

**INTERES INDEBIDO EN LA CELERACION DE CONTRATOS EN LA JUSTICIA  
PENAL MILITAR Y LA JUSTICIA ORDINARIA**

*Carlos David Ávila Sánchez (3000636):*

**Tabago de grado presentado como requisito para optar el título de: Magister en  
Derecho Procesal Penal**

**Director:**

**Dr. Ivan Rene Cortes**



**Universidad Nueva Granada**

**Facultad de Derecho**

**Maestría en Derecho Procesal Penal**

**Bogotá D.C.**

**2019**

## **Tabla de Contenido**

### **Contenido**

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Introducción.....	4
Hipótesis.....	5
Método.....	6
Antecedentes.....	6
Análisis dogmático del delito de interés indebido de contratos.....	6
El delito y su descripción normativa en la Justicia Penal y Justicia Ordinaria.....	12
Principales pronunciamientos Jurisprudenciales que han hecho referencia el Delito de Celebración Indebida de Contratos en la Ley Ordinaria y la Ley Penal militar.....	20
Elementos Subjetivos de tipo penal de Interés Indebido en la Celebración de Contratos en la Justicia Penal Militar vs Justicia Ordinaria.....	25
El Fuero Militar y su incidencia en la Celebración de Indebida en Contratos análisis derecho Comparado.....	28
Sentencia C-372 de 2016.....	31
Sentencia C-457 del 2002.....	32
Conclusiones Generales.....	34
Recomendaciones.....	36
Bibliografía.....	37

## Resumen

Este artículo pretende realizar un análisis comparativo de los elementos subjetivos del tipo penal, de interés indebido en la celebración de contratos, en la justicia penal militar vs justicia ordinaria. Para lo cual, se realiza una investigación tanto de los aspectos doctrinales, como de las diferencias existentes entre la justicia penal militar y justicia ordinaria, que en la parte sustancial se encuentra plasmada en la Ley 599 de 2000 del “Código Penal” a la luz de la Corte Suprema de Justicia, la configuración del delito, así como las características del concepto “Indebido”, que reemplazo la denominación de celebración Ilícita de Contratos y que imperaba antes de esta Ley. En lo procedimental, se ventila en lo ordenado en la Ley 904 de 2006; mientras que la justicia penal militar se rige por la Ley 1407 de 2010 del Código Penal Militar”, modificada por la Ley 1765 de 2015, “por la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, y donde se establecen los requisitos para el desempeño de sus cargos. Además, se implementa la Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza el cuerpo técnico de investigación, se señalan disposiciones sobre competencia, para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar la plena operatividad, en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones.

Teniendo en cuenta la normatividad, en el decurso del presente artículo, estudiará cuáles son los elementos subjetivos de tipo, en el interés indebido en la celebración de contratos y sus diferencias en la justicia penal militar y la justicia ordinaria, en el marco jurídico colombiano. Esto con base en el análisis comparativo de los principales pronunciamientos Jurisprudenciales que han hecho referencia al delito de indebida celebración de contratos, en la ley ordinaria y la ley Penal Militar.

**Clasificación:** Artículo de investigación jurídica

**Palabras claves:** Corrupción, contratos, delito, elementos subjetivos del tipo, Justicia Penal Militar, Justicia penal ordinaria, Servidor Público.

## **Abstract**

This article intends to carry out a comparative analysis of the subjective elements of the criminal type, of undue interest in the conclusion of contracts, in the military criminal justice system versus ordinary justice. For which, an investigation is made both of the doctrinal aspects, as of the existing differences between the military criminal justice and ordinary justice, which in the substantial part is embodied in the Law 599 of 2000 of the "Penal Code" in the light of the Supreme Court of Justice, the configuration of the offense, as well as the characteristics of the "Indebted" concept, which replaced the denomination of Illicit Contracts and that prevailed before this Law.

In the procedural aspect, it is aired in what was ordered in the Law 904 of 2006; while military criminal justice is governed by Law 1407 of 2010 of the Military Penal Code, "modified by Law 1765 of 2015," by which the Criminal Military and Police Justice is restructured, and where the requirements for performance are established of their charges. In addition, the General Military and Police Prosecutor's Office is implemented, the technical investigation body is organized, competition provisions are indicated, for the passage to the accusatory criminal system and to guarantee full operation, in the Specialized Jurisdiction and other dispositions are dictated.

Taking into account the regulations, in the course of this article, will study what are the subjective elements of type, in the undue interest in the conclusion of contracts and their differences in military criminal justice and ordinary justice, in the Colombian legal framework. This is based on the comparative analysis of the main Jurisprudential pronouncements that have made reference to the crime of improper conclusion of contracts, in the ordinary law and the Military Penal Law.

**Classification:** Scientific research article

**Keywords.** Crime, corruption, Contracts, subjective elements of the criminal type. Military criminal justice, ordinary criminal justice.

## **Introducción**

Tomando los postulados consagrados en nuestro ordenamiento superior a partir de la Art 122 de la Constitución Política y subsiguientes, en concordancia en lo reglado en el Art 20 de la ley 599 del año 2000, en donde nos refiere quienes son servidores públicos y observando la esencia del presente escrito en donde la conducta que se desarrolla en el a figura “ interés indebido en la celebración de contratos” tiene un sujeto activo cualificado como lo es el servidor publico, bien sea en la justicia penal militar o en la justicia ordinaria.

