privadas extranjeras que no tengan establecida sucursal en Colombia, que pretendan presentar propuestas o celebrar contratos para los cuales se requiera presentar el registro previsto en esta ley, se les exigirá el documento que acredite la inscripción en el registro correspondiente en el país en donde tiene su domicilio principal, así como los documentos que acrediten su existencia y su representación legal, cuando a esto último hubiere lugar. En defecto de

dicho documento de inscripción deberán presentar la certificación de inscripción en el registro establecido en esta ley. Adicionalmente, deberán acreditar en el país un apoderado domiciliado en Colombia debidamente facultado para presentar la propuesta y celebrar el contrato, así como para representarlas judicial y extrajudicialmente.

Los documentos otorgados en el exterior deberán presentarse legalizados en la forma prevista en las normas vigentes sobre la materia. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio del deber a cargo de la entidad estatal respectiva de exigir a dichas personas documentos o informaciones que acrediten su experiencia, capacidad e idoneidad.

22.5. De la impugnación de la clasificación y calificación. Cualquier persona inconforme con la calificación y clasificación de los inscritos, podrá impugnarlas ante la respectiva cámara de comercio. El acto administrativo de la cámara de comercio que decida la impugnación podrá ser objeto del recurso de reposición y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en los términos del Código Contencioso Administrativo. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Las entidades estatales deberán impugnar la clasificación y calificación de cualquier inscrito cuando adviertan irregularidades o graves inconsistencias. El Gobierno reglamentará el cumplimiento de lo dispuesto en este artículo.

22.6. De las sanciones. Cuando se demuestre que el inscrito de mala fe presentó documentos o informaciones para la inscripción, calificación o clasificación que no correspondan a la realidad, se ordenará, previa audiencia del afectado, la cancelación del registro quedando en tal caso inhabilitado para contratar con las entidades estatales por el término de 10 años sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar.

22.7. De los boletines de información de licitaciones. Las entidades estatales deberán remitir a las cámaras de comercio de su jurisdicción, la información general de cada licitación o concurso que pretendan abrir en la forma y dentro de los plazos que fije el reglamento.

Con base en esta información las cámaras de comercio elaborarán y publicarán un boletín mensual, que será público, sin perjuicio de lo establecido en el numeral tercero del artículo 30 de esta ley.

El servidor público que incumpla esta obligación incurrirá en causal de mala conducta.

22.8. (Modificado por el art. 122 Dcto. 266 de 2000 de la Presidencia de la República). *De la fijación de tarifas.* El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de la inscripción en el registro de proponentes, así como por su renovación y actualización y por las certificaciones que se les solicite en relación con dicho registro. Igualmente fijará el costo de la publicación del boletín de información y del trámite de impugnación de la calificación

y clasificación. Para estos efectos, el Gobierno deberá tener en cuenta el costo de la operación de registro, en que incurran las cámaras de comercio, así como de la expedición de certificados, de publicación del boletín de información y del trámite de impugnación.

22.9. (Modificado por el art. 247 Dcto. 1122 de 1999 del Ministerio del Interior; el Dcto. 1122 de 1999 fue declarado inexecutable, a partir de la fecha de su promulgación, por la Corte Constitucional en sentencia C-923 de 1999). De la vigencia del registro. El registro de calificación y clasificación a que se refiere este artículo, regirá un año después de la promulgación de la presente ley. Los registros actualmente existentes, así como el régimen de renovación de inscripciones, continuarán hasta que entre en vigencia el registro de proponentes de que trata este artículo.

II. DE LOS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

Artículo 23. *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 a 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.

Artículo 24. *Del principio de transparencia.* En virtud de este principio:

1. La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos, salvo en los siguientes casos en los que se podrá contratar directamente:

a. Menor cuantía. Se entenderá por menor cuantía los valores que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 1.000.000 e inferior a 1.200.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 800 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 600 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 400 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 12.000 e inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 250 salarios

mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual superior o igual a 6.000 salarios mínimos legales mensuales e inferior a 12.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 100 salarios mínimos legales mensuales, y las que tengan un presupuesto anual inferior a 6.000 salarios mínimos legales mensuales, la menor cuantía será hasta 25 salarios mínimos legales mensuales;

(Nota: cfr. art. 38 Dcto. Ley 2150 de 1995 y Dcto. 62 de 1996).

b. Empréstitos;

c. Interadministrativos, con excepción del contrato de seguro;

d. Para la prestación de servicios profesionales o para la ejecución de trabajos artísticos que sólo puedan encomendarse a determinadas personas naturales o jurídicas, o para el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas;

e. Arrendamiento o adquisición de inmuebles;

f. Urgencia manifiesta;

g. Declaratoria de desierta de la licitación o concurso;

h. Cuando no se presente propuesta alguna o ninguna propuesta se ajuste al pliego de condiciones, o términos de referencia o, en general, cuando falte voluntad de participación;

i. Bienes y servicios que se requieran para la defensa y seguridad nacional;

j. Cuando no exista pluralidad de oferentes;

k. Productos de origen o destinación agropecuarios que se ofrezcan en las bolsas de productos legalmente constituidas;

l. Los contratos que celebren las entidades estatales para la prestación de servicios de salud. El reglamento interno correspondiente fijará las garantías a cargo de los contratistas. Los pagos correspondientes se podrán hacer mediante encargos fiduciarios, y

m. Los actos y contratos que tengan por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, con excepción de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de esta ley.

2. En los procesos contractuales los interesados tendrán oportunidad de conocer y controvertir los informes, conceptos y decisiones que se rindan o adopten, para lo cual se establecerán etapas que permitan el conocimiento de dichas actuaciones y otorguen la posibilidad de expresar observaciones.

3. Las actuaciones de las autoridades serán públicas y los expedientes que las contengan estarán abiertos al público, permitiendo en el caso de licitación el ejercicio del derecho de que trata el artículo 273 de la Constitución Política.

4. Las autoridades expedirán a costa de aquellas personas que demuestren interés legítimo, copias de las actuaciones y propuestas recibidas, respetando la reserva de que gocen legalmente las patentes, procedimientos y privilegios.

5. En los pliegos de condiciones o términos de referencia:

a. Se indicarán los requisitos objetivos necesarios para participar en el correspondiente proceso de selección;

b. Se definirán 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 desierto de la licitación o concurso;

c. Se definirán con precisión las condiciones de costo y calidad de los bienes, obras o servicios necesarios para la ejecución del objeto del contrato;

d. No se incluirán condiciones y exigencias de imposible cumplimiento, ni exenciones de la responsabilidad derivada de los datos, informes y documentos que se suministren;

e. Se definirán reglas que no induzcan a error a los proponentes y contratistas y que impidan la formulación de ofrecimientos de extensión ilimitada o que dependan de la voluntad exclusiva de la entidad, y

f. Se definirá el plazo para la liquidación del contrato, cuando a ello hubiere lugar, teniendo en cuenta su objeto, naturaleza y cuantía.

Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renuncias a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados.

6. En los avisos de publicación de apertura de la licitación o concurso y en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalarán las reglas de adjudicación del contrato.

7. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

8. Las autoridades no actuarán con desviación o abuso de poder y ejercerán sus competencias exclusivamente para los fines previstos en la ley. Igualmente, les será prohi-

bido eludir los procedimientos de selección objetiva y los demás requisitos previstos en el presente estatuto.

9. Los avisos de cualquier clase a través de los cuales se informe o anuncie la celebración o ejecución de contratos por parte de las entidades estatales, no podrán incluir referencia alguna al nombre o cargo de ningún servidor público.

Parágrafo 1.º Los casos de contratación directa a que se refiere el numeral 1 del presente artículo, no impedirán el ejercicio del control por parte de las autoridades competentes del comportamiento de los servidores públicos que hayan intervenido en dichos procedimientos y en la celebración y ejecución del contrato.

Parágrafo 2.º El Gobierno Nacional expedirá, dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de esta ley, un reglamento de contratación directa, cuyas disposiciones garanticen y desarrollen los principios de economía, transparencia y selección objetiva previstos en ella.

Si el Gobierno no expidiere el reglamento respectivo, no podrá celebrarse directamente contrato alguno por ninguna entidad estatal so pena de su nulidad.

Parágrafo 3.º Cuando la venta de los bienes de las entidades estatales deba efectuarse por el sistema de martillo, se hará a través del procedimiento de subasta que realicen las entidades financieras debidamente autorizadas para el efecto y vigiladas por la Superintendencia Bancaria.

La selección de la entidad vendedora la hará la respectiva entidad estatal, de acuerdo con los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva y teniendo en cuenta la capacidad administrativa que pueda emplear cada entidad financiera para realizar los remates.

Artículo 25. *Del principio de economía.* En virtud de este principio:

1. En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable. Para este propósito, se señalarán términos preclusivos y perentorios para las diferentes etapas de la selección y las autoridades darán impulso oficioso a las actuaciones.
2. Las normas de los procedimientos contractuales se interpretarán de tal manera que no den ocasión a seguir trámites distintos y adicionales a los expresamente previstos o que permitan valerse de los defectos de forma o de la inobservancia de requisitos para no decidir o proferir providencias inhibitorias.
3. Se tendrá en consideración que las reglas y procedimientos constituyen mecanismos de la actividad contractual que buscan servir a los fines estatales, a la adecuada,

continua y eficiente prestación de los servicios públicos y a la protección y garantía de los derechos de los administrados.

4. Los trámites se adelantarán con austeridad de tiempo, medios y gastos y se impedirán las dilaciones y los retardos en la ejecución del contrato.

5. Se adoptarán procedimientos que garanticen la pronta solución de las diferencias y controversias que con motivo de la celebración y ejecución del contrato se presenten.

6. Las entidades estatales abrirán licitaciones o concursos e iniciarán procesos de suscripción de contratos, cuando existan las respectivas partidas o disponibilidades presupuestales.

7. La conveniencia o inconveniencia del objeto a contratar y las autorizaciones y aprobaciones para ello, se analizarán o impartirán con antelación al inicio del proceso de selección del contratista o al de la firma del contrato, según el caso.

8. El acto de adjudicación y el contrato no se someterán a aprobaciones o revisiones administrativas posteriores, ni a cualquier otra clase de exigencias o requisitos, diferentes de los previstos en este estatuto.

9. En los procesos de contratación intervendrán el jefe y las unidades asesoras y ejecutoras de la entidad que se señalen en las correspondientes normas sobre su organización y funcionamiento.

10. Los jefes o representantes de las entidades a las que se aplica la presente ley, podrán delegar la facultad para celebrar contratos en los términos previstos en el artículo 12 de esta ley y con sujeción a las cuantías que señalen sus respectivas juntas o consejos directivos. En los demás casos, dichas cuantías las fijará el reglamento.

11. Las corporaciones de elección popular y los organismos de control y vigilancia no intervendrán en los procesos de contratación, salvo en lo relacionado con la solicitud de audiencia pública para la adjudicación en caso de licitación.

De conformidad con lo previsto en los artículos 300, numeral 9, y 313, numeral 3, de la Constitución Política, las asambleas departamentales y los concejos municipales autorizarán a los gobernadores y alcaldes, respectivamente, para la celebración de contratos.

12. Con la debida antelación a la apertura del procedimiento de selección o de la firma del contrato, según el caso, deberán elaborarse los estudios, diseños y proyectos requeridos, y los pliegos de condiciones o términos de referencia.

La exigencia de los diseños no regirá cuando el objeto de la contratación sea la construcción o fabricación con diseños de los proponentes.

