

El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana*

The judicial precedent and the principle of criminal legality in the colombian public contracting

Recibido: Junio 16 de 2014 - Evaluado: Agosto 19 de 2014 - Aceptado: Noviembre 14 de 2014

Jeofrey Alfonso Troncoso Mojica**

Para citar este artículo / To cite this Article

Troncoso Mojica, J. A. (Enero-Junio de 2015). El precedente judicial y el principio de legalidad penal en la contratación pública colombiana. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), (91-118).

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto de investigación que corresponde al resultado final de la tesis de Maestría en Derecho Penal realizada en la Universidad Santo Tomás Bogotá.

** Abogado de la Universidad Libre Seccional Barranquilla, especialista en Derecho Administrativo, en Gerencia Financiera, en Derecho Penal y Criminología de la misma Universidad, Especialista en Derecho Probatorio de la Universidad Sergio Arboleda. Magíster en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca de España, candidato a Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Sergio Arboleda, Doctorando en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Asesor – Consultor Jurídico de entidades públicas y privadas. Profesional independiente ante las jurisdicciones ordinaria, constitucional, de lo contencioso administrativo y disciplinario.
Correo electrónico: jeofrey0215@gmail.com

Resumen

Este trabajo intenta analizar los requisitos legales esenciales de los contratos estatales, como núcleo de la protección penal, a fin de establecer si pueden los jueces por vía interpretativa definir los requisitos esenciales del contrato, sin vulnerar los principios de legalidad estricta y de reserva de ley. También analiza, si dogmáticamente resulta adecuada la protección del principio de legalidad de la administración pública.

En desarrollo del problema de investigación, se tomaron la interpretación jurisprudencial de la conducta prohibida y al ser confrontada con la tendencia de las convocatorias públicas, -durante los últimos tres años- permitió inferir que la amenaza de pena no ha logrado su propósito disuasorio (prevención general negativa), ni de prevención prospectiva del delito (prevención general positiva), pues las malas prácticas de eludir los procesos contractuales resultó ascendente. Por ello es necesario replantear la actual política criminal y fijar nuevas alternativas de criminalización en el contexto de la globalización económica.

Palabras clave: Contrato estatal, requisitos legales esenciales, reserva legal, legalidad estricta.

Abstract

This study aims to analyze the essential elements of the public contract, as a nucleus of legal protection, in order to ascertain whether judges are allowed to define, by interpretation, such elements without violating the principles of strict legality and legal reserve. Furthermore, this study also analyzes whether the preservation of the principle of legality of public contracting is dogmatically adequate.

In development of the research problem, the jurisprudential interpretation of the prohibited conduct was examined in relation to the tendency of open call for tenders –during the last three years-, which led us to conclude that the threat of punishment has not fulfilled its deterrent effect (negative general prevention) nor that of the positive general prevention, since the bad practice of circumvent the contract procedures turned out to be on the increase. For this reason, it is necessary to reconsider the current criminal policy and set up new criminalization alternatives in the context of economic globalization.

Key words: Public contract, essential legal elements, legal reserve, strict legality.

Introducción

En Colombia, la política criminal para enfrentar la corrupción originada en la contratación estatal tiene como primer antecedente legislativo el Código Penal del año 1936, que elevó a la categoría de delito varias conductas desviadas de la actividad contractual. Más tarde, el anteproyecto de Código Penal del año 1976 dedicó un capítulo a la celebración indebida de los contratos de la administración pública, bajos seis modalidades delictivas, con las que el Estado buscaba un mayor grado de intervención penal en la contratación pública, ante el aumento progresivo de la corrupción originada de los contratos de obra, de concesión, de compra, prestación de servicios, entre otros.

Dado el uso frecuente de la contratación con particulares y el desarrollo legal sobre la materia, se expidió el Código Penal del año 1980, el cual recogió en un capítulo tres modalidades delictivas propuesta en el anteproyecto de Código del año 1976, entre ellas, el delito de “*contrato sin cumplimiento de requisitos legales*”. Días más tarde, el Decreto 141 de 1980 adicionó como ingrediente normativo del tipo el adjetivo calificativo “*esenciales*”, prohibiéndose el trámite, la celebración y la liquidación del contrato, sin la verificación de los *requisitos legales esenciales*. Con esta reforma se restringió el ingrediente valorativo del tipo, pues no cualquier requisito legal omitido tipificaba el delito, a partir de allí se requería de una exigencia normativa específica: debía tratarse de requisitos legales “*esenciales*” del contrato estatal.

En principio no existía mayor controversia sobre la significación del tipo prohibitivo, pues la jurisprudencia había aceptado pacíficamente que por tratarse de un tipo en blanco, debía acudir a las normas extrapenales del momento –como fueron el Decreto 150 de 1976 y después el Decreto 222 de 1983–, aunque dispersas (unas para la Nación, los departamentos y municipios, otras para las intendencias y comisarías), ellas fijaban de manera expresa algunos requisitos especiales de la contratación pública, que diferenciaban el contrato estatal de los negocios derivados del derecho civil y comercial.

Al expedirse el vigente Estatuto General de Contratación Pública (Ley 80 de 1993), surgieron problemas hermenéuticos respecto del ingrediente normativo del tipo penal, ya que ninguna definición ni interpretación auténtica

hizo el Estatuto Contractual sobre el tema. En efecto, sin mayor aporte a esta ambigüedad dogmática, la Ley 80 sólo dispuso que los contratos estatales se perfeccionan con el acuerdo escrito sobre el *objeto* y la *contraprestación*. Esta situación conllevó a un cambio de postura de la Corte Suprema de Justicia – vigente aún-, según la cual, además de los requisitos esenciales regulados por el derecho privado, existían otros con relevancia penal, contenidos en la “axiología” de la Carta Política, que son previos, concomitantes y posteriores a la celebración del contrato estatal (Casación Penal, 2000).

A partir de ello, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentó el dogma conforme al cual, los principios constitucionales y legales de la administración pública son los requisitos *esenciales* del contrato estatal, aludidos por el tipo normativo. Posición respaldada por la Corte Constitucional (sentencias C-917 de 2001, C-976 de 2001, T-193 de 2010), convirtiéndose dicha hermenéutica judicial en subregla vinculante, al tenor de la sentencia de constitucionalidad C-836 de 2001, sin existir un juicio de ponderación previo respecto de los principios de *ley estricta* y de *reserva de ley* del derecho penal y del pragmatismo derivado de la aplicación del exaltado precedente.

Más allá del utilitarismo en la política criminal del Estado y la eficacia mediática que representa la aplicación del precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia, frente al fenómeno de la corrupción generada en los contratos estatales, este artículo analizará si la intervención penal basada en las subreglas de juicio creadas por la jurisprudencia pacífica de las Altas Cortes, resulta dogmáticamente ajustada al principio de tipicidad y adecuada válidamente hacia la real protección de bienes jurídicos, en nuestro Estado democrático de derecho.

Problema de investigación

Lo expresado en precedencia, conlleva a formular el siguiente problema hermenéutico:

¿De qué manera la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al determinar los contenidos y alcances de la prohibición penal, podría incurrir en violación de los principios de reserva de ley y ley estricta ante la omisión normativa del Legislador?