Es de anotar que la conducta “interés indebido en la celebración de contratos “en muchas ocasiones va acompañada de otros tipos penales descritos en la ley 1407 del año 2011 y la Ley 599 del año 2000 es así como podemos hablar de peculado por apropiación, falsedad de documento público o privado

Con base en lo anterior y dentro de la órbita del Derecho Penal, se presenta el caso de celebración indebida de contratos, el cual no está estipulado en el Código Penal Militar, pero sí en el Código Penal. Este delito se configura, cuando un servidor público 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, (Gamboa, J, 2008) el delito de interés indebido en la celebración de contratos, no ha sido diseñado para proteger el patrimonio del Estado, sino para que la gestión contractual, se realice en los ámbitos de transparencia e imparcialidad. (Gomez, M. , 2008).

Teniendo en cuenta, que la Justicia Ordinaria y la Justicia Penal Militar, tienen fines diferentes, toda vez que los delitos cometidos, por los miembros activos de la Fuerza Pública, con ocasión del servicio y en directa conexidad con el desempeño de sus funciones, serán de conocimiento de la Justicia Penal Militar (teniendo en cuenta las excepciones consagradas en la Ley y en la Constitución),

contrario sensu, las conductas ilícitas que se desvíen de estos fines, deben ser de conocimiento de la Justicia Ordinaria.

Como corolario, este artículo analizará los elementos subjetivos en la celebración indebida de contratos desde el ámbito de lo penal en la justicia penal militar frente a la justicia penal ordinaria, teniendo en cuenta los fines y objetivos de esas dos justicias que se encuentran vigentes y se aplican en sus ámbitos. Partiendo de la pregunta ¿Cuáles son los elementos subjetivos de tipo, en el interés indebido en la celebración de contratos en la justicia penal militar y la justicia ordinaria, en el marco jurídico colombiano?

## **Objetivos**

### **Objetivo General**

Realizar un análisis de los elementos subjetivos del tipo penal en la justicia ordinaria en cuanto al interés indebido en la celebración de contratos y la tipificación en la Justicia Penal militar.

### **Objetivos específicos**

- Realizar un bosquejo de los antecedentes relacionados con el delito de Interés indebido en la celebración de contratos.
- Describir la normatividad relativa al delito en la justicia penal Ordinaria y justicia Penal Militar.
- Establecer cuál es la relación entre justicia penal militar y justicia penal ordinaria aplicada al delito de indebida celebración de contratos
- Bosquejar las jurisprudencias relacionadas con el delito de celebración indebida de contratos en la ley ordinaria y la ley penal militar

- Describir los elementos subjetivos del tipo penal de interés indebido en la celebración de contratos en la justicia penal militar vs justicia ordinaria
- Analizar el fuero Militar y su incidencia en la celebración indebida de contratos análisis Derecho comparado.

### **Hipótesis**

Esta consiste, en si efectivamente se configuran los elementos del tipo penal, teniendo en cuenta, cuáles son las consideraciones del establecimiento sobre la tipicidad del delito “Interés Indebido en la celebración de Contratos”, en la justicia penal militar y la justicia ordinaria, por cuanto es una valoración subjetiva, esto conlleva a concretar un elemento subjetivo (Actuar del sujeto), del tipo con Interpretación, y por lo tanto, si se puede denominar como un delito, que implica que el acto no sea Ilícito, pero si Indebido conforme lo establece la legislación actual .

### **Método**

Para dar respuesta al interrogante planteado: La investigación se llevó a cabo mediante el método Comparativo, se realizó una revisión y búsqueda bibliográfica, acerca de los conceptos y estudios e investigaciones, relacionadas con el tema. Se enfocó la investigación en forma documental, se concretó exclusivamente en la recopilación de información en diversas fuentes. Doctrinales, jurídicas y normativas (Leyes) a partir de allí se indagó sobre un tema en referencia en documentos-escritos. Libro, revistas, artículos, leyes, jurisprudencia.

Así mismo, se llevó a cabo una búsqueda en internet, en los buscadores y portales, de doctrina y jurisprudencias relacionadas, con el tema del delito de Interés indebido en la celebración de contratos. Por otra parte, se tuvo en cuenta la

investigación documental (Ballen, A. M, 2007), la cual se fundamentó a partir del análisis de leyes, doctrina y sentencias relacionadas con la justicia penal militar y su competencia para investigar y sancionar, con el fin de determinar las posibles diferencias, que existen entre la línea de lo penal militar y de la justicia ordinaria, al momento de sancionar el delito de celebración indebida de contratos.

## **Antecedentes**

### **Análisis dogmático del delito de Interés Indebido en la Celebración de Contratos**

Es importante tener en cuenta, que en el artículo 409 del C.P., se observa que al concepto de "**interés ilícito en la celebración de contratos**", se hace un cambio más amplio y coherente "**interés indebido en la celebración de contratos**" (Código Penal, 2000). Ello no conlleva a que solo se configuren respecto del contrato estatal, estos hechos punibles, existen otras conductas punibles dentro de la celebración del contrato estatal tipificados en otros delitos, contra la administración pública tales como son peculado, concusión, cohecho etc. (Codigo Penal, 2000).

El contrato Estatal es el instrumento mediante el cual se crean lazos laborales entre el Estado y los particulares, los contratos se dan en todas las esferas de la administración estatal, pero sobre todo en las obras públicas. (Troncoso, M.J, 2013).