13. Las autoridades constituirán las reservas y compromisos presupuestales necesarios, tomando como base el valor de las prestaciones al momento de celebrar el contrato y el estimativo de los ajustes resultantes de la aplicación de la cláusula de actualización de precios.

14. Las entidades incluirán en sus presupuestos anuales una apropiación global destinada a cubrir los costos imprevistos ocasionados por los retardos en los pagos, así como los que se originen en la revisión de los precios pactados por razón de los cambios o alteraciones en las condiciones iniciales de los contratos por ellas celebrados.

15. Las autoridades no exigirán, sellos, autenticaciones, documentos originales o autenticados, reconocimiento de firmas, traducciones oficiales, ni cualquier otra clase de formalidades o exigencias rituales, salvo cuando en forma perentoria y expresa lo exijan leyes especiales.

La ausencia de requisitos o la falta de documentos referentes a la futura contratación o al proponente, no necesarios para la comparación de propuestas, no servirá de título suficiente para el rechazo de los ofrecimientos hechos.

16. En las solicitudes que se presenten en el curso de la ejecución del contrato, si la entidad estatal no se pronuncia dentro del término de 3 meses siguientes, se entenderá que la decisión es favorable a las pretensiones del solicitante en virtud del silencio administrativo positivo. Pero el funcionario o funcionarios competentes para dar respuesta serán responsables en los términos de esta ley.

17. Las entidades no rechazarán las solicitudes que se les formulen por escrito aduciendo la inobservancia por parte del peticionario de las formalidades establecidas por la entidad para su tramitación y oficiosamente procederán a corregirlas y a subsanar los defectos que se adviertan en ellas. Igualmente, estarán obligadas a radicar las actas o cuentas de cobro en la fecha en que sean presentadas por el contratista, procederán a corregirlas o ajustarlas oficiosamente si a ello hubiere lugar y, si esto no fuere posible, las devolverán a la mayor brevedad explicando por escrito los motivos en que se fundamenta tal determinación.

18. La declaratoria de desierta de la licitación o concurso únicamente procederá por motivos o causas que impidan la escogencia objetiva y se declarará en acto administrativo en el que se señalarán en forma expresa y detallada las razones que han conducido a esa decisión.

19. El contratista prestará garantía única que avalará el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato, la cual se mantendrá vigente durante su vida y liquidación y se ajustará a los límites, existencia y extensión del riesgo amparado. Igualmente, los proponentes prestarán garantías de seriedad de los ofrecimientos hechos.

Las garantías consistirán en pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia o en garantías bancarias.

La garantía se entenderá vigente hasta la liquidación del contrato garantizado y la prolongación de sus efectos y, tratándose de pólizas, no expirará por falta de pago de la prima o por revocatoria unilateral.

Las garantías no serán obligatorias en los contratos de empréstito, interadministrativos y en los de seguros.

Las entidades estatales podrán exonerar a las organizaciones cooperativas nacionales de trabajo asociado legalmente constituidas del otorgamiento de garantías en los contratos que celebren con ellas, siempre y cuando el objeto, cuantía y modalidad de los mismos, así como las características específicas de la organización de que se trate, lo justifiquen. La decisión en este sentido se adoptará mediante resolución motivada.

20. Los fondos destinados a la cancelación de obligaciones derivadas de contratos estatales podrán ser entregados en administración fiduciaria o bajo cualquier otra forma de manejo que permita la obtención de beneficios y ventajas financieras y el pago oportuno de lo adeudado.

Artículo 26. *Del principio de responsabilidad.* En virtud de este principio:

1. Los servidores públicos están obligados a 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.
2. Los servidores públicos responderán por sus actuaciones y omisiones antijurídicas y deberán indemnizar los daños que se causen por razón de ellas.
3. Las entidades y los servidores públicos, responderán cuando hubieren abierto licitaciones o concursos sin haber elaborado previamente los correspondientes pliegos de condiciones, términos de referencia, diseños, estudios, planos y evaluaciones que fueren necesarios, o cuando los pliegos de condiciones o términos de referencia hayan sido elaborados en forma incompleta, ambigua o confusa que conduzcan a interpretaciones o decisiones de carácter subjetivo por parte de aquéllos.
4. Las actuaciones de los servidores públicos estarán presididas por las reglas sobre administración de bienes ajenos y por los mandatos y postulados que gobiernan una conducta ajustada a la ética y a la justicia.
5. La responsabilidad de la dirección y manejo de la actividad contractual y la de los procesos de selección será del jefe o representante de la entidad estatal quien no podrá trasladarla a las juntas o consejos directivos de la entidad, ni a las corporaciones de elección popular, a los comités asesores, ni a los organismos de control y vigilancia de la misma.

6. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato.

7. Los contratistas responderán por haber ocultado, al contratar, inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones, o por haber suministrado información falsa.

8. Los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado.

Artículo 27. De la ecuación contractual. En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento.

Para tales efectos, las partes suscribirán los acuerdos y pactos necesarios sobre cuantía, condiciones y forma de pago de gastos adicionales, reconocimientos de costos financieros e intereses, si a ello hubiere lugar, ajustando la cancelación a las disponibilidades de la apropiación de que trata el numeral 14 del artículo 25. En todo caso, las entidades deberán adoptar las medidas necesarias que aseguren la efectividad de estos pagos y reconocimientos al contratista en la misma o en la siguiente vigencia de que se trate.

Artículo 28. De la interpretación de las reglas contractuales. En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos.

Artículo 29. Del deber de selección objetiva. La selección de contratistas será objetiva.

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.

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.

El administrador efectuará las comparaciones del caso mediante el cotejo de los diferentes ofrecimientos recibidos, la consulta de precios o condiciones del mercado y los estudios y deducciones de la entidad o de los organismos consultores o asesores designados para ello.

En caso de comparación de propuestas nacionales y extranjeras, se incluirán los costos necesarios para la entrega del producto terminado en el lugar de su utilización.

Artículo 30. *De la estructura de los procedimientos de selección.* La licitación o concurso se efectuará conforme a las siguientes reglas:

1. El jefe o representante de la entidad estatal ordenará su apertura por medio de acto administrativo motivado.

De conformidad con lo previsto en el numeral 12 del artículo 25 de esta ley, la resolución de apertura debe estar precedida de un estudio realizado por la entidad respectiva en el cual se analice la conveniencia y oportunidad del contrato y su adecuación a los planes de inversión, de adquisición o compras, presupuesto y ley de apropiaciones, según el caso. Cuando sea necesario, el estudio deberá estar acompañado, además, de los diseños, planos y evaluaciones de prefactibilidad o factibilidad.

2. La entidad interesada elaborará los correspondientes pliegos de condiciones o términos de referencia, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 24 de esta ley, en los cuales se detallarán especialmente los aspectos relativos al objeto del contrato, su regulación jurídica, los derechos y obligaciones de las partes, la determinación y ponderación de los factores objetivos de selección y todas las demás circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consideren necesarias para garantizar reglas objetivas, claras y completas.

3. Dentro de los 10 a 20 días calendario anteriores a la apertura de la licitación o concurso se publicarán hasta 3 avisos con intervalos entre 2 y 5 días calendario, según lo exija la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en diarios de amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad o, a falta de estos, en otros medios de comunicación social que posean la misma difusión.

En defecto de dichos medios de comunicación, en los pequeños poblados, de acuerdo con los criterios que disponga el reglamento, se leerán por bando y se fijarán por avisos en los principales lugares públicos por el término de 7 días calendario, entre los cuales deberá incluir uno de los días de mercado en la respectiva población.

Los avisos contendrán información sobre el objeto y características esenciales de la respectiva licitación o concurso.

4. Dentro de los 3 días hábiles siguientes al inicio del plazo para la presentación de propuestas y a solicitud de cualquiera de las personas que retiraron pliegos de condi-

ciones o términos de referencia, se celebrará una audiencia con el objeto de precisar el contenido y alcance de los mencionados documentos y de oír a los interesados, de lo cual se levantará un acta suscrita por los intervinientes.

Como resultado de lo debatido en la audiencia y cuando resulte conveniente, el jefe o representante de la entidad expedirá las modificaciones pertinentes a dichos documentos y prorrogará, si fuere necesario, el plazo de la licitación o concurso hasta por 6 días hábiles.

Lo anterior no impide que dentro del plazo de la licitación o concurso, cualquier interesado pueda solicitar aclaraciones adicionales que la entidad contratante responderá mediante comunicación escrita, copia de la cual enviará a todos y cada una de las personas que retiraron pliegos o términos de referencia.

5. El plazo de la licitación o concurso, entendido como el término que debe transcurrir entre la fecha a partir de la cual se pueden presentar propuestas y la de su cierre, se señalará en los pliegos de condiciones o términos de referencia, de acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato.

Cuando lo estime conveniente la entidad interesada o cuando lo soliciten las dos terceras partes de las personas que hayan retirado pliegos de condiciones o términos de referencia, dicho plazo se podrá prorrogar, antes de su vencimiento, por un término no superior a la mitad del inicialmente fijado.

6. Las propuestas deben referirse y sujetarse a todos y cada uno de los puntos contenidos en el pliego de condiciones o términos de referencia. Los proponentes pueden presentar alternativas y excepciones técnicas o económicas siempre y cuando ellas no signifiquen condicionamientos para la adjudicación.

7. De acuerdo con la naturaleza, objeto y cuantía del contrato, en los pliegos de condiciones o términos de referencia, se señalará el plazo razonable dentro del cual la entidad deberá elaborar los estudios técnicos, económicos y jurídicos necesarios para la evaluación de las propuestas y para solicitar a los proponentes las aclaraciones y explicaciones que se estimen indispensables.

8. Los informes de evaluación de las propuestas permanecerán en la secretaría de la entidad por un término de 5 días hábiles para que los oferentes presenten las observaciones que estimen pertinentes. En ejercicio de esta facultad, los oferentes no podrán completar, adicionar, modificar o mejorar sus propuestas.

9. Los plazos para efectuar la adjudicación y para la firma del contrato se señalarán en los pliegos de condiciones o términos de referencia, teniendo en cuenta su naturaleza, objeto y cuantía.

El jefe o representante de la entidad podrá prorrogar dichos plazos antes de su vencimiento y por un término total no mayor a la mitad del inicialmente fijado, siempre que las necesidades de la Administración así lo exijan.

Dentro del mismo término para la adjudicación, podrá declararse desierta la licitación o concurso conforme a lo previsto en este estatuto.

10. En el evento previsto en el artículo 273 de la Constitución Política, la adjudicación se hará en audiencia pública. En dicha audiencia participarán el jefe de la entidad o la persona en quien, conforme a la ley, se haya delegado la facultad de adjudicar y, además, podrán intervenir en ella los servidores públicos que hayan elaborado los estudios y evaluaciones, los proponentes y las demás personas que deseen asistir.

De la audiencia se levantará un acta en la que se dejará constancia de las deliberaciones y decisiones que en el desarrollo de la misma se hubieren producido.

11. El acto de adjudicación se hará mediante resolución motivada que se notificará personalmente al proponente favorecido en la forma y términos establecidos para los actos administrativos y, en el evento de no haberse realizado en audiencia pública, se comunicará a los no favorecidos dentro de los 5 días calendario siguientes.

El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario.

12. Si el adjudicatario no suscribe el contrato correspondiente dentro del término que se haya señalado, quedará a favor de la entidad contratante, en calidad de sanción, el valor del depósito o garantía constituidos para responder por la seriedad de la propuesta, sin menoscabo de las acciones legales conducentes al reconocimiento de perjuicios causados y no cubiertos por el valor de los citados depósito o garantía.