Metodología

Para desarrollar los objetivos propuestos se partió de teorías del derecho, de la sociología jurídica, criminología y ciencias económicas, las cuales fueron analizadas dentro de un razonamiento lógico y crítico, para formular reflexiones y otras perspectivas respecto de la hermenéutica trazada por la jurisprudencia, aplicando los métodos deductivo, analítico, dialéctico y sintético de investigación.

Plan de redacción

1. Delimitación del problema

El ingrediente normativo del tipo penal, presenta una doble deficiencia dogmática: La primera, porque el tipo base introdujo un concepto jurídico ajeno al derecho penal y no desarrollado por la teoría de la contratación administrativa, como son los requisitos *esenciales* del contrato estatal. La segunda, porque la norma de complemento (Estatuto de Contratación) no estableció de manera taxativa, clara ni precisa el elemento valorativo de la prohibición penal. Todo lo cual conllevó a la jurisprudencia a trazar con *fuerza vinculante* y bajo la amenaza de una conminación penal, lo que a su juicio resultaba eficiente para combatir uno de los factores de corrupción:

“...El análisis que hace la Sala del ‘aspecto objetivo del delito’ entraña, entonces, comparar la conducta imputada con el tipo penal, a partir de la Constitución Política y de lo pertinente de la Ley 80 de 1993, es decir, con fundamento en una concepción material, axiológica jurídica, conjunta y conglobada de tipo penal, de acuerdo con la cual éste comporta una definición que se extrae de los valores sustanciales que prevé la Carta. Dicho de otra forma, su estudio implica ubicarlo dentro del ordenamiento jurídico entero, que se mira en sus interrelaciones. ... Leer en la norma algo diverso a que los principios constitucionales subyacen a las actividades de tramitación, celebración y liquidación de los contratos, resulta vano y necio....”. (Casación Penal, 17.088, 2000).

La jurisprudencia de la Corte Suprema –con ciertos matices en varios fallos–, convertida en precedente judicial por la Corte Constitucional (sentencias C-917 de 2001, C-976 de 2001, T-193 de 2010), ha fijado el criterio

uniforme según el cual, dentro de los requisitos legales esenciales del contrato estatal están materialmente incorporados también, como componentes suyos y por encima de otras exigencias, los principios constitucionales y legales de la contratación pública, bajo el entendido que el *deber ser* de los trámites previos, de la celebración y liquidación de los contratos de la administración, devienen y se impregnan en todo momento de esos axiomas que sirven de fundamento al contemporáneo Estado Social de Derecho.

Las elaboraciones académicas y jurisprudenciales en torno a los requisitos esenciales del contrato estatal, buscan mecanismos o argumentos jurídicos para diferenciar los elementos básicos del contrato de derecho privado de los propios del contrato público, resultando –en la mayoría de los casos– coincidentes respecto de los presupuestos de validez (competencia y capacidad respectivamente para consentir el negocio, objeto y causa lícita, solemnidades especiales en cuanto al objeto y las contraprestaciones), pero sin respuesta uniforme en cuanto al vacío desentrañado por la falta de definición legal del tipo normativo, núcleo de la prohibición criminal.

Por ello, desde el plano de la *tipicidad penal*, la definición inequívoca de tales requisitos esenciales –presupuesto estructurante del delito–, al no aparecer taxativa ni claramente definido en las reglas extrapenales de complemento (Estatuto de Contratación Estatal, ni en otra norma administrativa), origina elaboraciones jurisprudenciales que, si bien ofrecen justificaciones teleológicas sobre la barrera de protección de la norma, en la práctica se constituyen en dogmas judiciales que buscan soluciones pragmáticas ante la vaguedad del tipo normativo y con ello enviar un buen mensaje de respuesta a la sociedad, frente a la lucha contra el fenómeno de la corrupción proveniente de la contratación pública.

En efecto, la tesis argumentativa expuesta por la jurisprudencia para la validez del tipo penal analizado, se asienta en la protección del bien jurídico de la administración pública y del principio de legalidad, pero en el fondo se trataría de una decisión político-criminal que sirve sólo para mostrar cuantitativamente la respuesta estatal contra uno de los factores que más corrupción administrativa y desigualdad social genera en nuestro país, pues los resultados de la percepción ciudadana sobre la corrupción (IPC), realizada por la ONG Transparencia Internacional para el año 2014, ubicó a Colombia en el puesto número 94 de 175 países evaluados en el Mundo, y en el lugar 17 de 31 naciones del continente Americano (Transparency International, 2014).

Finalmente, atendiendo la interpretación gramatical del tipo normativo, en este trabajo se partirá de dos conceptos sustancialmente diferenciados: la contratación pública y el contrato público. La contratación estatal, pública o administrativa, es el conjunto de procedimientos, trámites y gestiones de la administración íntimamente ligados a la celebración, ejecución, terminación y liquidación de los contratos que requiere el Estado. Mientras que el contrato estatal, público, de la administración pública o administrativo es el acto jurídico individual generador de las obligaciones y prestaciones para las partes suscribientes.

No obstante, desde las categorías dogmáticas conquistadas a partir del “derecho penal liberal” y ratificadas en el Estado democrático de derecho, la situación podría resultar alarmante si se pondera con dos principios limitantes de la intervención penal, como son el de *ley estricta* y el de *reserva de ley*, según los cuales, el delito debe ser definido de modo claro, expreso e inequívoco en una norma penal, y sólo el legislador puede crear, modificar o suprimir estas normas, respectivamente. Por lo cual resulta importante un estudio transversal y contextual de la norma.

2. Análisis de la jurisprudencia y su validez en el derecho penal

La Corte Constitucional ha reiterado que el cambio político de un Estado Liberal de derecho (fundado en la soberanía nacional y en el principio de legalidad), a un Estado Social de derecho (basado en la soberanía popular, cuyos fines esenciales son servir a la comunidad y la garantía de efectividad de los principios, derechos, deberes y libertades), presupone la renuncia a las teorías absolutas de la autonomía legislativa en materia político-criminal. Por consiguiente, sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es, conforme al marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas (sentencia C-070 de 1996).

Mediante sentencia C-133 de 1999, la Corte Constitucional precisó que el principio de legalidad en materia penal garantiza la seguridad jurídica de los ciudadanos, en tanto les permite conocer cuándo y por qué motivos podrían ser objeto de penas, bien privativas de la libertad o de otros derechos, para impedir la arbitrariedad o la intervención indebida por parte de las autoridades encargadas de aplicar las sanciones.

Pese a la clasificación de los tipos en blanco y su aceptación en nuestro ordenamiento, la doctrina constitucional condiciona la aplicación de esta técnica legislativa a la existencia de normas complementos –anteriores a la comisión del hecho– que definan de forma *clara e inequívoca* aquéllos aspectos de los que adolece el precepto en blanco, cuyos contenidos le sirvan al intérprete y específicamente al juez penal, para precisar la conducta tipificada como punible y así realizar una adecuada integración normativa que cumpla con los requisitos para la plena realización del principio de *legalidad estricta*. Es decir, para los tipos penales en blanco, la norma jurídica complementaria igualmente debe cumplir con las exigencias sustanciales de *preexistencia, claridad y univocidad* que caracterizan el principio de tipicidad penal (artículo 6-2º Código Penal).