Por consiguiente, el delito que nos ocupa (art. 409 del C.P.) se presenta no sólo como un medio de defensa del ciudadano frente a un perjuicio que le causa el acto de la administración, sino también como un medio de protección de un abstracto interés que toda la sociedad tiene por la objetividad e imparcialidad en la celebración de los contratos por parte de los servidores públicos, esto permite afirmar que el delito se presenta tanto cuando de la celebración del contrato, se



pueda derivar un perjuicio para alguien, como cuando de la misma situación, se pueda generar una injusta ventaja o beneficio.

Por lo tanto, el interés del servidor público en la obtención de tal perjuicio particular o beneficio injusto, es precisamente uno de los factores que califica el acto como "indebido", en tanto lesivo de las exigencias de objetividad e imparcialidad que debe caracterizar la participación del servidor público en una contratación u operación de carácter oficial. (Sotomayor, 2011, p. 10)

Así mismo, La Honorable Corte Constitucional en providencia C-128 de 2003, se pronunció sobre la constitucionalidad de los artículos 145 del Decreto Ley 100 de 1980, que regulaba el delito de interés "ilícito" en la celebración de contratos y 409 de la ley 599 de 2000, que lo denomina interés "indebido" en la celebración de contratos, por lo que se considera que si bien los delitos de celebración indebida de contratos, protegen todos el bien jurídico administración pública en particular, dentro de la clasificación que hace generalmente la doctrina, resulta protegida la honestidad en el ejercicio de la función pública, aunado a ello se hace necesario fijar cual es el fin de aplicación de este delito, el cual encuentra que la contratación pública, se ha definido como una herramienta expedita, para el cumplimiento de los fines estatales señalados en el artículo 2 de la Constitución Política, de esta forma lo expuso la Sentencia C-713-09 de la Honorable Corte Constitucional, pero la permanente y variable reglamentación de la Ley 1150 de 2007 que modificó el estatuto general de contratación y que estableció en su artículo 2 las modalidades de selección, han generado diferentes problemas para los operadores del recurso público, pues no ha sido fácil poder acoplarse a los constantes cambios, que el ejecutivo ha realizado en búsqueda de reglamentar la enunciada ley, y los más importante la búsqueda del cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

Es importante, para entrar en materia tener en cuenta el análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia, Radicación N° 23915 (2007), en el que ha señalado los antecedentes del porque la denominación de Indebido y no Ilícito como lo establecía la legislación anterior, como quiera que el Contrato puede ser lícito pero

Indebido, por lo que señala que el delito hace referencia a cuando el servidor se interesa indebidamente en el mismo, afectando los deberes de imparcialidad y transparencia así:

Se destaca que el legislador de 2000, acogió el planteamiento del proyecto presentado por la Fiscalía General de la Nación. Proyecto de ley por la cual se expide el Código Penal, Bogotá, Imprenta Nacional de Colombia, 1998, p. 64., en el cual se consignó que el nombre, que realmente corresponde a este tipo es el de interés indebido en la celebración de contratos, pues en estos eventos el contrato formalmente es lícito, pero el servidor público indebidamente se interesa en el mismo y busca la obtención de un determinado resultado, contrariando sus específicos deberes de imparcialidad, transparencia, etc., que deben caracterizar las contrataciones estatales. Esa razón sirvió para que el tipo penal, no se estructurara a partir de un interés ilícito sino de un interés indebido. Tal cambio afectó la forma, pero fundamentalmente la sustancia del comportamiento punible, puesto que, no cabe duda, lo ilícito tiene que ver con lo antijurídico; por el contrario, lo indebido puede ser lícito o jurídico, pero para los efectos propios del tipo penal comentado, basta tal clase de interés para concluir que se ha actuado con un interés típico relevante para el derecho penal. (Corte Suprema de Justicia, 2014).

Esta Jurisprudencia nos deja como mensaje la importancia que el Servidor Público cumpla con sus deberes respecto de las exigencias en materia de Contratación Estatal, persiguiendo los fines de la Constitución, Ley y reglamentos, sin anteponer intereses propios o de terceros, es así como un Contrato que cumpla con los requisitos legales sin que se afecte el bien jurídico de la administración pública, pero si se encuentra con interés ajeno al general, esta desviación afecta la imagen de la administración pública, es allí donde incurre en el delito analizado. Así las cosas, como la sentencia lo señalan, nos encontramos ante una ilicitud del comportamiento por un interés indebido en provecho propio o de un tercero, en razón de su cargo, pudiendo ser pecuniario o el simple ánimo hacia una persona o entidad, desconociendo los principios de transparencia y selección objetiva.

Además, la misión del Derecho Penal en este campo se reduce a la protección del correcto ejercicio público en el concreto campo de la celebración de los contratos, que los servidores públicos, han de ejercitar conforme al interés general y no el particular.

La contratación estatal busca, satisfacer aquellas que el Estado no puede cumplir. Además, es indudable que para el manejo de los asuntos públicos el contrato estatal constituye un principal instrumento de inmensurable complejidad jurídica; y por lo tanto de supremo cuidado y atención por los sujetos que en derecho colombiano tienen competencia para su operación. (Molina, C, 2005)

Este tipo de contratación exige como todas las cosas públicas, un especial manejo de sus presupuestos conceptuales y normativos, con el propósito de que en su aplicación no se desconozca el estricto régimen jurídico diseñado por el legislador y, al igual que la puesta en marcha de procesos contractuales, no se afecte el interés general ni se atente contra el patrimonio público o se pongan en entredicho el Estado Social de Derecho y el principio de igualdad (Santofimio, 2014).