En este evento, la entidad estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, podrá adjudicar el contrato, dentro de los 15 días siguientes, al proponente calificado en segundo lugar, siempre y cuando su propuesta sea igualmente favorable para la entidad.

Parágrafo. Para los efectos de la presente ley se entiende por licitación pública el procedimiento mediante el cual la entidad estatal formula públicamente una convocatoria para que, en igualdad de oportunidades, los interesados presenten sus ofertas y seleccionen entre ellas la más favorable. Cuando el objeto del contrato consista en estudios o trabajos técnicos, intelectuales o especializados, el proceso de selección se llamará concurso y se efectuará también mediante invitación pública.

Artículo 31. De la publicación de los actos y sentencias sancionatorias. La parte resolutive de los actos sancionatorios, una vez ejecutoriados, se publicará por 2 veces en medios de comunicación social escrita con amplia circulación en el territorio de jurisdicción de la entidad estatal respectiva y se comunicará a la cámara de comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el *Diario Oficial* y se comunicarán a la Procuraduría General de la Nación.

Ante la ausencia de estos medios de comunicación se anunciará por bando público en 2 días de mercado diferentes.

La publicación a que se refiere el presente artículo correrá a cargo del sancionado. Si éste no cumple con tal obligación, la misma se hará por parte de la entidad estatal, la cual repetirá contra el obligado.

III. DEL CONTRATO ESTATAL

Artículo 32. De los contratos estatales. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:

1. **Contrato de obra.** Son contratos de obra los que celebren las entidades estatales para la construcción, mantenimiento, instalación y, en general, para la realización de cualquier otro trabajo material sobre bienes inmuebles, cualquiera que sea la modalidad de ejecución y pago.

En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto.

2. **Contrato de consultoría.** Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico, prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.

3. **Contrato de prestación de servicios.** (Modificado por el art. 2.º Dcto. 165 de 1997 de la Presidencia de la República). Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.

(El aparte en cursiva fue declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, excepto cuando se pruebe la existencia de una relación laboral subordinada).

4. Contrato de concesión. Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

5. (Modificado por el art. 10.º Ley 281 de 1996). *Encargos fiduciarios y fiducia pública.* Las entidades estatales sólo podrán celebrar contratos de fiducia pública, cuando así lo autorice la ley, la asamblea departamental o el concejo municipal, según el caso. (El inc. 1.º de este numeral fue declarado inexecutable mediante sentencia C-86 de 1995 de la Corte Constitucional).

Los encargos fiduciarios que celebren las entidades estatales con las sociedades fiduciarias autorizadas por la Superintendencia Bancaria, tendrán por objeto la administración o el manejo de los recursos vinculados a los contratos que tales entidades celebren. Lo anterior sin perjuicio de lo previsto en el numeral 20 del artículo 25 de esta ley.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia pública sólo podrán celebrarse por las entidades estatales con estricta sujeción a lo dispuesto en el presente estatuto, únicamente para objetos y con plazos precisamente determinados. En ningún caso las entidades públicas fideicomitentes podrán delegar en las sociedades fiduciarias la adjudicación de los contratos que se celebren en desarrollo del encargo o de la fiducia pública, ni pactar su remuneración con cargo a los rendimientos del fideicomiso, salvo que éstos se encuentren presupuestados.

Los encargos fiduciarios y los contratos de fiducia mercantil que a la fecha de promulgación de esta ley hayan sido suscritos por las entidades estatales, continuarán vigentes en los términos convenidos con las sociedades fiduciarias.

La selección de la sociedad fiduciaria a contratar, sea pública o privada, se hará con rigurosa observancia del procedimiento de licitación o concurso previsto en esta ley.

Los actos y contratos que se realicen en desarrollo de un contrato de fiducia pública o encargo fiduciario cumplirán estrictamente con las normas previstas en este estatuto,

así como con las disposiciones fiscales, presupuestales, de interventoría y de control a las cuales esté sujeta la entidad estatal fideicomitente.

Sin perjuicio de la inspección y vigilancia que sobre las sociedades fiduciarias corresponde ejercer a la Superintendencia Bancaria y del control posterior que deben realizar la Contraloría General de la República y las contralorías departamentales, distritales y municipales sobre la administración de los recursos públicos por tales sociedades, las entidades estatales ejercerán un control sobre la actuación de la sociedad fiduciaria en desarrollo de los encargos fiduciarios o contratos de fiducia, de acuerdo con la Constitución Política y las normas vigentes sobre la materia.

La fiducia que se autoriza para el sector público en esta ley, nunca implicará transferencia de dominio sobre bienes o recursos estatales, ni constituirá patrimonio autónomo del propio de la respectiva entidad oficial, sin perjuicio de las responsabilidades propias del ordenador del gasto. A la fiducia pública le serán aplicables las normas del Código de Comercio sobre fiducia mercantil, en cuanto sean compatibles con lo dispuesto en esta ley.

So pena de nulidad no podrán celebrarse contratos de fiducia o subcontratos en contravención del artículo 355 de la Constitución Política. Si tal evento se diese, la entidad fideicomitente deberá repetir contra la persona, natural o jurídica, adjudicataria del respectivo contrato.

Parágrafo 1.º Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Parágrafo 2.º Las personas interesadas en celebrar contratos de concesión para la construcción de una obra pública, podrán presentar oferta en tal sentido a la respectiva entidad estatal en la que se incluirá, como mínimo, la descripción de la obra, su prefactibilidad técnica y financiera y la evaluación de su impacto ambiental. Presentada la oferta, la entidad estatal destinataria de la misma la estudiará en el término máximo de 3 meses y si encuentra que el proyecto no es viable así se lo comunicará por escrito al interesado. En caso contrario, expedirá una resolución mediante la cual ordenará la apertura de la licitación, previo cumplimiento de lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 30 de esta ley.

Cuando además de la propuesta del oferente inicial, se presente como mínimo una propuesta alternativa, la entidad estatal dará cumplimiento al procedimiento de selección objetiva previsto en el citado artículo 30.

Si dentro del plazo de la licitación no se presenta otra propuesta, la entidad estatal adjudicará el contrato al oferente inicial en el término señalado en el respectivo pliego, siempre que cumpla plenamente con los requisitos exigidos en el mismo.

Los proponentes podrán presentar diversas posibilidades de asociación con otra u otras personas naturales o jurídicas cuyo concurso consideren indispensable para la cabal ejecución del contrato de concesión en sus diferentes aspectos. Para el efecto, indicarán con precisión si pretenden organizarse como consorcio, unión temporal, sociedad o bajo cualquier otra modalidad de asociación que consideren conveniente. En estos casos deberán adjuntar a la propuesta un documento en el que los interesados expresen claramente su intención de formar parte de la asociación propuesta. Así mismo deberán presentar los documentos que acrediten los requisitos exigidos por la entidad estatal en el pliego de condiciones.

Cuando se proponga constituir sociedades para los fines indicados en este párrafo, el documento de intención consistirá en una promesa de contrato de sociedad cuyo perfeccionamiento se sujetará a la condición de que el contrato se le adjudique. Una vez expedida la resolución de adjudicación y constituida en legal forma la sociedad de que se trate, el contrato de concesión se celebrará con su representante legal.

Artículo 33. *De la concesión de los servicios y de las actividades de telecomunicaciones.* Se entiende por actividad de telecomunicaciones el establecimiento de una red de telecomunicaciones, para uso particular y exclusivo, a fin de satisfacer necesidades privadas de telecomunicaciones, y sin conexión a las redes conmutadas del Estado o a otras redes privadas de telecomunicaciones. Para todos los efectos legales las actividades de telecomunicaciones se asimilan a servicios privados.

Se entiende por servicios de telecomunicaciones aquellos que son prestados por personas jurídicas, públicas o privadas, debidamente constituidas en Colombia, con o sin ánimo de lucro, con el fin de satisfacer necesidades específicas de telecomunicaciones a terceros, dentro del territorio nacional o en conexión con el exterior.

Para efectos de la presente ley, la clasificación de servicios públicos y de las actividades de telecomunicaciones será la establecida en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las demás normas que lo aclaren, modifiquen o deroguen.

Los servicios y las actividades de telecomunicación serán prestados mediante concesión otorgada por contratación directa o a través de licencias por las entidades competentes, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto Ley 1900 de 1990 o en las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen.

Las calidades de las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, y los requisitos y condiciones, jurídicos y técnicos, que deben cumplir los concesionarios de los servicios y actividades de telecomunicaciones, serán los previstos en las normas y estatutos de telecomunicaciones vigentes.

Parágrafo. Los procedimientos, contratos, modalidades de asociación y adjudicación de servicios de telecomunicaciones de que trata la Ley 37 de 1993, continuarán rigiéndose por lo previsto en dicha ley y en las disposiciones que la desarrollen o comple-

menten. Los servicios de televisión se concederán mediante contrato, de conformidad con las normas legales y disposiciones especiales sobre la materia.

Artículo 34. *De la concesión del servicio de telefonía de larga distancia nacional e internacional.* La concesión para la prestación de los servicios de telefonía básica fija conmutada de larga distancia nacional e internacional, se otorgará conforme a lo dispuesto por el Decreto 2122 de 1992.

Artículo 35. *De la radiodifusión sonora.* Los concesionarios de los servicios de radiodifusión sonora, podrán ser personas naturales o jurídicas, cuya selección se hará por el procedimiento objetivo previsto en esta ley, de acuerdo con las prioridades establecidas en el plan general de radiodifusión que expide el Gobierno Nacional.

El servicio de radiodifusión sonora sólo podrá concederse a nacionales colombianos o a personas jurídicas debidamente constituidas en Colombia.

En las licencias para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, se entenderá incorporada la reserva de utilización de los canales de radiodifusión, al menos por 2 horas diarias, para realizar programas de educación a distancia o difusión de comunicaciones oficiales de carácter judicial.

Parágrafo 1.º El servicio comunitario de radiodifusión sonora, será considerado como actividad de telecomunicaciones y otorgado directamente mediante licencia, previo cumplimiento de los requisitos y condiciones jurídicas, sociales y técnicas que disponga el Gobierno Nacional.

Parágrafo 2.º En consonancia con lo dispuesto en el artículo 75 de la Constitución Política, en los procedimientos relativos a la concesión de los servicios de radiodifusión sonora, la adjudicación se hará al proponente que no sea concesionario de tales servicios en la misma banda y en el mismo espacio geográfico en el que, conforme a los respectivos pliegos, vaya a funcionar la emisora, siempre que reúna los requisitos y condiciones jurídicas, económicas y técnicas exigidas. Cualquiera de los proponentes podrá denunciar ante la entidad concedente y ante las demás autoridades competentes, los hechos o acciones a través de los cuales se pretenda desconocer el espíritu de esta norma.

Artículo 36. *Duración y prórroga de la concesión.* El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios y actividades de telecomunicaciones, no podrá exceder de 10 años, prorrogable automáticamente por un lapso igual. Dentro del año siguiente a la prórroga automática, se procederá a la formalización de la concesión.

Parágrafo. Los contratos vigentes para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, quedan prorrogados automáticamente por el término para el cual fueron otorgados, siempre y cuando no exceda el lapso de 10 años.

Artículo 37. *Del régimen de concesiones y licencias de los servicios postales.* Los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada.