En la sentencia de constitucionalidad que origina esta disertación, la Corte reitera su precedente respecto del tipo en blanco, señalando que si bien la regla general consiste en que el tipo objetivo contenga una descripción completa de la conducta merecedora de sanción, también el derecho penal permite excepcionalmente que, dada la naturaleza de la actuación que se quiere reprimir y la dinámica de la interacción social de determinados comportamientos humanos, el legislador pueda considerar necesario –en ciertos casos de temática especial– un reenvío normativo:

“siempre y cuando tal remisión sea clara e inequívoca. Es decir, que no quede al arbitrio de la autoridad penal, la creación del tipo, ni expuesto el procesado a una arbitrariedad de la autoridad del Estado, por la ambigüedad en la descripción de la conducta considerada como delito” (Sentencia C-917 de 2000).

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha precisado que en los tipos penales en blanco o de reenvío, la conducta prohibida no se encuentra definida íntegramente por el legislador, sino que debe acudir a un precepto del ordenamiento jurídico para precisar con nitidez su contenido, alcance y adecuación típica, atendiendo los frecuentes cambios de la realidad social. En tal sentido, considera la Corte que no se viola el principio de reserva de ley cuando el legislador señala los elementos básicos para delimitar la prohibición y remite a otras instancias el complemento, pero a condición de que éste sea claro y permita establecer sin equívocos la conducta punible y su sanción (Casación Penal, 23899, 2005).

Respecto a la estructura de los tipos penales en blanco, la jurisprudencia citada distingue dos elementos: el *núcleo esencial* y el *complemento*. El primero, corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador, quien debe señalar con toda claridad y precisión los requisitos básicos de la conducta punible y la respectiva punibilidad, además del reenvío expreso o tácito a otro precepto. El complemento, en cambio, especifica las condiciones en que tiene lugar el núcleo, ya sea de índole penal o extrapenal, a condición de que tenga carácter general y sea expedido por quien tiene competencia para proferirlo. Tanto el núcleo esencial como el complemento, integran una sola conducta típica.

Ahora bien, la dogmática penal, entendida como metodología para una adecuada interpretación del derecho penal sustantivo (normas *ius cogens*), ofrece variadas categorías para el entendimiento sistemático del delito y sus consecuencias. Una de las mayores conquistas dogmáticas en el marco del derecho penal liberal y garantizador que emerge del Estado de Derecho, fue el principio de *tipicidad* (FERNÁNDEZ, 2013, p. 202), especialmente las exigencias de *taxatividad*, *precisión* y *claridad* en la definición del delito, desarrollo superlativo del principio de legalidad del delito, pregonado por los iluministas para impedir el arbitrio judicial al momento de la intervención penal.

Por consiguiente, si una de las características fundantes del principio de tipicidad del delito es la taxatividad, claridad y univocidad del comportamiento prohibido, pretender que el supuesto de hecho del tipo en blanco se halle en los principios basilares de la estructura operativa de la administración pública (normas de optimización), y no en reglas específicas de determinación que le permitan a los destinatarios conocer el sentido completo de la prohibición penal y de contera el alcance de la amenaza de pena, podría constituir un evidente desconocimiento del principio de tipicidad (estricta legalidad), sobre el cual se legitima la intervención estatal en la libertad de los ciudadanos y demás destinatarios del derecho penal.

Nótese que en el ámbito constitucional los principios deben apreciarse en el aspecto deontológico, mientras que los valores, como categoría suprema, se conciben en el plano axiológico. Ello implica que no necesariamente los principios tengan la misma naturaleza en el esquema iusfilosófico, pues como normas deontológicas están desprovistos de los imperativos propios del derecho penal y de contera sólo sirven para la creación de las leyes y la labor interpretativa de los jueces, en tanto que mirado como normas preceptivas, los

principios organizan las instituciones del Estado, determinan las competencias de éstas y de las autoridades.

En consecuencia, la aplicación del tipo penal que se analiza, bajo la perspectiva decantada por la jurisprudencia, enfrenta los principios orgánicos de la administración pública –que los hace extensivo a la contratación estatal– con dos de los valores axiológicos fundantes del Estado Social de Derecho, como son el principio de legalidad, límite del *ius puniendi* (estricta legalidad del delito), y el derecho a la libertad. Tensión ante a la cual, el *Estado legislador* debe garantizar la eficacia de los derechos fundamentales, y por su parte, el *Estado juez* debe interpretar las normas siempre a favor de tales derechos. Adicionalmente, los principios de la administración pública no tienen carácter axiológico en el modelo del Estado Social de Derecho, pues son el *medio* o los lineamientos generales para garantizar los cometidos institucionales, pero no el fin.

De otra parte, la determinación jurisprudencial de un catálogo de requisitos legales esenciales de la contratación estatal, formulados para rescatar la utilidad de un precepto plagado de ambigüedad y vaguedad legislativa, en aras de contrarrestar uno de los factores generadores de corrupción administrativa, violaría el principio de *reserva de ley* -limitante del poder punitivo del Estado-, especialmente en lo que respecta a la potestad de configuración normativa del Congreso de la República para crear, modificar o determinar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado (artículo 124 de la Carta Política).

En efecto, bajo el derrotero de la protección de los principios constitucionales de la administración pública –en especial el de legalidad–, en la Sentencia de octubre 6 de 2004, expediente 16.066, la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Edgar Lombana Trujillo, modula el alcance expansivo de su jurisprudencia del año 2000 y en evidente *rol* legislativo regula la aplicación del tipo normativo, precisando los requisitos legales esenciales del contrato estatal, así:

[...] Principios que toman cuerpo en los requisitos que la ley de contratación exige sean cumplidos en las distintas fases del proceso de contratación pública. **2.1.2.1. Unos previos a la celebración del contrato que de ser omitidas impiden su nacimiento**, son ellos: a. Competencia del funcionario para contratar. b. Autorización para que el funcionario competente pueda contratar. c. Existencia del rubro y registro presupuestal correspondiente.

d. La Licitación o el concurso previo. **2.1.2.2 Requisitos concomitantes a la celebración del contrato cuyo cumplimiento habilita el acuerdo entre la administración y el particular, son ellos:** a. Elaboración de un contrato escrito que contenga todas las cláusulas atendiendo a su naturaleza, y las obligatorias en casos determinados y para ciertos contratos. b. La constitución y otorgamiento de garantías de cumplimiento por el contratista. c. La firma del contrato por las personas autorizadas. **2.1.2.3. Requisitos posteriores a la celebración del contrato, cuyo cumplimiento permite que una vez firmado el contrato la actuación quede en firme y pueda ser ejecutado; son los siguientes:** a. La aprobación por parte de la entidad competente. b. El pago del impuesto de timbre. c. La publicación del contrato en el órgano competente, para efectos de la publicidad del acto... [Negrillas fuera del texto].