Por lo anterior es importante destacar que según (Reyes, C.J, 2001), la celebración ilícita o indebida de este tipo de contratos ha merecido de la doctrina distintas posturas, dentro de las cuales se encuentran doctrinantes que defienden el Interés público y la necesidad de la Tipicidad, para lo cual establecen que en muchos casos, la pluralidad de procedimientos, objetos, modalidades de ejecución, etc., resulta difícil proceder a redactar un tipo penal que contenga definiciones concretas o específicas sobre conductas punibles derivadas del mismo.

Por otra parte, El delito de celebración indebida de contratos es un tipo penal en blanco que precisa acudir a las disposiciones extrapenales que establece el régimen de la contratación de las entidades administrativas.(Gomez, M. A., 2001)

Al igual se hace necesario citar a (Cordoba, P., 2013), el cual sustenta que: “La Administración pública está al servicio de la sociedad. La protección penal se

refiere al deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados. Se protege de la conducta lesiva, para el cumplimiento adecuado del servicio público”. (p. 8)

Adicional a lo anterior, otros doctrinantes han señalado respecto de la incorporación de esos principios y los constitucionales de la función pública al tipo penal que tipifica la celebración indebida de contratos, que ha sido una labor jurisprudencial, no legal, comporta en todo caso, y por muy buenas que sean las intenciones, vulneración al principio de tipicidad estricta (Camacho, 2014).

En otras palabras vale destacar que con base en las diferentes posiciones expuestas, se encuentra una amplia coincidencia sustentada, en que se encuadran los hechos con la figura legal establecida en el Código Penal (Gomez M. A., 2008).

Ahora desde el punto de vista de la Antijuricidad para estas conductas punibles claramente se vislumbra que es contraria a derecho, la acción que ejerce el Servidor Público, al tener un interés indebido en la celebración de un Contrato, y por ende poner en peligro la Administración Pública con su conducta, dentro de los principios fijados por la normatividad de la Contratación estatal, lo que desde ningún punto de vista es justificable (Corte Constitucional, 2003).

Lo anterior indica que se trata de un delito con sujeto activo determinado, “servidor público”, que en ejercicio de sus funciones interviene en cualquier etapa del contrato u operación relacionada con el mismo. En este sentido, el objeto material del ilícito lo constituye el contrato o la operación en que el servidor público debe intervenir (Santofimio, 2000, p. 71).

Al mismo tiempo, se hace necesario aclarar que para este delito evidentemente debe estar presente el Dolo, para ello, Santofimio (2000) afirma: Así mismo se trata de un delito que desde la perspectiva de la culpabilidad es eminentemente doloso. El sujeto pasivo del ilícito es el Estado. En relación con la conducta, el tipo indica que se configura por el interés, el provecho propio o de un tercero. (p. 1).

Sin embargo, las modernas teorías sobre la gestión pública, consideran el contrato estatal no como un instrumento exclusivamente jurídico, sino como un sistema de la gestión pública, no desde su lógica normativa y dogmática, sino desde la necesidad de crear una nueva cultura, en materia de la función pública para dimensionar a través de todos los operadores internos y externos que intervienen en la contratación estatal, el cumplimiento de los fines estatales, que no son otros que 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 los mismos, como bien lo precisa el artículo 3 de la Ley 80 de 1993:

Artículo 3°. 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.

El texto subrayado fue derogado por el art. 32 de la Ley 1150 de 2007. (Congreso de Colombia , 1993).

En lo que respecta a las Fuerzas Militares, es de destacar que para el personal militar que tenga relación directa con el tema de la contratación estatal, la Ley 1407 del 2010 (Código Penal Militar), establece en el título IX:

Artículo 171. Delitos comunes. “Cuando un miembro de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, cometa delito previsto en el Código Penal Ordinario o leyes complementarias, será investigado y juzgado de conformidad con las disposiciones del Código Penal Militar”. (Congreso de Colombia , 1993).

### **El delito y su descripción normativa en la justicia penal y justicia ordinaria.**

Partiendo del concepto de Karl Binding, Ernst von Beling, Max Ernest Mayer y Edmundo Mezger. El delito es la acción u omisión voluntaria típicamente antijurídica y culpable. Por lo tanto, para que la culpabilidad pueda ligarse a una persona, deben existir los siguientes elementos básicos de culpabilidad: Imputabilidad, Dolo o culpa además presenta una conducta típica, antijurídica, imputable, culpable. (Machicado, J, 2010).

Dentro de los individuos, que intervienen en la preparación del delito, llamados partícipes. (Artículo 30 de la Ley 599 de 2000).

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

Aunque los partícipes, sí están muy íntimamente relacionados, el delito será tipificado conforme a las circunstancias en que sea cometido, así mismo influirán en la sanción que le sea impuesta a los delincuentes. (Jiménez, 2005).

Por último, el delito como figura principal en el Derecho Penal, es la que le da contenido a éste, pues el objeto principal de su materia a estudio, con todas las características, que el mismo envuelve.