Se entiende por servicio de correo la prestación de los servicios de giros postales y telegráficos, así como el recibo, clasificación y entrega de envíos de correspondencia y otros objetos postales, transportados vía superficie y aérea, dentro del territorio nacional. El servicio de correo internacional se prestará de acuerdo con los convenios y acuerdos internacionales suscritos con la Unión Postal Universal y los países miembros.

Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia a las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales para la recepción, recolección y entrega personalizada de los objetos transportados, vía superficie y aérea, en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.

El Gobierno Nacional reglamentará las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente fijará los derechos, tasas y tarifas, que regularán las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales.

Parágrafo 1.º La prestación de los servicios de correos se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la presente ley.

La prestación del servicio de mensajería especializada se concederá directamente mediante licencia.

Parágrafo 2.º El término de duración de las concesiones para la prestación de los servicios postales, no podrá exceder de cinco (5) años, pero podrá ser prorrogado antes de su vencimiento por igual término.

Artículo 38. *Del régimen especial para las entidades estatales que prestan el servicio de telecomunicaciones.* Las entidades estatales que tengan por objeto la prestación de servicios y actividades de telecomunicaciones, en los contratos que celebren para la adquisición y suministro de equipos, construcción, instalación y mantenimiento de redes y de los sitios donde se ubiquen, no estarán sujetos a los procedimientos de selección previstos en esta ley.

Los estatutos internos de estas entidades determinarán las cláusulas excepcionales que podrán pactar en los contratos, de acuerdo con la naturaleza propia de cada uno de ellos, así como los procedimientos y las cuantías a los cuales deben sujetarse para su celebración.

Los procedimientos que en cumplimiento de lo previsto en este artículo adopten las mencionadas entidades estatales, deberán desarrollar los principios de selección objetiva, transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

Artículo 39. *De la forma del contrato estatal.* Los contratos que celebren las entidades estatales constarán por escrito y no requerirán ser elevados a escritura pública, con excepción de aquellos que impliquen mutación del dominio o imposición de gravámenes y servidumbres sobre bienes inmuebles y, en general, aquellos que conforme a las normas legales vigentes deban cumplir con dicha formalidad.

Las entidades estatales establecerán las medidas que demande la preservación, inmutabilidad y seguridad de los originales de los contratos estatales.

Parágrafo. No habrá lugar a la celebración de contrato con las formalidades plenas cuando se trate de contratos cuyos valores correspondan a los que a continuación se relacionan, determinados en función de los presupuestos anuales de las entidades a las que se aplica la presente ley, expresados en salarios mínimos legales mensuales.

Para las entidades que tengan un presupuesto anual igual o superior a 6.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 2.500 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 4.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 6.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 2.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 4.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 300 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales e inferior a 2.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 50 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 500.000 e inferior a 1.000.000 de salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 40 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 250.000 e inferior a 500.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 30 salarios mínimos legales mensuales; las que tengan un presupuesto anual igual o superior a 120.000 e inferior a 250.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 20 salarios mínimos legales mensuales y las que tengan un presupuesto anual inferior a 120.000 salarios mínimos legales mensuales, cuando el valor del contrato sea igual o inferior a 15 salarios mínimos legales mensuales.

En estos casos, las obras, trabajos, bienes o servicios objeto del contrato, deben ser ordenados previamente y por escrito por el jefe o representante legal de la entidad, o por el funcionario en quien hubiese delegado la ordenación del gasto.

Artículo 40. *Del contenido del contrato estatal.* Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta ley y a los de la buena administración.

En los contratos de empréstito o cualquier otra forma de financiación de organismos multilaterales, podrán incluirse las previsiones y particularidades contempladas en los reglamentos de tales entidades, que no sean contrarias a la Constitución o a la ley.

Parágrafo. En los contratos que celebren las entidades estatales se podrá pactar el pago anticipado y la entrega de anticipos, pero su monto no podrá exceder del 50% del valor del respectivo contrato.

Los contratos no podrán adicionarse en más del 50% de su valor inicial, expresado éste en salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 41. *Del perfeccionamiento del contrato.* Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito.

Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes, salvo que se trate de la contratación con recursos de vigencias fiscales futuras de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

Los contratos estatales son *intuitu personae* y, en consecuencia, una vez celebrados no podrán cederse sin previa autorización escrita de la entidad contratante.

En caso de situaciones de urgencia manifiesta a que se refiere el artículo 42 de esta ley que no permitan la suscripción de contrato escrito, se prescindirá de éste y aun del acuerdo acerca de la remuneración; no obstante deberá dejarse constancia escrita de la autorización impartida por la entidad estatal contratante.

A falta de acuerdo previo sobre la remuneración de que trata el inciso anterior, la contraprestación económica se acordará con posterioridad al inicio de la ejecución de lo contratado. Si no se lograre el acuerdo, la contraprestación será determinada por el justiprecio objetivo de la entidad u organismo respectivo que tenga el carácter de cuerpo consultivo del Gobierno y, a falta de éste, por un perito designado por las partes.

Parágrafo 1.º. Para efectos de lo establecido en el presente artículo, la autoridad administrativa directamente realizará los ajustes o modificaciones presupuestales a que haya lugar de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del presupuesto.

(Este parágrafo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-772 de 1998).

Parágrafo 2.º *Operaciones de crédito público.* Sin perjuicio de lo previsto en leyes especiales, para efectos de la presente ley se consideran operaciones de crédito público las que tienen por objeto dotar a la entidad de recursos con plazo para su pago, entre las que se encuentran la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de bonos y títulos valores, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de las entidades estatales.

Así mismo, las entidades estatales podrán celebrar las operaciones propias para el manejo de la deuda, tales como la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión, sustitución, compra y venta de deuda pública, acuerdos de pago, cobertura de riesgos, las que tengan por objeto reducir el valor de la deuda o mejorar su perfil, así como las de capitalización con ventas de activos, titularización y aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen. Para efectos del desarrollo de procesos de titularización de activos e inversiones se podrán constituir patrimonios autónomos con entidades sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, lo mismo que cuando estén destinados al pago de pasivos laborales.

Cuando las operaciones señaladas en el inciso anterior se refieran a operaciones de crédito público externo o asimiladas, se requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que podrá otorgarse en forma general o individual, dependiendo de la cuantía y modalidad de la operación.

Para la gestión y celebración de toda operación de crédito externo y operaciones asimiladas a éstas de las entidades estatales y para las operaciones de crédito público interno y operaciones asimiladas a éstas por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas, así como para el otorgamiento de la garantía de la Nación se requerirá la autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, previo los conceptos favorables del Conpes y del Departamento Nacional de Planeación.

El Gobierno Nacional, mediante decreto reglamentario que expedirá a más tardar el 31 de diciembre de 1993, con base en la cuantía y modalidad de las operaciones, su incidencia en el manejo ordenado de la economía y en los principios orgánicos de este estatuto de contratación, podrá determinar los casos en que no se requieran los conceptos mencionados, así como impartir autorizaciones de carácter general para dichas operaciones. En todo caso, las operaciones de crédito público externo de la Nación y las garantizadas por ésta, con plazo mayor de un año, requerirán concepto previo de la comisión interparlamentaria de crédito público.

Las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus descentralizadas se regularán por las disposiciones contenidas en los decretos 1222 y 1333 de 1986, que continúan vigentes, salvo lo previsto en forma expresa en esta ley. En todo caso, con antelación al desembolso de los recursos provenientes de estas operaciones, éstas deberán registrarse en la División General de Crédito Público, del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

De conformidad con las condiciones generales que establezca la autoridad monetaria, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública interna de las entidades territoriales y sus descentralizadas requerirá autorización previa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y concepto previo favorable de los organismos departamentales o distritales de planeación, según el caso. Cada uno de los conceptos y autorizaciones requeridos deberá producirse dentro del término de dos meses, contados a partir de la fecha en que los organismos que deban expedirlos reciban la documentación requerida en forma completa. Transcurrido este término para cada organismo, se entenderá otorgado el concepto o autorización respectiva.

En ningún caso se otorgará la garantía de la Nación a las operaciones de crédito público interno de las entidades territoriales y sus entidades descentralizadas, ni a operaciones de particulares.

Las operaciones a que se refiere el presente artículo y las conexas con éstas se contratarán en forma directa. Su publicación, si a ello hubiere lugar, se cumplirá en el *Diario Oficial* cuando se trate de operaciones de la Nación y sus entidades descentralizadas. Para operaciones de la Nación este requisito se entenderá cumplido en la fecha de la orden de publicación impartida por el director general de crédito público del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; en las entidades descentralizadas del orden nacional en la fecha del pago de los derechos correspondientes por parte de la entidad contratante.

Salvo lo que determine el Consejo de Ministros, queda prohibida cualquier estipulación que obligue a la entidad estatal prestataria a adoptar medidas en materia de precios, tarifas y general, el compromiso de asumir decisiones o actuaciones sobre asuntos de su exclusiva competencia, en virtud de su carácter público. Así mismo, en los contratos de garantía la Nación sólo podrá garantizar obligaciones de pago.

Las operaciones a que se refiere este artículo y que se celebren para ser ejecutadas en el exterior se someterán a la jurisdicción que se pacte en los contratos.

Parágrafo 3.º Salvo lo previsto en el parágrafo anterior, perfeccionado el contrato, se solicitará su publicación en el *Diario Oficial* o *Gaceta Oficial* correspondiente a la respectiva entidad territorial, o a falta de dicho medio, por algún mecanismo determinado en forma general por la autoridad administrativa territorial, que permita a los habitantes conocer su contenido. Cuando se utilice un medio de divulgación oficial, este requisito se entiende cumplido con el pago de los derechos correspondientes.

Artículo 42. *De la urgencia manifiesta.* Existe urgencia manifiesta cuando la continuidad del servicio exige el suministro de bienes, o la prestación de servicios, o la ejecución de obras en el inmediato futuro; cuando se presenten situaciones relacionadas con los estados de excepción; cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con hechos de calamidad o constitutivos de fuerza mayor o desastre que demanden actuaciones inmediatas y, en general, cuando se trate de situaciones similares que imposibiliten acudir a los procedimientos de selección o concurso públicos.

La urgencia manifiesta se declarará mediante acto administrativo motivado.

Parágrafo. Con el fin de atender las necesidades y los gastos propios de la urgencia manifiesta, se podrán hacer los traslados presupuestales internos que se requieran dentro del presupuesto del organismo o entidad estatal correspondiente.

(Este parágrafo fue declarado exequible solamente en el sentido explicado por la Corte Constitucional en sentencia C-772 de 1998).

Artículo 43. *Del control de la contratación de urgencia.* Inmediatamente después de celebrados los contratos originados en la urgencia manifiesta, éstos y el acto administrativo que la declaró, junto con el expediente contentivo de los antecedentes administrativos, de la actuación y de las pruebas de los hechos, se enviará al funcionario u organismo que ejerce el control fiscal en la respectiva entidad, el cual deberá pronunciarse dentro de los 2 meses siguientes sobre los hechos y circunstancias que determinaron tal declaración. Si fuere procedente, dicho funcionario u organismo solicitará al jefe inmediato del servidor público que celebró los referidos contratos o a la autoridad competente, según el caso, la iniciación de la correspondiente investigación disciplinaria y dispondrá el envío del asunto a los funcionarios competentes para el conocimiento de las otras acciones. El uso indebido de la contratación de urgencia será causal de mala conducta.

Lo previsto en este artículo se entenderá sin perjuicio de otros mecanismos de control que señale el reglamento para garantizar la adecuada y correcta utilización de la contratación de urgencia.