Como se advierte, la precisión del *supuesto de hecho* del tipo complementario, fue el resultado de una actividad intelectual del poder judicial y no del debate y aprobación democrática propia de la actividad legislativa. Con lo cual una segunda crítica al precedente judicial analizado, estribaría en desconocer el principio de *reserva de ley*, pues más que un dinamismo hermenéutico inherente al poder interpretativo de las altas Cortes de Justicia del país, por lagunas legales, se estaría vaciando al Congreso de la República de la competencia exclusiva y excluyente de expedir los tipos penales.

3. Ubicación teórica del precedente objeto de análisis

La *jurisprudencia de conceptos* fue el primer momento del positivismo jurídico en Alemania, tomada del derecho romano por Savigny y desarrollada inicialmente por Von Ihering, donde el simple análisis sintáctico o significación de las normas que conformaban los códigos sería suficiente para resolver los problemas de interpretación en el derecho, ya que los principios generales del derecho y la analogía se tomaban excepcionalmente para la construcción de un marco conceptual restrictivo, ante los casos de deficiencias o inadecuación de las descripciones legales (Fernández, 2009, pp. 352-354).

En una segunda etapa de Ihering, nace la jurisprudencia de intereses como limitante a la interpretación contra legem de la Escuela del Derecho Libre de Radbruch y en contraposición a la histórica jurisprudencia de conceptos. Es el cambio de paradigma que convertiría al juez en verdadero creador del derecho, al considerar que las reglas e instituciones debían responder a la

satisfacción de ciertas necesidades sociales, donde el protagonista principal era la razón del juez, quien estaba llamado a solucionar los problemas de laguna legal (Sánchez, 2007, pp. 72-77).

La jurisprudencia de intereses, fue desarrollada en el derecho civil por Philipp Heck. Sin embargo, esa facultad valorativa o dogmática teleológica del juez –no de mera subsunción– sufrió duras críticas, al cuestionarle de haber servido de fundamento al Estado totalitario del partido Nacionalsocialista, donde los jueces interpretaban las leyes para colaborar con los propósitos del “*Führer*” y del régimen fascista que operó en la Alemania del III *Reich*. Por lo cual, las fracturas entre las interpretaciones formal (jurisprudencia de conceptos) y la pragmática del derecho (jurisprudencia de intereses), debió ser superada en los actuales estados sociales de derecho, con la *jurisprudencia de los valores* (Gutiérrez, 2002, p. 75), cuyo mayor énfasis es la protección de los derechos fundamentales. Esta será el punto de partida para el análisis del precedente *supra*.

En los actuales estados sociales y democráticos de derecho, donde la acción estatal gira alrededor del ser humano (concepción antropocéntrica), y no viceversa como sucedía en los estados liberales (teoría estatocéntrica del Estado), se exige al juez –al momento de interpretar las normas penales– una actividad hermenéutica respetuosa de los derechos fundamentales y en ese sentido más creativa que la otrora jurisprudencia de intereses, defendida hace un siglo por Heck, pues uno de los errores del desarrollo actual de la teoría del derecho, es considerar que toda creación del derecho se basa normalmente en una racionalidad social y no en una irracionalidad social, por lo que debe partirse de una conexión racional entre las normas jurídicas y el comportamiento social humano (Garzón, 1999, pp.157-158).

La doctrina dominante en el derecho penal, considera que con el tenor literal de un precepto, el legislador crea un marco de regulación que debe ser concretado con la labor interpretativa del juez, acorde con el significado textual de la norma, la concepción histórica del legislativo, el contexto sistemático penal y la teleología de la ley, sin desbordar los límites que imponen los fundamentos políticos y jurídico penales del principio de legalidad. Bajo esta perspectiva, hallar el punto de convergencia entre la actividad legislativa y la potestad hermenéutica del juez, resulta un reto bien crítico dentro del principio de legalidad del delito.

Para ello, debe partirse de dos conceptos separados que se vinculan a las normas jurídicas: los deberes jurídicos y los derechos subjetivos. En la conexión funcional de esos deberes y derechos, se concreta la conducta humana deseada por los hombres a través de la creación de normas que constituyen la vivencia de los valores jurídicos, y por consiguiente la condición para la creación, modificación o extinción de las vinculaciones normativas entre los deberes jurídicos y derechos subjetivos. Empero, debe partirse de la consideración que en los estados democráticos de derecho, esas normas jurídicas dimanar exclusivamente del poder legislativo.

Para Hart, el juez goza de discrecionalidad relativa debido a la autonomía funcional que le es propia y al resolver los casos fáciles emplea la subsunción, mientras que en los casos difíciles habrá más de una solución correcta posible, donde la libertad para decidir está limitada por la semántica del texto de la norma, los precedentes judiciales, el deber de imparcialidad y las formalidades exigidas para la expedición del fallo. Dice que la naturaleza indeterminada de una norma, surge del lenguaje -su verdadero insumo- y del desconocimiento pleno de hechos presentes y futuros, lo que conllevará indudablemente a su cambio (Dueñas, 2006, pp. 20, 30). Todo lo cual permite concluir, que la labor interpretativa del juez se encuentra fundada en un concepto subjetivo como es la voluntad, que podría inclusive degenerar en un decisionismo.

Contrario a la proposición de las varias soluciones posibles, Ronald Dworkin expone su teoría de la única respuesta correcta, conforme a la cual los jueces deben argumentar sus decisiones –por encima de las subjetividades– basados en las reglas previstas para el caso específico y en los principios para ampliar la cobertura de casos. En tal sentido, los principios más que simples declaraciones de buena voluntad, son mandatos para lograr un objetivo colectivo o derechos individuales de jerarquía superior en el ordenamiento (Dueñas Ruiz, 2006, pp. 32-34). La respuesta correcta, será aquella donde el juez, al que Dworkin denomina “Hércules”, justifique con una teoría de principios el “peso” que corresponda a las reglas del derecho, ante el supuesto de presentarse colisión entre los preceptos jurídicos (Alexy, 2002, pp. 8,10).

Alexy, influenciado por Dworkin empieza por concebir que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, pero estudia la interacción de los elementos ontológicos y sociológicos en el sistema jurídico y sus consecuencias, para darle solución a problemas jurídico-dogmáticos suscitados por las normas confusas. Alexy se muestra de acuerdo con la teoría de Dworkin

en diferenciar las fórmulas de colisiones entre reglas y principios. En el caso de conflicto entre reglas la solución es fácil: “todo o nada”, pero en el caso de los principios no sucede lo mismo, pues Dworkin ante la colisión de estas normas, plantea que debe darse valor decisorio al principio de relativamente mayor peso (Alexy, 2002, pp. 9-11).

El profesor Alexy señala que para la correcta interpretación del ordenamiento jurídico debe establecerse el núcleo de la diferencia entre los principios y las reglas. Dice que los principios son normas que buscan regular en la mayor medida posible determinadas eventualidades jurídicas y fácticas, siendo “mandatos de optimización” que pueden cumplirse en diversos grados; en cambio, las reglas son determinaciones en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente, pues sólo se exige una específica medida de cumplimiento. Para el jurista alemán, los principios y los valores son lo mismo, pero el primero apreciado en el aspecto deontológico, y los valores desde el punto de vista axiológico (Alexy, 2002, pp. 13, 14, 16).