Teniendo en cuenta los anteriores aspectos, y desde la orbita normativa hay que destacar, que en cuanto a la responsabilidad penal de los servidores públicos y personal militar, considerado constitucionalmente como servidor público, el artículo 57 de la Ley 80 de 1993, señala que “El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, estará sujeto a las penas prescritas en los anteriores artículos. (Corte Constitucional, 2014).

De otra parte, la Ley 1474 de 2011, expedida por el Congreso de la República de Colombia. Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, artículo 73.

Por otra parte, en lo que respecta al fuero penal militar, los delitos que cometan los miembros de la fuerza pública, en servicio activo, y en relación con el mismo, son competencia de las Cortes Marciales o Tribunales Militares (integrados por personal en servicio activo o en retiro), con arreglo a las disposiciones del Código Penal Militar (Corte Constitucional, 2008). El fuero penal militar, se estableció como una excepción, a la competencia general de la jurisdicción ordinaria, para el conocimiento de ese tipo de conductas, por lo tanto sus alcances deben ser determinados en forma estricta y rigurosa, no sólo por la ley sino también por el intérprete, como quiera que acorde con la hermenéutica constitucional las excepciones, para evitar que se conviertan en la regla general, deben ser interpretadas de forma restrictiva (Mantilla, 2016).

Consecuentemente los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo, que no tengan relación directa con el mismo servicio, no están cobijados por el fuero militar y por ello, su investigación y sanción no le corresponde a la justicia penal militar.

El Código Penal Militar, regula aquellos comportamientos en los cuales un miembro de la fuerza pública, a pesar de encontrarse ejecutando una misión o tarea propia de sus funciones, voluntaria o culposamente, la altera radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza (Congreso de Colombia, 2010). La legislación penal militar, y el correspondiente fuero, captan conductas que reflejan aspectos altamente reprochables de la función militar y policial, pero que, no obstante, tienen como referente tareas y misiones que, en sí mismas, son las que de ordinario integran el concepto constitucional y legal de servicio militar o policial.

En este orden de ideas, es importante, saber que el Fuero Penal Militar es una realidad jurídica, en nuestras instituciones políticas, tiene origen constitucional, está íntimamente relacionado con la Fuerza Pública y es la justificación, para que exista en nuestro país la denominada Jurisdicción Penal Militar.

Al respecto se puede decir que es un tema, desconocido por parte del común de las personas, por buena parte de los estudiantes de Derecho, aún por los abogados litigantes, también acontece lo propio con muchos operadores jurídicos, que no siempre aciertan al determinar en qué casos opera a favor de los miembros de la Fuerza Pública, para que funcione la denominada Justicia Castrense, o cuando le corresponde actuar a la Jurisdicción Penal Ordinaria.

En primer lugar, se abordará el tema sobre quienes administran justicia en Colombia; dilucidar si la Justicia Penal Militar, hace parte o no de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y por qué razón; cómo está organizada la



Jurisdicción Penal Militar, quienes la conforman, cuál es su jurisdicción y de qué conoce cada uno de sus integrantes. De igual manera, se dará una rápida mirada a los aspectos más importantes y relevantes, tanto de procedimiento como

También se abordará el tema del Fuero Penal Militar dentro del contexto de la protección de los Derechos Humanos, como es considerado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y por la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues existe como precedente negativo que Colombia es un país que de manera tradicional ha registrado un alto índice de infracciones en contra de estas garantías fundamentales, y se ha señalado, con razón o sin ella, a los miembros de la Fuerza Pública, como uno de los principales factores de la violación de los Derechos Humanos en el país.

Finalmente se harán unas breves conclusiones desde el particular punto de vista del autor, sobre las reformas que deberían acompañar la estructura de la Jurisdicción Penal Militar.

En consecuencia, ha de concluirse que el artículo 195 de la ley 522 de 1999 es exequible, en el entendido que la jurisdicción penal militar sólo tendrá competencia para conocer de los delitos comunes que llegue a cometer el miembro de la fuerza pública, cuando estos delitos tengan relación directa con el marco de las actividades asignadas a la fuerza pública por la Constitución (Corte Constitucional, 2000). Si la mencionada relación, nexos causal no existe, la competencia para conocer de la comisión de un delito de esta naturaleza será privativamente de la jurisdicción ordinaria.

Por consiguiente, las autoridades correspondientes deben ser extremadamente rigurosas en la aplicación del precepto objeto de análisis, pues si no existe claridad sobre la relación funcional entre el hecho punible y la actividad que cumplía el miembro de la fuerza pública, corresponderá, entonces, a la justicia ordinaria, la investigación y juzgamiento de los delitos comunes en que éste hubiese incurrido.

En lo que respecta a la justicia ordinaria los delitos cometidos por quienes no gozan del fuero militar son competencia de la jurisdicción penal ordinaria, razón por la cual existen las Leyes 599 y 600 de 2000 y 906 de 2004, que consagran las conductas punibles y el procedimiento a seguir para su juzgamiento; mientras que los delitos desplegados por los miembros de la fuerza pública se encuentran tipificados en el Código Penal Militar (Ley 522 de 1999- ley 1407 de 2011, art 171) y su juzgamiento se rige también por normas especiales. En su criterio “esto último representa una garantía de la imparcialidad objetiva que debe salvaguardar el Estado, a la luz del artículo 29 de la Constitución, interpretado en el marco del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, frente a quienes son miembros de la fuerza pública, quienes tienen derecho, en virtud de dicho principio de imparcialidad objetiva, a que sea un juez que conozca las reglas que disciplinan la vida militar el que juzgue los elementos de la conducta punible propia del orden militar que se les llegare a atribuir” (Steiner & Uribe, 2014).