IV. DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS

Artículo 44. *De las causales de nulidad absoluta.* Los contratos del Estado son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común y además cuando:

1. Se celebren con personas incurso en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley.
2. Se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal.
3. Se celebren con abuso o desviación de poder.
4. Se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamenten.
5. Se hubieren celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata esta ley.

Artículo 45. *De la nulidad absoluta.* La nulidad absoluta podrá ser alegada por las partes, por el agente del Ministerio Público, por cualquier persona o declarada de oficio, y no es susceptible de saneamiento por ratificación.

En los casos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el jefe o representante legal de la entidad respectiva deberá dar por terminado el contrato mediante acto administrativo debidamente motivado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

Artículo 46. *De la nulidad relativa.* Los demás vicios que se presenten en los contratos y que conforme al derecho común constituyen causales de nulidad relativa, pueden sanearse por ratificación expresa de los interesados o por el transcurso de 2 años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio.

Artículo 47. *De la nulidad parcial.* La nulidad de alguna o algunas cláusulas de un contrato, no invalidará la totalidad del acto, salvo cuando éste no pudiese existir sin la parte viciada.

Artículo 48. *De los efectos de la nulidad.* La declaración de nulidad de un contrato de ejecución sucesiva no impedirá el reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas hasta el momento de la declaratoria.

Habrá lugar al reconocimiento y pago de las prestaciones ejecutadas del contrato nulo por objeto o causa ilícita, cuando se probare que la entidad estatal se ha beneficiado y únicamente hasta el monto del beneficio que ésta hubiere obtenido. Se entenderá que la entidad estatal se ha beneficiado en cuanto las prestaciones cumplidas le hubieren servido para satisfacer un interés público.

Artículo 49. *Del saneamiento de los vicios de procedimiento o de forma.* Ante la ocurrencia de vicios que no constituyan causales de nulidad y cuando las necesidades del servicio lo exijan o las reglas de la buena administración lo aconsejen, el jefe o representante legal de la entidad, en acto motivado, podrá sanear el correspondiente vicio.

V. DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Artículo 50. *De la responsabilidad de las entidades estatales.* Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Artículo 51. *De la responsabilidad de los servidores públicos.* 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.

Artículo 52. *De la responsabilidad de los contratistas.* Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.

Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7.º de esta ley.

Artículo 53. De la responsabilidad de los consultores, interventores y asesores. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Artículo 54. De la acción de repetición. 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.

Artículo 55. De la prescripción de las acciones de responsabilidad contractual. La acción civil derivada de las acciones y omisiones a que se refieren los artículos 50, 51, 52 y 53 de esta ley prescribirá en el término de 20 años, contados a partir de la ocurrencia de los mismos. La acción disciplinaria prescribirá en 10 años. La acción penal prescribirá en 20 años.

Artículo 56. De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal. Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

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 4 a 12 años y en multa de 20 a 150 salarios mínimos legales mensuales.

Artículo 58. De las sanciones. Como consecuencia de las acciones u omisiones que se les imputen en relación con su actuación contractual, y sin perjuicio de las sanciones e inhabilidades señaladas en la Constitución Política, las personas a que se refiere este capítulo se harán acreedoras a:

1. En caso de declaratoria de responsabilidad civil, al pago de las indemnizaciones en la forma y cuantía que determine la autoridad judicial competente.
2. En caso de declaratoria de responsabilidad disciplinaria, a la destitución.

3. En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por 10 años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

4. En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta Administración Pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

5. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva cámara de comercio que procedera de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.

El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.

6. En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquélla quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por 10 años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual.

Artículo 59. *Del contenido de los actos sancionatorios.* La determinación de la responsabilidad de que tratan los artículos anteriores la harán las autoridades competentes en providencia motivada en la que se precisarán los hechos que la generan, los motivos y circunstancias para la cuantificación de las indemnizaciones a que haya lugar y los elementos utilizados para la dosimetría sancionatoria. Así mismo, en ella se señalarán los medios de impugnación y defensa que procedan contra tales actos, el término que se disponga para ello y la autoridad ante quien deban intentarse.

VI. DE LA LIQUIDACIÓN DE LOS CONTRATOS

Artículo 60. *De su ocurrencia y contenido.* Los contratos de tracto sucesivo, aquellos cuya ejecución o cumplimiento se prolongue en el tiempo y los demás que lo requieran, serán objeto de liquidación de común acuerdo por las partes contratantes, procedimiento que se efectuará dentro del término fijado en el pliego de condiciones o

términos de referencia o, en su defecto, a más tardar antes del vencimiento de los 4 meses siguientes a la finalización del contrato o a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que la disponga.

También en esta etapa las partes acordarán los ajustes, revisiones y reconocimientos a que haya lugar.

En el acta de liquidación constarán los acuerdos, conciliaciones y las transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las divergencias presentadas y poder declararse a paz y salvo.

Para la liquidación se exigirá al contratista la extensión o ampliación, si es del caso, de la garantía del contrato a la estabilidad de la obra, a la calidad del bien o servicio suministrado, a la provisión de repuestos y accesorios, al pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, a la responsabilidad civil y, en general, para avalar las obligaciones que deba cumplir con posterioridad a la extensión del contrato.

Artículo 61. *De la liquidación unilateral.* Si el contratista no se presenta a la liquidación o las partes no llegan a acuerdo sobre el contenido de la misma, será practicada directa y unilateralmente por la entidad y se adoptará por acto administrativo motivado susceptible del recurso de reposición.

VII. DEL CONTROL DE LA GESTIÓN CONTRACTUAL

Artículo 62. *De la intervención del Ministerio Público.* La Procuraduría General de la Nación y los demás agentes del Ministerio Público, de oficio o a petición de cualquier persona, adelantarán las investigaciones sobre la observancia de los principios y fines de la contratación estatal y promoverán las acciones pertinentes tendientes a obtener las sanciones pecuniarias y disciplinarias para quienes quebranten tal normatividad.

Artículo 63. *De las visitas e informes.* La Procuraduría adelantará visitas a las entidades estatales oficiosamente y con la periodicidad que demande la protección de los recursos públicos y el imperio de la moralidad, legalidad y honestidad en la Administración Pública.

Durante las visitas, cuya realización se divulgará ampliamente, se oirá a las asociaciones gremiales y comunitarias del lugar y se dará oportunidad a los administrados para que hagan las denuncias y presenten las quejas que a bien consideren.

Las conclusiones de las visitas se dejarán en informes escritos que se pondrán en conocimiento de la comunidad respectiva y de ellos se correrá traslado a los jefes de las entidades y a quienes aparezcan implicados en la comisión de conductas antijurídicas.

Copias de tales informes se enviarán a la Fiscalía General de la Nación o a la delegada respectiva para que éstas, si es del caso, den cumplimiento a la función de que trata el artículo siguiente.

El visitador exigirá a los administrados identificarse y les advertirá de las consecuencias de la formulación de denuncias temerarias.

Artículo 64. *De la participación de la Fiscalía General de la Nación.* La Fiscalía General de la Nación, de oficio o por denuncia, investigará las conductas constitutivas de hechos punibles en la actividad contractual y acusará a los presuntos infractores ante los jueces competentes.

La Fiscalía General de la Nación creará unidades especializadas para la investigación y acusación de los hechos punibles que se cometan con ocasión de las actividades contractuales de que trata esta ley.

Artículo 65. *De la intervención de las autoridades que ejercen control fiscal.* La intervención de las autoridades de control fiscal se ejercerá una vez agotados los trámites administrativos de legalización de los contratos. Igualmente se ejercerá control posterior a las cuentas correspondientes a los pagos originados en los mismos, para verificar que éstos se ajustaron a las disposiciones legales.

Una vez liquidados o terminados los contratos, según el caso, la vigilancia fiscal incluirá un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales.

El control previo administrativo de los contratos le corresponde a las oficinas de control interno.

Las autoridades de control fiscal pueden exigir informes sobre su gestión contractual a los servidores públicos de cualquier orden.

Artículo 66. *De la participación comunitaria.* Todo contrato que celebren las entidades estatales, estará sujeto a la vigilancia y control ciudadano.

Las asociaciones cívicas, comunitarias, de profesionales, benéficas o de utilidad común, podrán denunciar ante las autoridades competentes las actuaciones, hechos u omisiones de los servidores públicos o de los particulares, que constituyen delitos, contravenciones o faltas en materia de contratación estatal.

Las autoridades brindarán especial apoyo y colaboración a las personas y asociaciones que emprendan campañas de control y vigilancia de la gestión pública contractual y oportunamente suministrarán la documentación e información que requieran para el cumplimiento de tales tareas.

El Gobierno Nacional y los de las entidades territoriales establecerán sistemas y mecanismos de estímulo de la vigilancia y control comunitario en la actividad contractual orientados a recompensar dichas labores.

Las entidades estatales podrán contratar con las asociaciones de profesionales y gremiales y con las universidades y centros especializados de investigación, el estudio y análisis de las gestiones contractuales realizadas.

Artículo 67. *De la colaboración de los cuerpos consultivos del Gobierno.* Los organismos o entidades gremiales, profesionales o universitarios que tengan el carácter de cuerpos consultivos del Gobierno prestarán la colaboración que en la actividad contractual requieran las entidades estatales.

Así mismo, podrán servir de árbitros para dirimir las discrepancias de naturaleza técnica que surjan en desarrollo del contrato o con ocasión de éste.

VIII. DE LA SOLUCIÓN DE LAS CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

Artículo 68. *De la utilización de mecanismos de solución directa de las controversias contractuales.* Las entidades a que se refiere el artículo 2.º del presente estatuto y los contratistas buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual.

Para tal efecto, al surgir las diferencias acudirán al empleo de los mecanismos de solución de controversias contractuales previstos en esta ley y a la conciliación, amigable composición y transacción.

Parágrafo. Los actos administrativos contractuales podrán ser revocados en cualquier tiempo, siempre que sobre ellos no haya recaído sentencia ejecutoriada.

Artículo 69. *De la improcedencia de prohibir la utilización de los mecanismos de solución directa.* Las autoridades no podrán establecer prohibiciones a la utilización de los mecanismos de solución directa de las controversias nacidas de los contratos estatales.

Las entidades no prohibirán la estipulación de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal.

Artículo 70. *De la cláusula compromisoria.* En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será en derecho. Los árbitros serán 3, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro único. En las controversias de menor cuantía habrá un solo árbitro.

La designación, requerimiento, constitución y funcionamiento del tribunal de arbitramento se regirá por las normas vigentes sobre la materia.

Los árbitros podrán ampliar el término de duración del tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para la producción del laudo respectivo.

En los contratos con personas extranjeras y en los que incluyan financiamiento a largo plazo, sistemas de pago mediante la explotación del objeto construido u operación de bienes para la prestación de un servicio público, podrá pactarse que las diferencias surgidas del contrato sean sometidas a la decisión de un tribunal de arbitramento designado por un organismo internacional.

(El inciso final fue modificado por el art. 4.º Ley 315 de 1996).

Artículo 71. *Del compromiso.* Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso para la convocatoria de un tribunal de arbitramento a fin de resolver las diferencias presentadas por razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

En el documento de compromiso que se suscriba se señalarán la materia objeto del arbitramento, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de proveer los costos del mismo.

Artículo 72. *Del recurso de anulación contra el laudo arbitral.* Contra el laudo arbitral procede el recurso de anulación. Este deberá interponerse por escrito presentado ante el tribunal de arbitramento dentro de los 5 días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente.