Alexy parte de la categoría superior de los derechos fundamentales enlistados por las constituciones democráticas, cuya protección vincula al órgano legislativo, al ejecutivo y por supuesto al aparato judicial. Por consiguiente, en caso de ambigüedades en la interpretación de la ley, el juzgador ponderará en el caso concreto el impacto sobre los derechos fundamentales, para evitar al máximo que los mismos puedan resultar lesionados con su decisión (Alexy, 2002, pp. 34, 35). Se plantea entonces, un sistema jurídico en el que la validez jurídica, moral y social de la norma se apoya en la intangibilidad de los derechos fundamentales institucionalizados.

Por su parte, Habermas confronta los modelos normativos liberal-burgués y el republicano con su lectura de los derechos fundamentales, optando por un modelo identificado con el segundo, que agrupa una teoría de la sociedad o de la acción comunicativa, un patrón de decisión judicial deontológico que involucre justicia para todos -en oposición al axiológico que busca fallos buenos para algunos-, un paradigma reflexivo del derecho, y por último, un modelo de democracia sólido que propenda por la deliberación y participación de la opinión pública (Mejía, 2009, p. 70).

La postura de Habermas, no aborda el tema de la validez de la norma desde la óptica planteada por Alexy, pues se enfoca tanto en la legitimidad

política, bajo el entendido de que en todo Estado democrático el derecho se fundamenta en una soberanía popular plural, como en la validez jurídica que parte de un principio consensual de legitimación –o discursivo–, donde se privilegian las condiciones comunicativas de los diversos colectivos (Mejía, 2009, pp. 55-57). Todo lo cual, se opondría al hecho de que mediante sentencias un selecto grupo de juristas institucionalizados, sin tomar en consideración las estructuras de la acción comunicativa, sean los que determinen axiológicamente el contenido de las normas jurídicas difusas, para restringir de su libertad y ciertos derechos fundamentales a los ciudadanos.

Si examinamos la problemática del precedente analizado desde el constitucionalismo moderno, tenemos que el neoconstitucionalismo en la tesis de Prieto Sanchis, pregona la delimitación precisa e infranqueable entre los derechos fundamentales y la ley, en la cual existe un modelo argumentativo de ponderación de las relaciones normativas que impone al Legislador el deber de sustentar todas las restricciones a los derechos fundamentales, para evitar la arbitrariedad y realizar al máximo los mandatos materiales determinados en las normas constitucionales a que están sometidos tanto el órgano legislativo como el judicial, este último quien cuenta con funciones específicas de control negativo-positivo para inaplicar las normas legales que no permitan dicha maximización (Bernal Pulido, 2006, pp. 12, 13, 17).

En el lado opuesto del debate, el positivismo constitucionalista con la tesis de García Amado, sostiene que los jueces cumplen funciones de control negativo puro de las normas legales y en tal sentido deberán inaplicarlas, cuando adviertan vulneración abierta de la semántica de enunciados constitucionales; mientras el legislador, tiene la misión de elegir entre las distintas alternativas de realización del derecho, los significados acordes con la Constitución y la soberanía popular. Esta corriente del positivismo jurídico, parte de una interpretación semántica de las normas, basada en los términos y enunciados constitucionales (Bernal, 2006, p. 16).

Ferrajoli, en su teoría del garantismo penal, advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial, el principio de legalidad estricta o de taxatividad y precisión empírica de los tipos penales, sufrió una descalificación teórica de sus bases epistemológicas, aunado a la inflación del derecho penal que viene siendo utilizado como instrumento de sustitución de otras funciones de control, al punto de presentarse a una disfunción del lenguaje legal que privilegia formulaciones equívocas, oscuras y de compromiso, respecto de las

cuales, doctrina y jurisprudencia se muestran inciertas en cuanto a su rango constitucional y alcance normativo (Ferrajoli, 2001, p. 385).

Ferrajoli, pese a reconocer que existe una inevitable discrecionalidad de los jueces que comprometen tanto su poder cognoscitivo del juicio como su deber de sujeción a la ley, también asegura que la inmunidad del ciudadano frente a las intervenciones arbitrarias de sus derechos fundamentales, está garantizada por el principio de reserva de ley¹ o sometimiento del juez solamente a la norma legal, y de ello se deriva el nexo entre la verdad procesal condicionada a estricta legalidad o taxatividad del tipo objetivo y la libertad del ciudadano (Ferrajoli, 2001, pp. 39, 40, 918).

Desde otra perspectiva, si tomamos como referente la moral y el concepto deontológico en que se fundamentan las políticas institucionales contra la corrupción administrativa, nada mejor que el enfoque utilitarista sobre las reglas jurídicas de John Rawls, quien las concibe como el conjunto de convenciones o hábitos -por encima del ser humano- que definen los deberes, roles, movimientos, sanciones y defensa que deben ser respetadas y aplicadas en los diferentes entornos de la vida social para así evolucionar, donde la acción dependerá de una regla que defina un hábito o práctica determinada, sin la cual no puede existir. En tal sentido, dado el contenido moral de esas reglas o hábitos, se justificaría toda intervención estatal. (Melkevik, 2006, pp. 214 y 215.)

En ese sentido, independiente de la discusión conceptual, trátase de neoconstitucionalismo o de positivismo constitucionalista, tampoco tendría cabida la interpretación jurisprudencial que viene dándose al ingrediente normativo del tipo objeto de este artículo, primero, porque la restricción a todo derecho fundamental debe ser debidamente sustentada por el legislador, y segundo, porque los jueces deben ejercer el poder interpretativo negativo de inaplicar las normas legales en eventos de abierta degradación de los mandatos de maximización; verbi gracia, porque la norma legal atenta ilegítimamente contra el derecho a la libertad de los ciudadanos, el principio de legalidad

¹ El texto original hace referencia a la “*estricta legalidad*” como la sujeción del juez a la ley (pág. 918 párrafo final); sin embargo, estimo que se quiso hacer mención al principio “*de mera legalidad*”, así denominado y advertido previamente por el autor (páginas 34 párrafo final y 35 párrafo primero, aparte tercero).

del delito o el postulado orgánico de la separación de los poderes públicos, entre otros.

4. Inconvenientes hermenéuticos por la aplicación del precedente

Otro análisis frente a la postura de la jurisprudencia que se estudia, tiene que ver con el ingrediente normativo del tipo y su correspondencia con el principio de tipicidad consagrado en el Código Penal, en virtud del cual nadie puede ser juzgado sino conforme a las *leyes claras e inequívocas preexistentes* al acto que se le imputa. Como se expuso en líneas anteriores, el precedente sentó la línea interpretativa conforme a la cual los *requisitos legales esenciales* del contrato estatal son los *valores y principios* constitucionales y legales de la administración pública, más los requisitos de validez de la contratación privada. Esta textura abierta podría dar lugar a la indeterminación del tipo valorativo, desconociendo el principio de univocidad de la conducta prohibida, sumado a la eventual pretermisión del principio de reserva de ley.