### **Justicia Penal Militar y la Justicia Penal Ordinaria Aplicada al Delito de Indebida Celebración de Contratos.**

Al mismo tiempo, el delito de Interés indebido en la celebración de contratos, sanciona en el campo del derecho penal la conducta del servidor público que actúa con desviación de poder en la celebración de un contrato o en la operación que se relacione con este, en que debe intervenir por razón del cargo o de sus funciones. (Valencia A. , 2002)

(Calle & Sotomayor, 2007), han considerado que en los delitos contra la Administración Pública el bien jurídico protegido es el ejercicio de la función pública, la función pública ejercida correctamente, el ejercicio debido o correcto de la función, que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema.

La Administración pública está al servicio de la sociedad. Por lo tanto, la protección penal se refiere al deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados. Se protege de la conducta lesiva para el cumplimiento adecuado del servicio público.

Por lo tanto, al analizar la posible tipificación del delito de interés indebido en la celebración de contratos, podría decirse que cuando se desconoce un principio de la contratación a la par se vulnera una regla de la contratación. No obstante, habrá casos en los que sin violar una norma de contratación, o por lo menos sin violar un requisito esencial del contrato, que es el supuesto en el que se tipifica el delito de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, pueda materializarse un interés indebido (Corredor, 2003).

Por otra parte, en lo que respecta a la justicia penal militar aplicada al delito de indebida celebración de contratos, se considera de importancia destacar lo descrito en la Sentencia (C-561/97), en la cual se determina que para que un delito común cometido por un miembro de la fuerza pública sea objeto del conocimiento de la justicia penal militar y, por ende, se le apliquen las normas contenidas en el Código Penal Militar, se requiere:

primero, que dicho sujeto sea miembro activo del cuerpo militar o policial, y segundo, que el ilícito se produzca en el ejercicio de actos del servicio, es decir, de las tareas o funciones que el constituyente y el legislador le han asignado a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, estas situaciones es lo que precisamente se consagra el artículo 14 del decreto 2550 de 1988, en el aparte acusado, al señalar que las disposiciones del Código Penal Militar se aplican a los miembros del servicio activo de la Fuerza Pública cuando cometan conductas punibles militares o "común relacionado con el mismo servicio". En consecuencia, no son todos los delitos comunes los que debe investigar y juzgar la justicia penal militar, sino única y exclusivamente aquellos que guardan íntima relación de conexidad con los actos propios de la función pública que le corresponde desarrollar a la

fuerza pública. Por lo tanto, no se vulnera entonces, el artículo 221 de la Constitución y, por el contrario, se acata.

Con el fin de reafirmar lo anterior se presenta el concepto del Ministerio Público en el Proceso No. 154691- 924, en el cual el Doctor Miguel Segundo Maza Álvarez Procurador Veintidós Judicial Penal, afirma que la función del procesado, en una función eminentemente administrativa y aunque la realizaba estando fungiendo como policial y servidor público, las acciones derivadas de este oficio, nada tienen que ver con la misión policial encomendada por el artículo 218 Superior. De manera, que al tratarse de actos no relacionados con el servicio que desempeñaba el SS. Vásquez, las conductas endilgadas al suboficial deben ser juzgadas por la justicia ordinaria.

Termina solicitando, que es de rigor provocar la colisión de competencia negativa, conforme a los artículos 273 y ss., de la ley castrense, para que la conducta del sindicato sea investigada por un Juez Ordinario, pues ésta no fue realizada con ocasión del servicio policial encomendado (Tribunal Superior Militar, 2008).

### **La competencia en la justicia ordinaria y justicia militar**

Tal como se ha venido bosquejando anteriormente y a causa de la reforma a la justicia presentada por el Gobierno a la consideración del Congreso, surge el debate del organismo que debe investigar y juzgar a los miembros de la fuerza pública, por los delitos que se cometan en relación con el servicio. Además, se pretende modificar la Constitución Política señalando nuevas competencias para dirimir los eventuales conflictos entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción penal militar.

Por otra parte, se establecen en el texto del Acto Legislativo, conceptos de los cuales es importante tener suficiente claridad, pues viene a constituirse en el eje del asunto. Uno de ellos es, sin lugar a dudas, que existen conductas punibles

en las cuales no existe distinción entre delitos en relación con el servicio y delitos de lesa humanidad.

Otro aspecto importante, es el relacionado con el conflicto de competencia entre ambas jurisdicciones, pues ha debido decirse que, en caso de duda, la competencia le será atribuida a la jurisdicción ordinaria toda vez que se entiende que las conductas punibles por regla general deben ser investigadas y juzgadas por la justicia ordinaria, siendo la Justicia Penal Militar la excepción a la regla.

Al mismo tiempo, los delitos cometidos por los miembros activos de la fuerza pública, con ocasión del servicio y en directa conexidad con el desempeño de sus funciones, serán de conocimiento de la Justicia Penal Militar, contrario sensu, las conductas ilícitas que se desvíen de estos fines, deben ser de conocimiento de la Justicia Ordinaria, ejemplo de ello es el interés indebido en la celebración de contratos (Rojas, 2009).