El recurso se surtirá ante la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Son causales de anulación del laudo las siguientes:

1. Cuando sin fundamento legal no se decretaren pruebas oportunamente solicitadas, o se hayan dejado de practicar las diligencias necesarias para evacuarlas, siempre que tales omisiones tengan incidencia en la decisión y el interesado las hubiere reclamado en la forma y tiempo debidos.
2. Haberse fallado en conciencia debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.
3. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias, siempre que se hayan alegado oportunamente ante el tribunal de arbitramento.
4. Haber recaído el laudo sobre puntos no sujetos a la decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.

5. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

El trámite y efectos del recurso se regirán por las disposiciones vigentes sobre la materia.

Artículo 73. *De la colaboración de las asociaciones de profesionales y de las cámaras de comercio.* Podrá pactarse acudir a los centros de conciliación y arbitramento institucional de las asociaciones profesionales, gremiales y de las cámaras de comercio para que diriman las controversias surgidas del contrato.

Artículo 74. *Del arbitramento o pericia técnicos.* Las partes podrán pactar que las diferencias de carácter exclusivamente técnico se sometan al criterio de expertos designados directamente por ellas o que se sometan al parecer de un organismo consultivo del Gobierno, al de una asociación profesional o a un centro docente universitario o de enseñanza superior. La decisión adoptada será definitiva.

Artículo 75. *Del juez competente.* Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa.

Parágrafo 1.º Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias.

Parágrafo 2.º En caso de condena en procesos originados en controversia contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de 5 a 200 salarios mínimos legales mensuales.

Parágrafo 3.º En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del parágrafo anterior.

IX. DE LAS DISPOSICIONES VARIAS

Artículo 76. *De los contratos de exploración y explotación de los recursos naturales.* Los contratos de exploración y explotación de recursos naturales renovables y no renovables, así como los concernientes a la comercialización y demás actividades comerciales e industriales propias de las entidades estatales a las que correspondan las competencias para estos asuntos, continuarán rigiéndose por la legislación especial que les sea aplicable. Las entidades estatales dedicadas a dichas actividades determinarán en sus

reglamentos internos el procedimiento de selección de los contratistas, las cláusulas excepcionales que podrán pactarse, las cuantías y los trámites a que deben sujetarse.

Los procedimientos que adopten las mencionadas entidades estatales, desarrollarán el deber de selección objetiva y los principios de transparencia, economía y responsabilidad establecidos en esta ley.

En ningún caso habrá lugar a aprobaciones o revisiones administrativas por parte del Consejo de Ministros, el Consejo de Estado ni de los tribunales administrativos.

Artículo 77. De la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1.º El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 2.º Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.

Artículo 78. De los contratos, procedimientos y procesos en curso. Los contratos, los procedimientos de selección y los procesos judiciales en curso a la fecha en que entre a regir la presente ley, continuarán sujetos a las normas vigentes en el momento de su celebración o iniciación.

Artículo 79. De la reglamentación del registro de proponentes. El funcionamiento del registro de proponentes en las cámaras de comercio, será reglamentado por el Gobierno Nacional dentro de los 6 meses siguientes a la promulgación de la presente ley.

Artículo 80. De la adecuación de estatutos. Dentro de los 6 meses siguientes a la fecha de promulgación de la presente ley, las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para adecuar los estatutos de las entidades estatales a lo dispuesto en esta ley.

Artículo 81. De la derogatoria y de la vigencia. A partir de la vigencia de la presente ley, quedan derogados el Decreto Ley 2248 de 1972; la Ley 19 de 1982; el Decreto Ley 222 de 1983, excepción hecha de los artículos 108 a 113; el Decreto Ley 591 de 1991, excepción hecha de los artículos 2.º, 8.º, 9.º, 17 y 19; el Decreto Ley 1684 de 1991; las

normas sobre contratación del Decreto 700 de 1992, y los artículos 253 a 264 del Código Contencioso Administrativo; así como las demás normas que le sean contrarias.

A partir de la promulgación de la presente ley, entrarán a regir el parágrafo del artículo 2.º; el literal l del numeral 1 y el numeral 9 del artículo 24; las normas de este estatuto relacionadas con el contrato de concesión; el numeral 8 del artículo 25; el numeral 5 del artículo 32 sobre fiducia pública y encargo fiduciario; y los artículos 33, 34, 35, 36, 37 y 38, sobre servicios y actividades de telecomunicaciones.

Las demás disposiciones de la presente ley, entrarán a regir a partir del 1.º de enero de 1994 con excepción de las normas sobre registro, clasificación y calificación de proponentes, cuya vigencia se iniciará un año después de la promulgación de esta ley.

Parágrafo 1.º trans. La presente ley entrará a regir en relación con la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S. A., y para todo lo que tenga que ver con la prestación del servicio de agua, alcantarillado y aseo, 3 años después de su promulgación.

Parágrafo 2.º trans. A partir de la promulgación de la presente ley, el Gobierno adelantará con la colaboración de la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, y de las demás entidades estatales, así como de los organismos o entidades gremiales y profesionales, actividades pedagógicas y de divulgación del presente estatuto.

ANEXO QUINTO

LEY 412 DE 1997 (6 DE NOVIEMBRE)

Por la cual se aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996.

El Congreso de la República

Visto el texto de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996.

(Para ser transcrito: se adjunta fotocopia del texto íntegro del instrumento internacional mencionado, debidamente autenticado por el jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores).

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

PREÁMBULO

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, convencidos de que la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra

la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos;

Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio;

Persuadidos de que el combate contra la corrupción fortalece las instituciones democráticas, evita distorsiones de la economía, vicios en la gestión pública y el deterioro de la moral social;

Reconociendo que a menudo la corrupción es uno de los instrumentos que utiliza la criminalidad organizada con la finalidad de materializar sus propósitos;

Convencidos de la importancia de generar conciencia entre la población de los países de la región sobre la existencia y gravedad de este problema, así como de la necesidad de fortalecer la participación de la sociedad civil en la prevención y lucha contra la corrupción;

Reconociendo que la corrupción tiene, en algunos casos, trascendencia internacional, lo cual exige una acción coordinada de los Estados para combatirla eficazmente;

Convencidos de la necesidad de adoptar cuanto antes un instrumento internacional que promueva y facilite la cooperación internacional para combatir la corrupción y, en especial, para tomar las medidas apropiadas contra las personas que cometan actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas o específicamente vinculados con dicho ejercicio; así como respecto de los bienes producto de estos actos;

Profundamente preocupados por los vínculos cada vez más estrechos entre la corrupción y los ingresos provenientes del tráfico ilícito de estupefacientes, que socavan y atentan contra las actividades comerciales y financieras legítimas y la sociedad, en todos los niveles;

Teniendo presente que para combatir la corrupción es responsabilidad de los Estados la erradicación de la impunidad y que la cooperación entre ellos es necesaria para que su acción en este campo sea efectiva, y

Decididos a hacer todos los esfuerzos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y en los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio,

Han convenido en suscribir la siguiente:

CONVENCIÓN INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Artículo I. *Definiciones.* Para los fines de la presente Convención, se entiende por: "función pública", toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o el servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

"Funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público", cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

"Bienes", los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten, intenten probar o se refieran a la propiedad u otros derechos sobre dichos activos.

Artículo II. *Propósitos.* Los propósitos de la presente Convención son: 1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y

2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas y los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio.

Artículo III. *Medidas preventivas.* A los fines expuestos en el artículo 2.º de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer:

1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exija a los funcionarios públicos informar a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública.

2. Mecanismos para hacer efectivo el cumplimiento de dichas normas de conducta.

3. Instrucciones al personal de las entidades públicas, que aseguren la adecuada comprensión de sus responsabilidades y las normas éticas que rigen sus actividades.

4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda.

5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.
6. Sistemas adecuados para la recaudación y el control de los ingresos del Estado, que impidan la corrupción.
7. Leyes que eliminen los beneficios tributarios a cualquier persona o sociedad que efectúe asignaciones en violación de la legislación contra la corrupción de los Estados Partes.
8. Sistemas para proteger a los funcionarios públicos y ciudadanos particulares que denuncien de buena fe actos de corrupción, incluyendo la protección de su identidad de conformidad con su Constitución y los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.
9. Órganos de control superior, con el fin de desarrollar mecanismos modernos para prevenir, detectar, sancionar y erradicar las prácticas corruptas.
10. Medidas que impidan el soborno de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, tales como mecanismos para asegurar que las sociedades mercantiles y otros tipos de asociaciones mantengan registros que reflejen con exactitud y razonable detalle la adquisición y enajenación de activos, y que establezcan suficientes controles contables internos que permitan a su personal detectar actos de corrupción.
11. Mecanismos para estimular la participación de la sociedad civil y de las organizaciones no gubernamentales en los esfuerzos destinados a prevenir la corrupción.
12. El estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público.

Artículo IV. *Ámbito*. La presente Convención es aplicable siempre que el presunto acto de corrupción se haya cometido o produzca sus efectos en un Estado Parte.

Artículo V. *Jurisdicción*. 1. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito se cometa en su territorio.

2. Cada Estado Parte podrá adoptar las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Convención cuando el delito sea cometido por uno de sus nacionales o por una persona que tenga residencia habitual en su territorio.

3. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para ejercer su jurisdicción respecto de los delitos que haya tipificado de conformidad con esta Conven-

ción cuando el presunto delincuente se encuentre en su territorio y no lo extradite a otro país por motivo de la nacionalidad del presunto delincuente.

4. La presente Convención no excluye la aplicación de cualquier otra regla de jurisdicción penal establecida por una Parte en virtud de su legislación nacional.

Artículo VI. *Actos de corrupción.* 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;

c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo, y

e. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

2. La presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella.

Artículo VII. *Legislación interna.* Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descritos en el artículo VI.1 para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención.

Artículo VIII. *Soborno transnacional.* Con sujeción en su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, cada Estado Parte prohibirá y sancionará el acto de ofrecer u otorgar a un funcionario público de otro Estado, directa o indirectamente, por parte de sus nacionales, personas que tengan residencia habitual en su

territorio y empresas domiciliadas en él, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios, como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de que dicho funcionario realice u omita cualquier acto, en el ejercicio de sus funciones públicas, relacionado con una transacción de naturaleza económica o comercial.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de soborno transnacional, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de esta Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el soborno transnacional brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo IX. *Enriquecimiento ilícito*. Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, este será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo X. *Notificación*. Cuando un Estado Parte adopte la legislación a la que se refieren los párrafos 1 de los artículos VIII y IX, lo notificará al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien lo notificará a su vez a los demás Estados Partes. Los delitos de soborno transnacional y de enriquecimiento ilícito serán considerados para ese Estado Parte acto de corrupción para los propósitos de esta Convención, transcurridos 30 días contados a partir de la fecha de esa notificación.

Artículo XI. *Desarrollo progresivo*. 1. A los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas:

- a. El aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas, de cualquier tipo de información reservada o privilegiada de la cual ha tenido conocimiento en razón o con ocasión de la función desempeñada;
- b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo

de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada;

c. Toda acción u omisión efectuada por cualquier persona que, por sí misma o por persona interpuesta o actuando como intermediaria procure la adopción, por parte de la autoridad pública, de una decisión en virtud de la cual obtenga ilícitamente para sí o para otra persona, cualquier beneficio o provecho, haya o no detrimento del patrimonio del Estado;

d. La desviación ajena a su objeto que, para beneficio propio o de terceros, hagan los funcionarios públicos, de bienes muebles o inmuebles, dinero o valores, pertenecientes al Estado, a un organismo descentralizado o a un particular, que los hubieran percibido por razón de su cargo, en administración, depósito o por otra causa.

2. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado estos delitos, estos serán considerados actos de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

3. Aquellos Estados Partes que no hayan tipificado los delitos descritos en este artículo brindarán la asistencia y cooperación previstas en esta Convención en relación con ellos, en la medida en que sus leyes lo permitan.

Artículo XII. *Efectos sobre el patrimonio del Estado.* Para la aplicación de esta Convención, no será necesario que los actos de corrupción descritos en la misma produzcan perjuicio patrimonial al Estado.

Artículo XIII. *Extradición.* 1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención.

2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí.

3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.

4. Los Estados Partes que no supediten la extradición a la existencia de un tratado reconocerán los delitos a los que se aplica el presente artículo como casos de extradición entre ellos.

5. La extradición estará sujeta a las condiciones previstas por la legislación del Estado Parte requerido o por los tratados de extradición aplicables, incluidos los motivos por los que se puede denegar la extradición.

6. Si la extradición solicitada por un delito al que se aplica el presente artículo se deniega en razón únicamente de la nacionalidad de la persona objeto de la solicitud, o porque el Estado Parte requerido se considere competente, este presentará el caso ante sus autoridades competentes para su enjuiciamiento, a menos que se haya convenido otra cosa con el Estado Parte requirente, e informará oportunamente a este de su resultado final.

7. A reserva de lo dispuesto en su derecho interno y en sus tratados de extradición, el Estado Parte requerido podrá, tras haberse cerciorado de que las circunstancias lo justifican y tiene carácter urgente, y a solicitud del Estado Parte requirente, proceder a la detención de la persona cuya extradición se solicite y que se encuentre en su territorio o adoptar otras medidas adecuadas para asegurar su comparecencia en los trámites de extradición.

Artículo XIV. *Asistencia y cooperación.* Los Estados Partes se prestarán la más amplia asistencia recíproca, de conformidad con sus leyes y los tratados aplicables, dando curso a las solicitudes emanadas de las autoridades que, de acuerdo con su derecho interno, tengan facultades para la investigación o juzgamiento de los actos de corrupción descritos en la presente Convención, a los fines de la obtención de pruebas y la realización de otros actos necesarios para facilitar los procesos y actuaciones referentes a la investigación o juzgamiento de actos de corrupción.

Así mismo, los Estados Partes se prestarán la más amplia cooperación técnica mutua sobre las formas y métodos más efectivos para prevenir, detectar, investigar y sancionar los actos de corrupción. Con tal propósito, propiciarán el intercambio de experiencias por medio de acuerdos y reuniones entre los órganos e instituciones competentes y otorgarán especial atención a las formas y métodos de participación ciudadana en la lucha contra la corrupción.

Artículo XV. *Medidas sobre bienes.* De acuerdo con las legislaciones nacionales aplicables y los tratados pertinentes u otros acuerdos que puedan estar en vigencia entre ellos, los Estados Partes se prestarán mutuamente la más amplia asistencia posible en la identificación, el rastreo, la inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes.

El Estado Parte que aplique sus propias sentencias de decomiso, o las de otro Estado Parte, con respecto a los bienes o productos descritos en el párrafo anterior, de este artículo, dispondrá de tales bienes o productos de acuerdo con su propia legislación. En la medida en que lo permitan sus leyes y en las condiciones que considere apropiadas, ese Estado Parte podrá transferir total o parcialmente dichos bienes o productos a otro Estado Parte que haya asistido en la investigación o en las actuaciones judiciales conexas.

Artículo xvi. *Secreto bancario.* El Estado Parte requerido no podrá negarse a proporcionar la asistencia solicitada por el Estado Parte requirente amparándose en el secreto bancario. Este artículo será aplicado por el Estado Parte requerido, de conformidad con su derecho interno, sus disposiciones de procedimiento o con los acuerdos bilaterales o multilaterales que lo vinculen con el Estado Parte requirente.

El Estado Parte requirente se obliga a no utilizar las informaciones protegidas por secreto bancario que reciba, para ningún fin distinto del proceso para el cual hayan sido solicitadas, salvo autorización del Estado Parte requerido.

Artículo xvii. *Naturaleza del acto.* A los fines previstos en los artículos xiii, xiv, xv y xvi de la presente Convención, el hecho de que los bienes obtenidos o derivados de un acto de corrupción hubiesen sido destinados a fines políticos o el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastarán por sí solos para considerar dicho acto como un delito político o como un delito común conexo con un delito político.

Artículo xviii. *Autoridades centrales.* Para los propósitos de la asistencia y cooperación internacional previstas en el marco de esta Convención, cada Estado Parte podrá designar una autoridad central o podrá utilizar las autoridades centrales contempladas en los tratados pertinentes u otros acuerdos.

Las autoridades centrales se encargarán de formular y recibir las solicitudes de asistencia y cooperación a que se refiere la presente Convención.

Las autoridades centrales se comunicarán en forma directa para los efectos de la presente Convención.

Artículo xix. *Aplicación en el tiempo.* Con sujeción a los principios constitucionales, al ordenamiento interno de cada Estado y a los tratados vigentes entre los Estados Partes, el hecho de que el presunto acto de corrupción se hubiese cometido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Convención, no impedirá la cooperación procesal penal internacional entre los Estados Partes. La presente disposición en ningún caso afectará el principio de la irretroactividad de la ley penal ni su aplicación interrumpirá los plazos de prescripción en curso relativos a los delitos anteriores a la fecha de la entrada en vigor de esta Convención.

Artículo xx. *Otros acuerdos o prácticas.* Ninguna de las normas de la presente Convención será interpretada en el sentido de impedir que los Estados Partes se presten recíprocamente cooperación al amparo de lo previsto en otros acuerdos internacionales, bilaterales o multilaterales, vigentes o que se celebren en el futuro entre ellos, o de cualquier otro acuerdo o práctica aplicable.

Artículo xxi. *Firma.* La presente Convención está abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXII. *Ratificación.* La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIII. *Adhesión.* La presente Convención queda abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo XXIV. *Reservas.* Los Estados Partes podrán formular reservas a la presente Convención al momento de aprobarla, firmarla, ratificarla o adherir a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósitos de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo XXV. *Entrada en vigor.* La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación. Para cada Estado que ratifique la Convención o adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo XXVI. *Denuncia.* La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante y permanecerá en vigor para los demás Estados Partes.

Artículo XXVII. *Protocolos adicionales.* Cualquier Estado Parte podrá someter a la consideración de los otros Estados Partes reunidos con ocasión de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención con el objeto de contribuir al logro de los propósitos enunciados en su artículo II.

Cada protocolo adicional fijará las modalidades de su entrada en vigor y se aplicará sólo entre los Estados Partes en dicho protocolo.

Artículo XXVIII. *Depósito del instrumento original.* El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia certificada de su texto para su registro de publicación a la Secretaría de la Naciones Unidas, de conformidad con el artículo 102 de la Carta de las Naciones Unidas. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados Miembros de dicha organización y a los Estados que hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

El suscrito Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Relaciones Exteriores,

Hace constar:

Que la presente reproducción es fiel fotocopia tomada del texto certificado de la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, documento que reposa en los archivos de la Oficina Jurídica de este Ministerio.

Dada en Santa Fe de Bogotá, D. C., a los 13 días del mes de agosto de 1996.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDANA ROZO, LUIS ENRIQUE. "El delito de enriquecimiento ilícito", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- ARENAS, ANTONIO VICENTE. *Comentarios al Código Penal colombiano. Parte especial*, t. 1, Bogotá, Edit. ABC, 1969.
- ARENAS, ANTONIO VICENTE. *Comentarios al nuevo Código Penal colombiano. Parte especial*, vol I, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1981.
- ARROYO, ZAPATERO LUIS. "Derecho penal económico y Constitución", *Revista Penal*, año 1, n.º 1, enero de 1998, Barcelona, Edit. Praxis, 1998, p. 7.
- BACHOFF, OTTO. *Constitución y jueces*, Madrid, Edit. Civitas, 1985.
- BARBOSA CASTILLO, GERARDO y CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. *Bien jurídico y derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- BARCELONA LLOP, JAVIER. "Principio de legalidad y organización administrativa", en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, t. III, Madrid, Civitas, 1991.
- BAYOD Y SERRAT, RAMÓN. *Estado de Derecho y poder político*, Madrid, Grefol, 1987.
- BERNAL PINZÓN, JESÚS. *Delitos contra la Administración Pública y asociación para delinquir*, Bogotá, Edit. Temis, 1965.
- BOBBIO, NORBERTO. *El modelo iusnaturalista en sociedad y Estado en la filosofía moderna*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- BOLEA BARDÓN, CAROLINA. *La autoría mediata en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982.
- CALLE CALDERÓN, ARMANDO LUIS y JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA. "El delito de interés ilícito en la celebración de contratos", en *Estudios de Derecho*, n.º 128, Medellín, Universidad de Antioquia, 1997.
- CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ. *El delito de concusión*, Bogotá, Librería del Profesional, 1982.
- CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ. *El peculado*, Bogotá, Edit. Temis 1983.

- CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ y MARUJA TOSCANO DE SÁNCHEZ. *El delito de enriquecimiento ilícito*, Bogotá, Librería del Profesional, 1986.
- CARMIGNANI, GIOVANNI. *Elementos de derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979.
- CARMIGNANI, GIOVANNI. *Elementos de derecho criminal*, ANTONIO FORERO y JORGE GUERRERO (trads.), Bogotá, Edit. Temis, 1982.
- Circular n.º 17 del 4 de octubre 2002 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, Unidad Administrativa Especial del Ministerio de Gobierno.
- Código Penal alemán*, CLAUDIA LÓPEZ DÍAZ (trad.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- CÓRDOBA RODA, JUAN. "El delito de prevaricación judicial", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje a JOSÉ CEREZO MIR, Madrid, Edit. Tecnos, 2002.
- CREUS, CARLOS. *Delitos contra la Administración Pública*.
- CRUZ BOLÍVAR, LEONARDO. "Bien jurídico y deber legal: nociones complementarias en el Código Penal colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- CHOCLÁN MONTALVO, J. A. y A. CALDERÓN CEREZO. *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Barcelona, Edit. Bosch, 2000.
- DE LA MATA BARRANCO, NORBERTO. "La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales", en *El nuevo derecho penal español*, Estudios penales en memoria del profesor JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ; GONZALO QUINTERO OLIVARES y FERMÍN MORALES PRATS (coords.), Navarra, Edit. Aranzadi, 2001.
- DE PALMA DEL TESO, ÁNGELES. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Madrid, Edit. Tecnos, 1996.
- DE TOLEDO, EMILIO OCTAVIO. *La prevaricación del funcionario público*, Madrid, Edit. Civitas e Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, 1979.
- DE TOLEDO Y UBIETO, EMILIO OCTAVIO. "La autoría conforme al Código Penal", en *El nuevo derecho penal español*, Estudios penales en memoria del profesor JOSÉ MANUEL VALLE MUÑIZ; GONZALO QUINTERO OLIVARES y FERMÍN MORALES PRATS (coords.), Navarra, Edit. Aranzadi, 2001.
- DÍAZ, ELÍAS. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Edit. Taurus, 1991.