Por cuenta de la amplitud valorativa del tipo normativo y de la tensión entre el deber de protección de los derechos fundamentales y el deber funcional de control sobre la administración pública, resulta importante –a nuestro propósito– el examen de tipicidad del comportamiento prohibido, frente a la dogmática vigente en nuestro ordenamiento jurídico, a fin de verificar si además del vaciamiento de las competencias legislativas o violación del principio de reserva de ley, podría estarse infringiendo el postulado de *lex stricta*, por ambigüedad del elemento valorativo del tipo. Fenómenos duramente criticados por los ilustrados en el siglo XVIII.

En el derecho colombiano, la jurisprudencia constitucional ha dedicado valiosos prolegómenos sobre la interpretación judicial en las labores de realización de los derechos y libertades individuales, y la aplicación del derecho positivo a las realidades sociales que dicha actividad comporta. Por ende, toda hermenéutica judicial debe guardar coherencia con las normas constitucionales (Sentencia C-1026 de 2001), y ante dos interpretaciones posibles, el juez debe inclinarse por aquella que, en grado superlativo, resulte más adecuada a los mandatos superiores, o, frente a dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez escogerá en forma razonada la que mejor satisface los dictados del constituyente.

No obstante, el precedente examinado vuelve más difuso la aplicación del tipo normativo, al punto que la definición de la conducta prohibida (elementos esenciales), parecería depender de la valoración especial de cada caso y de la posición pragmática que asuma el juzgador para reprimir las irregularidades surgidas de los procesos contractuales. Bajo ese entendimiento, no parecen concebidos los *derechos fundamentales* como el objeto y el límite (principio - fin) del poder jurisdiccional en la interpretación de las normas jurídicas, ya que el juez debe ser garante de principios fundamentales de aplicación inmediata (art. 1º, 85, 93 C. Pol.), estando legitimado para oponerse a la aplicación de una regla legal, cuando la misma resulte contraria a los postulados constitucionales (control negativo), pero jamás podrá reemplazar el poder de autorregulación que en los estados democráticos el pueblo delega soberanamente al legislativo.

Con lo cual, podrían sacrificarse –entre otros– el derecho a la libertad de las personas y el principio de legalidad del delito, postulados iusfilosóficos que permean de contenido axiológico las normas rectoras del Código Penal, como esencia del sistema dogmático de aplicación de la ley criminal. Ahora bien, es cierto que la ley penal comporta una severa restricción de los derechos fundamentales, pero a su vez constituye un mecanismo de convivencia pacífica, de protección de esos derechos y de otros bienes constitucionales. Por tal razón, la ley penal es concebida como la expresión de la voluntad popular, realizada en un proceso donde se garantizan el principio democrático y el pluralismo político, cuya respuesta estatal debe ser idónea, proporcional a la conducta objeto de pena y operar únicamente cuando no hay otras alternativas.

Por lo anterior, al momento de la intervención penal o concreción de la conducta prohibida, el juez tiene a su cargo la ponderación de los derechos y garantías fundamentales del ser humano a quien se le imputa la comisión del delito, sopesados con la observancia de los principios y deberes de administración pública que el artículo 209 de la Carta Política impone, más el condicionante de que en materia de responsabilidad de los servidores del Estado sólo el legislador puede establecer su régimen de responsabilidad (artículos 6º, 121 y 124 *ibídem*).

Por consiguiente, pese a que nuestra jurisprudencia se ha inclinado por la teoría liberal del derecho en la línea de Hart, el ámbito de interpretación del tipo penal no le permite al juez suplir el déficit legal ni las lagunas normativas que en materia de intervención del derecho de libertad le compete exclusivamente al

legislador, por cuanto la discrecionalidad hermenéutica del juzgador encuentra en los derechos fundamentales y en los preceptos constitucionales una clara limitante, cuyo desconocimiento comporta arbitrariedad. De tal suerte, que la disminución de derechos subjetivos y de axiomas supremos, entre ellos la *libertad*, *legalidad estricta* y *reserva de ley*, únicamente pueden ser objeto de limitación en virtud de disposiciones claras y restrictivas, emanadas del órgano legitimado por el soberano (artículo 28 Carta Política).

Las reglas sobre contratación estatal, a través del tiempo, además del fin legítimo perseguido en cuanto a la adecuada prestación de los servicios públicos a cargo del Estado, buscan paralelamente asegurar la objetividad en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos, mediante un sistema reglado que garantice la igualdad de oportunidades, la publicidad y demás instrumentos de la administración pública. Más allá de la misión prestacional del Estado con que siempre se justifica la antijuridicidad del delito en estudio, hay una realidad económica-social latente que podría colapsar el desarrollo o sostenibilidad de la sociedad: la *libre competencia económica*. Por lo cual, podríamos estar ante a una acción lesiva del orden económico a cargo del Estado, más allá de la *legalidad formal* que pregonan con insistencia la jurisprudencia.

En efecto, desde la perspectiva de la desviación de intereses (factores motivacionales), se vulnera la *libre competencia empresarial*, en virtud de la monopolización de hecho de los contratos estatales que representan los acuerdos ilícitos entre funcionarios y ciertos contratistas (cárteles de la contratación)², ya que para poder contratar con la administración pública los empresarios excluidos deben concertar sobornos con los ordenadores del gasto (Tiedemann, 2007, p. 174). De esa forma se abre un paso a los “oligopolios”, conformados

² Mediante las Resoluciones No. 54693 y 54695, ambas del 16 de septiembre de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio, sancionó a personas naturales y jurídicas pertenecientes al denominado “Grupo Nule” por conductas anticompetitivas derivadas de acuerdos en la contratación pública que adelantó el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) en el año 2007, para la interventoría de los contratos conocidos públicamente como de Bienestarina y de Hogares, por violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones o concursos), artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

por un selecto grupo de empresarios que canalizan la contratación, trayendo consigo efectos nocivos para el interés general.

La primera consecuencia perceptible de la ausencia de libre competencia, es la baja de la inversión de las grandes empresas (nacionales y extranjeras), dado el trato inequitativo, el aumento de los costos asociados al contrato, la disminución de la tasa de retorno y la incertidumbre que ello genera, asociado al fracaso del objeto de la contratación. Todo lo cual, conduce a que la inversión privada en proyectos públicos sea reemplazada por fuentes ilícitas provenientes de organizaciones criminales, quienes utilizan la contratación pública para su financiación a través de operaciones de lavados de activos con empresas de fachadas (Castro, 2009, pp. 75-76), permitiéndoles el fortalecimiento de su actuar criminal y un *estatus* político-social simbólico³.

La segunda consecuencia de quebrantar la libre competencia, es el incremento subrepticio de los bienes y servicios objeto de contratación, toda vez que al existir un acuerdo ilícito producto de sobornos y de prácticas corruptivas, debe inflarse el monto real del contrato para crear un punto de equilibrio para el contratista o éste debe bajar ostensiblemente el volumen o calidad del bien o servicio contratado, reduciendo la calidad de vida de los coasociados o impidiéndole el acceso a servicios públicos a las clases más necesitadas y deprimidas (Castro, 2009, p. 77).