De lo anterior se puede concluir que la justicia penal militar, es una jurisdicción de orden constitucional, reconocida como un organismo que administra justicia, encontrándose reglada igualmente por la ley estatutaria de administración de justicia (Valencia Tovar , 2001).

Es por ello, que con fundamento en la constitución, las leyes y pronunciamientos jurisprudenciales emitidos por las altas cortes, se fundamenta y demuestra que la Justicia Penal Militar, administra justicia por mandato constitucional, jurisdicción que está sometida a todos los procedimientos, principios y garantías de un administrador de justicia, para efectuar y llevar a cabo el juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública que llegaren a cometer delitos en razón de su servicio o por causa del mismo, emitiendo sentencias o providencias de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento, a las cuales se les debe respeto y credibilidad, así como se respetan y acatan las providencias emitidas por los jueces penales de la jurisdicción ordinaria. (p. 36).

## **Principales Pronunciamientos Jurisprudenciales que han hecho referencia al Delito de Celebración Indebida de Contratos en la Ley Ordinaria y la Ley Penal Militar**

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, se encuentra la posición de la Fiscalía respecto a la celebración Indebida de Contratos en la que (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP15512- 39392, 2014) señala: “...por la falta de planeación que se tuvo al momento de contratar con COOPEMUN, la cual se evidenciaba con la inobservancia de los principios que guían la contratación directa y las acciones que debían atenderse”, lo que daba lugar evidentemente a una celebración indebida, conforme el análisis de la Corte que señala que no se favoreció a la comunidad con los elementos adquiridos, por lo que se inicia proceso en contra el Juez Único penal del Circuito de Chiriguaná, al absolver a funcionarios municipales, argumentando que se aplicó la Contratación Directa por la Urgencia.

Declara, por lo que se sanciona, por el delito de prevaricato por acción.

Teniendo en cuenta, todo este análisis jurisprudencial, se puede ver que es un aspecto de debate y que, por lo general, cuando se configura el delito de Celebración Indebida de Contratos, se encuentra en concurso con otros delitos, por lo que siempre que prospera, se encuentra en investigación otro, por los elementos de soporte, es decir, las pruebas, y la dificultad respecto de demostrar la consumación del mismo.

La Sentencia C-372/16 de la Corte Constitucional establece que: La incorporación de la figura del fuero penal militar en el ordenamiento jurídico colombiano, no es una innovación atribuida al Constituyente de 1991, pues, al respecto, éste se limitó a reproducir en el artículo 221 de la Carta, el mandato previsto originariamente en el artículo 170 de la Constitución Centenaria de 1886, que ya la consagraba.

**Artículo 221.** De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales, estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública, en servicio activo o en retiro.

En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles, de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los Jueces y Fiscales de la Justicia Ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial, que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública, deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.

La Justicia Penal Militar o policial, será independiente del mando de la Fuerza Pública.

### **El fuero Penal Militar**

Teniendo en cuenta el mandato previsto en el artículo 221 Superior y las normas que lo complementan, la Corte ha precisado, que el fuero Penal Militar, desde el punto de vista de los sujetos y del objeto específico que ampara, no puede ser visto como un simple privilegio, gracia o prebenda en favor del estamento militar y policial, que suponga una especie de inmunidad de sus miembros frente a la justicia ordinaria, pues el mismo persigue fines y propósitos muy claros, derivados únicamente de las especialísimas funciones asignadas a la Fuerza Pública, con lo cual se descarta, que todos los comportamientos delictivos, sean de conocimiento de dicha jurisdicción especial. Por ello, en aplicación del referido mandato, este Tribunal ha dejado sentado que a la Justicia Penal Militar, se le reconoce un campo de acción limitado, excepcional y restringido, en la medida que a ella solo le corresponde,

juzgar a los miembros de la fuerza pública, en servicio activo por los delitos cometidos y relacionados con el servicio (Corte Constitucional, 2016).

Constitución Centenaria de 1886, Artículo 170: De los delitos cometidos por los militares, en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo de las prescripciones del Código Penal Militar. (Constitucion Centenaria , 1886)

Por lo tanto en relación con el interés indebido en la celebración de contratos, la jurisprudencia ha concluido que se desconocen los principios de igualdad, juez natural y autonomía e independencia judicial, cuando la Justicia Penal Militar asume el conocimiento, investigación y juzgamiento de delitos que no se ajustan a los parámetros restringidos de su competencia, y que en realidad deben ser decididos por la justicia penal ordinaria; es decir, cuando esta jurisdicción especial extiende su competencia más allá de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con dicho servicio . Ello, tras considerar que en tales casos, “se estaría generando una diferencia en cuanto al órgano llamado a ejercer el juzgamiento de conductas delictivas que no requieren de una cualificación específica del sujeto que las realiza” (Corte Constitucional, 2016).

Por otra parte, en lo relacionado al interés indebido en la celebración de contratos en la ley ordinaria, La Corte Suprema de Justicia Al respecto ha indicado:

El delito de celebración indebida de contratos es un tipo penal en blanco que precisa acudir a las disposiciones extrapenales que establece el régimen de la contratación de las entidades administrativas (Narváez, 2004). Para que se configure no basta la simple y mera inobservancia de cualquiera de los requisitos de obligatorio cumplimiento establecidos por la Ley se requiere, además, que se demuestre la culpabilidad dolosa y el elemento subjetivo consistente en el propósito de obtener provecho ilícito (Corte Suprema de Justicia, 1991).