- DUGUIT, LEÓN. *La transformación del Estado*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera.
- DUVERGER, MAURICE. *Instituciones financieras*, Barcelona, Edit. Bosch, 1960.
- ESCOBAR LÓPEZ, ÉDGAR. *Función administrativa y delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Leyer, 2001.
- ESCRICHE, JOAQUÍN. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1977.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. "Arbitrariedad y discrecionalidad", en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, t. III, Madrid, Edit. Civitas, 1991.
- FERREIRA DELGADO, FRANCISCO. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1985.
- FERRER BARQUERO, RAMÓN. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- FEUERBACH, PAUL JOHANN y ANSELM VON RITTER. *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Edit. Hammurabi, 1989.
- FIERRO, GUILLERMO J. *Teoría de la participación criminal*, Buenos Aires, Ediar, 1964.
- FRANCO, URIEL. *El peculado*, Bogotá, Edit. Temis, 1987.
- GARCÍA-PELAYO, MANUEL. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 1989.
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO. "Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código Penal", en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje a JOSÉ CEREZO MIR, Madrid, Edit. Tecnos, 2002.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE. "Autor y cómplice", en *Derecho penal*, Madrid, Universidad de Madrid, 1966.
- GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS (dir.). *Actas del nuevo Código Penal colombiano, Parte especial*, acta n.º 82, vol. II.
- GÓMEZ MÉNDEZ, ALFONSO. *Exposición de motivos del proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1998.

- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal*, Colección de pensamiento jurídico, n.º 1, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2002.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Dogmática del derecho disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *Estudios de dogmática en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO. *El principio de la antijuridicidad material*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- GÓMEZ RIVERO, M.ª DEL CARMEN. *La inducción a cometer el delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- GONZÁLEZ AMADO, IVÁN. "Utilización indebida de información privilegiada", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 59, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS. *El delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ. *El Estado social*, Madrid, Edit. Civitas, 2002.
- GROSSO GARCÍA, MANUEL SALVADOR. *El concepto de delito en el nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, MARÍA. *La responsabilidad penal el coautor*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.
- GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, LUIS. *Derecho penal especial*, Bogotá, Temis, 1965.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO. "Concurso de personas en el delito", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 49, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- HERNÁNDEZ ESQUIVEL, ALBERTO. "Autoría y participación", en *Lecciones de derecho penal, Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, JOSÉ ULISES. *La autoría mediata en derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 1996.
- HIDALGO DÍAZ, SANDRA VIVIANA. *El delito de enriquecimiento ilícito*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968.

IBÁÑEZ GUZMÁN, AUGUSTO. *La Administración Pública, objeto jurídicamente tutelado*, tesis de grado, 1985.

JAKOBS, GÜNTHER. *Derecho penal, Parte general*, 2.^a ed., JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS y JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO (trads.), Madrid, Edit. Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, GÜNTHER. "La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales del 'riesgo permitido', la 'prohibición de regreso' y el 'principio de confianza'", en *Estudios de derecho penal*, ENRIQUE PEÑARANDA RAMOS, CARLOS J. SUÁREZ GONZÁLEZ y MANUEL CANCIO MELIÁ (trads.), Madrid, Universidad Autónoma de Madrid y Edit. Civitas, 1997.

JESCHECK, HANS-HEINRICH. *Reforma del derecho penal en Alemania, Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

Jurisprudencia Penal, 1979 a 1984, ALFONSO REYES ECHANDÍA (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia, 1984 a 2003, Editora Jurídica de Colombia.

Jurisprudencia penal, extractos, 2001 a 2003, IVÁN VELÁSQUEZ GÓMEZ (comp.), Librería Jurídica Sánchez R.

LEGAZ y LACAMBRA, LUIS. *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Edit. Bosch, 1960.

LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Universidad de Córdoba y Edit. Civitas, 1994.

LÓPEZ MORALES, JAIRO. *Antecedentes del nuevo Código Penal*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2000.

LLERAS DE LA FUENTE, CARLOS; CARLOS ARENAS CAMPO, JUAN CHARRY URUEÑA y AUGUSTO BECERRA HERNÁNDEZ. *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Bogotá, Cámara de Comercio, 1992.

MAGGIORE, GIUSEPPE. *Derecho penal, Parte especial*, Bogotá, Edit. Temis, 1985.

MANZINI, VINCENZO. *Tratado de derecho penal, Parte especial*, Buenos Aires, Ediar, 1961.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, ÁLVARO. *La autoría mediata en el derecho penal*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

MATA Y MARTÍN, RICARDO. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Edit. Comares, 1997.

- MATTES, HEINZ. *Problemas de derecho penal administrativo*, Jaén, Revista de Derecho Privado, 1979.
- MAYA VILLAZÓN, EDGARDO JOSÉ. "Código Disciplinario 'Único'", en *Cambios fundamentales y filosofía de la reforma*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2002.
- MIR PUIG, CARLOS. *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 2000.
- MIR PUIG, SANTIAGO. "Valoraciones, normas y antijuridicidad penal" en *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo*, Libro homenaje al profesor JOSÉ CEREZO MIR, Madrid, Edit. Tecnos, 2002.
- MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. *Delitos contra la Administración Pública*, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 1995.
- MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. *Delitos contra la Administración Pública*, Bogotá, Edit. Leyer, 1998.
- MONTENEGRO, CALIXTO. *Curso de derecho penal especial*, t. II, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1978.
- MORENO BRAND, WILLIAM. *Derecho penal especial*, Cali, Wilches Editores, 1987.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. "Problemas de autoría y participación en el delito de alzamiento de bienes", en *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos*, Libro homenaje a ÁNGEL TORIO LÓPEZ, Granada, Edit. Comares, 1999.
- NIETO, ALEJANDRO. "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en *Estudios sobre la Constitución española*, Homenaje a EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, t. III, Madrid, Edit. Civitas, 1991.
- NIETO, ALEJANDRO. *Derecho administrativo sancionador*, 2.ª ed., Madrid, Edit. Tecnos, 1994.
- ORTIZ RODRÍGUEZ, ALFONSO. *Curso de derecho penal especial, Primera parte*, Medellín.
- ORTS BERENGUER, ENRIQUE. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- OTERO GONZÁLEZ, PILAR. *La circunstancia atenuante analógica en el Código Penal de 1995*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- PACHECO OSORIO, PEDRO. *Derecho penal, Parte especial*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1959.

- PALACIO HINCAPIÉ, JUAN ÁNGEL. *La contratación de las entidades estatales*, 2.^a ed., Librería Jurídica Sánchez R., 1998.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO. *Curso de derechos fundamentales (I), Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO. "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales", en *Historia de los Derechos Fundamentales*, t. I, Madrid, Dickinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998.
- PEÑARANDA RAMOS, ENRIQUE. *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, Edit. Tecnos, 1990.
- PERDOMO TORRES, JORGE FERNANDO. *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PÉREZ ALONSO, ESTEBAN JUAN. *La coautoría y la complicidad (necesaria) en derecho penal*, Granada, Edit. Comares, 1998.
- PÉREZ, LUIS CARLOS. *Derecho penal, Partes general y especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1984.
- PÉREZ, LUIS CARLOS. *Tratado de derecho penal*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1978.
- POSADA, ADOLFO. *La nueva orientación del derecho político*, Madrid, Francisco Beltrán Librería Española y Extranjera.
- QUINTERO OLIVARES, GONZALO y FERMÍN MORALES PRATS. *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1999.
- RAMOS MEJÍA, ENRIQUE. *El delito de concusión*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1963.
- RAMOS TAPIAS, MARÍA INMACULADA. *El delito de prevaricación judicial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- RANIERI, SILVIO. *Manual de derecho penal, Parte especial*, t. III, Bogotá, Edit. Temis, 1975.
- RANIERI, SILVIO. *Manuale di diritto penale*, 3.^a ed., Padova, CEDAM, 1956.
- Régimen de contratación estatal*, 2.^a ed., JORGE PINO RICCI (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- RENDÓN GAVIRIA, GUSTAVO. *Derecho penal colombiano, Parte especial*, vol. I, Bogotá, Edit. Temis, 1973.

- RESTREPO, JUAN CAMILO. *Hacienda Pública*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- REYES ALVARADO, YESID. *Imputación objetiva*, 2.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1996.
- REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. "El tipo de injusto del artículo 148A del Código Penal colombiano", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 61, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.
- REYES CUARTAS, JOSÉ FERNANDO. *Dos estudios de derecho sancionador estatal*, Bogotá, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación, 2003.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO. *La culpabilidad*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1982.
- ROCCO, ARTURO. *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, Montevideo y Buenos Aires, IB de f, 2001.
- RODRÍGUEZ DEVESEA, JOSÉ MARÍA. *Derecho penal español, Parte especial*, 6.ª ed., 1975.
- RODRÍGUEZ, GUSTAVO HUMBERTO. *El peculado*, Tunja, Contraloría Departamental de Boyacá, 1966.
- RODRÍGUEZ, LIBARDO. *Derecho administrativo, general y colombiano*, 11.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1999.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO y AGUSTÍN JORGE BARREIRO. *Comentarios al Código Penal, Parte I*, Madrid, Edit. Civitas, 1997.
- RUÍZ LÓPEZ, CARMEN ELOÍSA. *El delito de peculado*, tesis de grado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SALAZAR MARÍN, MARIO. *Autor y partícipe en el injusto penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1992.
- SÁNCHEZ DOMINGO, M.ª BELÉN. "Las actuaciones en nombre de otro", en *Derecho penal*, Burgos, Universidad de Burgos, 2002.
- SÁNCHEZ MORÓN, MIGUEL. *Derecho de la función pública*, Madrid, Edit. Tecnos, 1997.
- SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Acto administrativo, Procedimiento, eficacia y validez*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- SANTOFIMIO, JAIME ORLANDO. *Delitos de celebración indebida de contratos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

- STRAYER, JOSEPH. *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno*, Barcelona, Edit. Ariel, 1986.
- SARASTY MONTENEGRO, DOMINGO. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Rama Penal*, tt. I a IV, Bogotá, Edit. Horizontes.
- SCHMITT, CARL. *Teoría de la Constitución*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1934.
- SCHÜNEMANN, BERND. "Introducción al razonamiento sistemático en derecho penal", en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, Estudios en honor de CLAUS ROXIN en su 50 aniversario, B. SCHÜNEMANN (comp.), JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ (trad.), Madrid, Edit. Tecnos, 1991.
- SOBOUL, ALBERT. *La Revolución Francesa*, Madrid, Edit. Tecnos, 1989.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *Autoría y participación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. "El interviniente", en *Derecho Penal y Criminología*, n.º 72, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2001.
- VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, NUNO J. *La función pública como relación especial de derecho administrativo*, Porto, Almeida & Leita, 2000.
- VÁSQUEZ ABAD, ÁNGEL MARTÍN. *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1949.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho penal, Parte general*, Bogotá, Edit. Temis, 1994, 1997 y 2002.
- VIDAL PERDOMO, JAIME. *Derecho administrativo*, 11.ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1997.
- VILLADA, JORGE LUIS. *Delitos contra la función pública*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.
- VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR et ál. *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. "Revelación de secreto oficial: aspectos problemáticos", en *VIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en julio de 2004

Se compuso en caracteres Ehrhard MT Regular y Ehrhard Expert MT de
11.5 puntos y se imprimió sobre papel propalibros de 70 gramos,
con un tiraje de 1.000 ejemplares.
Bogotá, Colombia

Post tenebras spero lucem