Desde ese aspecto, se advierte que a pesar de la creciente apertura económica de los últimos años –reflejada en los tratados de libre comercio suscritos por el Estado Colombiano– y la tendencia a la mejora de nuestra economía, resulta notoria la disminución de los procesos de licitación pública y de otras convocatorias abiertas para la escogencia de los contratistas. Lo cual evidencia que el verdadero problema no ha sido resuelto por el derecho penal con el discurso político-criminal de la intangibilidad de los principios y valores de la administración pública, concretamente de los postulados

³ Entre otros casos, pueden citarse por vía de ejemplo, la sentencia de única instancia No. 32081 de octubre 28 de 2009 contra el ex Gobernador de Casanare William Hernán Pérez Espinel, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Magistrado Ponente Alfredo Gómez Quintero; y la condena impuesta el 11 de septiembre de 2013 contra el ex Gobernador de Sucre Salvador Arana, ambas condenas por financiamiento de grupos armados ilegales a través de contratos de la administración pública.

de legalidad, el interés general, la igualdad, moralidad pública, eficacia, planeación, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad a que alude reiteradamente la jurisprudencia. Por lo que el precedente objeto de estudio requiere igualmente de una seria revisión, no sólo en cuanto a la legalidad del tipo –ley estricta y reserva de ley-, sino al bien jurídico objeto de tutela penal.

Vista así las cosas, el precedente judicial analizado genera un problema dogmático perceptible desde tres aristas: 1) el legislador no determinó de forma clara, precisa y expresa los supuestos de hecho del tipo penal, 2) el juez es quien determina el elemento normativo del tipo y, 3) la lesividad material del bien jurídico tutelado por el magisterio penal (antijuridicidad) no fue categórica.

Como se advierte, la jurisprudencia ha partido de un enfoque funcional del delito, donde la pena yace como confirmación del orden establecido, desconociéndose que para el mismo HEGEL el delito además de dirigirse contra la libertad en su aspecto externo, también involucra otra alta determinación del individuo como es el honor, por lo que el delito siempre será concebido como un ataque contra la libertad, pese a su contenido específico (Lesch, 2000, pp. 25-26). Por ello, la indeterminación del tipo penal analizado, sumado a la textura abierta de la prohibición -delineada por el precedente judicial-, podrían conllevar a un amplio margen de arbitrio judicial que expone en alto riesgo los derechos fundamentales de las personas, la libre competencia económica de las empresas y los cometidos estatales que se persiguen con la contratación pública.

Conclusiones

Por vía interpretativa la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, estableció unas pautas generales según las cuales los principios constitucionales que orientan la función administrativa y las condiciones de validez de los contratos del derecho privado, son los requisitos legales *esenciales* del contrato estatal que componen el tipo normativo del delito “contrato sin cumplimiento de requisitos legales”, tipificado en el artículo 410 del Código Penal Colombiano; interpretación que estaría desconociendo los principios de legalidad estricta y de reserva de ley.

Los principios, valores y la axiología de la administración pública que integran el tipo de prohibición, son argumentos de validez utilizados por la jurisprudencia para contrarrestar la corrupción originada en la contratación

pública y legitimar la vigencia del tipo penal bajo estudio, pero en la práctica se sigue utilizando el contrato estatal como medio eficaz para las prácticas corruptas, resultando ineficaz la aplicación del precedente judicial sobre la materia, en cuanto a la prevención general buscada con la norma penal.

Después de una revisión de las normas penales y especialmente respecto de la evolución de la teoría del delito, se constató que el principio de tipicidad sigue manteniendo las exigencias de claridad, taxatividad y univocidad de la conducta prohibida, las cuales garantizan que la intervención del Estado en la libertad de las personas no quede sometida al arbitrio o capricho de los jueces.

La tipicidad de los “principios y valores” de la administración pública, no resultaría acorde con el axioma de intervención mínima del derecho penal, puesto que dentro del sistema normativo, los principios están llamados a servir de fundamento de todo el ordenamiento jurídico, actuar como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas de derecho y a servir de fuente integradora del derecho, en específicos casos de laguna normativa.

El desarrollo jurisprudencial examinado vuelve más difusa la aplicación del tipo normativo con que se ataca la criminalidad originada en la contratación pública, al punto que la definición de la conducta prohibida (requisitos legales esenciales), parecería depender de la valoración especial de cada caso y de la posición pragmática que asuma el juzgador penal, para reprimir las fortuitas o voluntarias irregularidades surgidas de los procesos contractuales, conduciendo inclusive a posturas violatorias de la seguridad jurídica.

Si bien las elaboraciones académicas que la jurisprudencia ha entregado a la problemática serían de vital importancia para el fundamento teórico de una definición legal, no puede perderse de vista que ante la inexistencia de *precisión y taxatividad* normativa respecto de los requisitos esenciales del contrato estatal, estas posiciones resultan inadecuadas -desde el punto de vista dogmático- para sustentar la declaratoria de responsabilidad penal en los casos concretos, dado el evidente doble *rol* de legislador y juzgador que en la práctica estaría asumiendo la judicatura, frente a la ambigüedad de la norma penal.

El precedente judicial apunta a combatir una de las causas generadoras de la corrupción pública, pero no debe perderse de vista que de no existir límites claros de aplicación del tipo penal, podría revivirse el superado método de interpretación legal conocido como la *jurisprudencia de intereses*,

tergiversada por el “FÜHRER” y el régimen fascista que operó en la Alemania del III *Reitch*, con lo cual se sacrificarían los principios fundantes del derecho penal liberal, divulgados por BECARÍA y reformulados por Feurbach; se desconocería el principio de legalidad estricta, una de las mayores conquistas del derecho penal y el principio de intervención mínima, defendido por Ferrajoli.

Los principios de la función administrativa aplicados a la contratación estatal, más que postulados *ius filosoficos* o axiológicos, constituyen preceptos deontológicos o deberes legales a que está sujeta la administración pública. El derecho penal no puede proteger principios ni valores en abstracto, sino bienes jurídicos en concreto que salvaguarden los derechos fundamentales y sociales, ya que de esta forma se legitima y se delimita el poder punitivo del Estado, quien cuenta con instrumentos jurídicos adecuados y eficaces para salvaguardar la legalidad de los procesos contractuales.

Resultados

El delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales*, tipificado en el artículo 410 del Código Penal, viola el principio de estricta legalidad por carecer de definición clara, expresa e inequívoca del ingrediente normativo.

La jurisprudencia desconoce el principio de reserva de ley, al determinar por vía interpretativa la significación y alcance de la prohibición penal, a pesar de la indeterminación de las normas nuclear y de complemento del tipo en blanco.

Al determinar la jurisprudencia que los requisitos legales esenciales del contrato estatal -señalados por el tipo penal-, son los principios axiológicos de la Constitución Política que irradian la función administrativa, se amplía la textura de la norma prohibitiva dando lugar al arbitrio judicial, por cuanto los principios constitucionales “*se refieren a la naturaleza política y organizativa del Estado y de las relaciones entre los gobernantes y los gobernados*” (sentencia T-406 de 1992) y no a supuestos fácticos concretos.

La protección criminal del *principio de legalidad* de la administración pública, resulta dogmáticamente inadecuada para contrarrestar la corrupción originada en la contratación estatal indebida, ya que el núcleo de la tutela penal potencialmente serían el deber de selección objetiva y el derecho de *libre competencia económica* de las empresas.

Referencias

- Agudelo Betancur, Nódier (2004). *La Estructura del Delito en el nuevo Código Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Nueva edición.
- Alexy, Robert (2002). Derecho y Razón Práctica. *Filosofía del Derecho y Política* (2a reimposición corregida). México: Biblioteca de Ética.
- Bernal Pulido, Carlos (2006). *El neoconstitucionalismo al debate: Temas de derecho público* (1a edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Bernal Pulido, Carlos (2006). *El Derecho de los Derechos*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Tercera reimposición.
- Bernate Ochoa, Francisco (2007). *La Legitimidad del Derecho Penal*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición.
- Cancio Meliá, Manuel (1998). *Los orígenes de la Teoría de la Adecuación Social*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Segunda reimposición a la primera edición.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo (2009). *Corrupción y delitos contra la administración pública—Especial referencia a los delitos en la contratación pública* (1a edición). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Castro Cuenca, Carlos Guillermo (2009). *La Corrupción en la Contratación Pública en Europa*. Editorial Ratio Legis. Salamanca, España. Primera edición.
- Contraloría General de la República (2011). Economía Colombiana No. 332. “La infraestructura en Colombia: vicisitudes del régimen contractual”. Bogotá D.C.: Imprenta Nacional. Consultado en la siguiente web: http://www.contraloria.gov.co/c/document_library/get_file?uuid=d26c3186-77a8-465b-9795-0c95df81c2eb&groupId=10136
- Correa Palacio, Ruth Stella (2007). El ejercicio de los poderes del estado en el contrato estatal. V Jornadas de Contratación Estatal - Congreso Reforma del Régimen de Contratación Pública. Cartagena (Bolívar). Octubre 1º y 2.
- Correa Palacio, Ruth Stella (2007). V Jornadas de Contratación Estatal. Cartagena, octubre 1º y 2. Memorias consultadas en la siguiente página web: http://incoes.org/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=46&Itemid=16
- Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-133 de marzo de 1999, expediente D-2152, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-917 de agosto 29 de 2001, expediente No. D 3375, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-070 de noviembre 22 de 1996, expediente D-1021. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-1026 de septiembre 26 de 2001, Magistrado Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional, Sala Plena. Sentencia C-976 de septiembre 12 de 2001, expediente D-3477, Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería.
- Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-193 de marzo 23 2010. Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Expediente 23899, sentencia de diciembre 12 de 2005. M.P. Marina Pulido de Barón.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 19 de 2000. Radicación U.I. 17.088. Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
- Departamento Administrativo nacional de Estadística DANE: <http://www.dane.gov.co/files/nomenclaturas/ciiu/CIURev31AC.pdf>.
- Dueñas Ruiz, Óscar José (2006). *Lecciones de hermenéutica jurídica* (3a edición). Bogotá D.C.: Editorial Universidad del Rosario.
- Estévez Araujo, José Antonio (2006). *Sociología Jurídica y Política 3. El revés del derecho – Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- Fernández Carrasquilla, Juan (2013). *Derecho Penal Parte General: Principios y categorías dogmáticas (la reimpresión)*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Fernández Carrasquilla, Juan (2013). *Derecho Penal Parte General, principios y categorías dogmáticas*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Primera reimpresión.
- Fernández Gómez, Lorenzo (2007). *Temas de Filosofía del Derecho* (4a edición). Caracas, Venezuela: Editorial Texto.
- Ferrajoli, Luigi (2001). *Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal*. (5a edición). Madrid, España: Editorial Trotta S.A.
- Frisch, Wolfgang (2004). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., primera edición.
- Garzón Valdés, Ernesto (1999). *Derecho y Filosofía: Filosofía del Derecho y Política* (2a reimpresión corregida). México: Biblioteca de Ética.

- Günther; Jakobs y CANCIO MELIÁ, Manuel. El Sistema Funcionalista del Derecho Penal. Ponencias del II Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú de agosto a septiembre del 2000. Editora Grijley. Perú 2000.
- Gutiérrez Ramírez, José Antonio (2002). *Introducción a la teoría del delito* (1a edición). Bogotá D.C.: Editorial Leyer.
- Kufmann, Arthur (2002). *Filosofía del Derecho*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Reimpresión de la segunda edición.
- Lesch, Heiko H. (2000). *La función de la pena* (1a edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Lesch, Heiko H (1995). *Intervención delictiva e imputación objetiva*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- Lesch, Heiko H (2000). *La función de la pena*. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Primera edición.
- López Medina, Diego Eduardo (2012). *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latino-americana*. Bogotá D.C.: Legis Editores S.A., sexta reimpresión.
- Loresetti, Ricardo Luis (2011). *Fundamentos de Derecho y Razonamiento Judicial*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 26. Pontificia Universidad Javeriana.
- Mejía Quintana, Oscar (2009). *Estatuto epistemológico de la filosofía del derecho contemporáneo* (1a edición). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.
- Melkevik, Bjarne. (2006). *Rawls o Habermas: Un debate de filosofía del derecho*. (1ª edición). Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia.
- Mezger, Edmundo (2005). *Teoría de la Ley Penal*. Bogotá D.C.: Editorial Leyer. Primera edición.
- Mir Puig, Carlos (2000). *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*. Barcelona: José María Bosch Editor. Primera edición.
- Montealegre Lynett, Eduardo; y Perdomo Torres, Jorge Fernando (2006). *Funcionalismo y normativismo penal – Una introducción a Günther Jakobs*. Cuaderno de Conferencias y Artículos No. 37. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Nieto Arteta, Luis Eduardo (2011). *La interpretación de las normas jurídicas*. Bogotá D.C.: Editorial Temis S.A., Tercera Edición.

- Roxin, Claus (2008). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Madrid: Thomson Civitas. Reimpresión de la primera edición.
- Sánchez Herrera, Esiquio Manuel (2007). *La Dogmática de la teoría del delito: Evolución científica del sistema del delito* (1a edición). Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gambóia, Jaime Orlando (2006). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo IV- Contratación Indevida. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. Segunda Reimpresión.
- Schünemann, Bern (2007). *Aspectos puntuales de la Dogmática Jurídico – Penal*. Bogotá D.C.: Universidad Santo Tomás, Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición.
- Silva Sánchez, Jesús maría y Suárez González, Carlos J. (2001). *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración pública y otros problemas actuales del derecho penal*. Editora Grijley. Ponencias del III Curso Internacional de Derecho Penal en Lima – Perú. Agosto.
- Soler, Sebastián (2008). *Interpretación de la Ley*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Primera edición.
- Streck, Lenio Luiz (2013). *Hermenéutica y Decisión Judicial*. Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez. Colección Internacional No. 43. Pontificia Universidad Javeriana.
- Tiedemann, Klaus (2007). *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad* (2a edición). Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.
- Transparency International (2014). *Corruption perceptions index 2014: Results*. Berlín, Alemania: ONG Transparency International. Recuperado de <http://www.transparency.org/cpi2014/results>.