Al igual se hace necesario citar a Córdoba (2013), quien sustenta el bien jurídico protegido señalando “La Administración pública está al servicio de la sociedad. La protección penal se refiere al deber de la administración y de sus agentes de servir a los administrados. Se protege de la conducta lesiva para el cumplimiento adecuado del servicio público”. (p. 8).

Por lo tanto es importante resaltar que en lo referente a si debe entrar el derecho penal a sancionar un Indebido comportamiento, en el delito de Interés Indebido en la Celebración de Contratos, a la luz de los argumentos adoptados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia durante el año 2014, es que efectivamente si es indispensable la tipificación de este delito no solo porque reúne los elementos del tipo penal, sino porque tiene un fin, el cual es el cumplimiento de los principios de la Contratación Estatal de la Administración Pública, y por consiguiente el interés general, ante el provecho para sí o un tercero en razón de su cargo, a pesar de ser moral, con un indebido comportamiento no está por fuera del derecho penal.

En ese orden de ideas, y atendiendo lo advertido por la jurisprudencia y la misma ley penal, el delito de celebración Indebida de Contratos ya sea por ciudadanos civiles o miembros de las Fuerzas Armadas o de Policía se encuentra ajustado a la tipificación, porque reúne los elementos para ser elevado a esta categoría (Peña, 2001). Por tanto, será responsable quien cometa esta infracción penal, adelantando un debido proceso ante la justicia que analice la configuración de todos los elementos del tipo penal en relación con los hechos al tener un interés indebido en la celebración de los contratos.

Además, la jurisprudencia desde el año 2003 estableció que el delito de interés indebido, se manifiesta en todas las fases previas y concomitantes a la celebración del contrato y también se predica de aquellas fases posteriores que implican su ejecución, que se realizan por medio de las llamadas operaciones administrativas, a través de las cuales se persigue implantar la voluntad de la Administración plasmada en el contrato en busca de su cumplimiento.

**Artículo 410.** Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Modificado por el art. 33, Ley 1474 de 2011. El servidor público que, por razón del ejercicio de sus funciones, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre, o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a doce (12) años. Declarado Exequible Sentencia Corte Constitucional 917 de 2001; Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-652 de 2003.

Hoy en día por el artículo 410 del Nuevo código penal (ley 599 de 2000). “Se ha clasificado como de aquellos señalados por los doctrinantes como tipos penales en blanco, éstos, acorde con el Alto Tribunal son elementos normativos contenidos en otras normas, constituye el fenómeno jurídico de la norma penal en blanco” (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Auto 1528, 1987), porque para fortalecer su contenido material, debe remitirse a otras normas, principalmente que tienen que ver con el derecho administrativo; por ende, el fallador debe respaldar jurídicamente cualquier hipótesis, para identificar el punible, máxime cuando se trata de un delito complejo, por ello se debe revisar cada etapa de la contratación y su normatividad vigente, esto es, se debe verificar que el servidor público, en 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

**Elementos Subjetivos del Tipo Penal de Interés Indevido en la Celebración de Contratos en la Justicia Penal Militar Vs Justicia Ordinaria**

En los elementos personales del tipo penal, se estudian los posicionamientos subjetivos que al entender del legislador son más peligrosos en abstracto, así por ejemplo un tipo doloso, tendrá más pena que uno culposo.

Hay que advertir que en el tipo penal no se estudian las clases de dolo o las clases de culpa o los elementos estructurales de la preterintención por cuanto ese estudio está delegado a un escenario distinto como lo es la categoría dogmática de la conducta **Fuente especificada no válida**. La estructura típica del dolo Un tipo penal es doloso o exigirá el dolo cuando de manera expresa no diga culpa o preterintención.

Art. 20 CP. 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 consideran 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. Art. 212 CP.

Miguel Díaz y García Conlledo (2008, p. 45), en su obra El error sobre elementos normativos del tipo penal, define al elemento especial normativo y descriptivo de la siguiente forma: “ Elementos descriptivos del tipo, son aquellos externos o internos, aprehensibles o comprensibles por la mera observación sensorial, es decir, aquellos accesibles a la percepción sensorial, mientras que los elementos normativos del tipo no son accesibles a esa percepción, sino que es necesario un proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo (...).

La razón que suele aducirse es que existirían multitud de elementos típicos que son parte descriptivo y en parte normativo, si es que tal cosa no suceden todos

los elementos son típicos (Díaz & García, 2014). Misma suerte sufren los elementos especiales subjetivos los cuales no solo son descriptivos sino también normativos, y con una frecuencia significativa se presentan en varios tipos penales, por ejemplo: “por piedad” (Art. 106 CP), “motivo abyecto”, “motivo fútil”, y duda queda si el “ánimo de lucro” (Art. 239 CP) elemento normativo o descriptivo; no queriendo decir con lo anterior que se pueda tomar posición, solo para ejemplificar la tesis sustentada por Díaz y García Conlledo de la relativización de los elementos normativos y descriptivos tocados a espacios anteriores. Es por todo lo anterior que estos autores no comparten la posición de Posada (2015, p. 33), quien afirma que los elementos descriptivos y normativos son solo elementos objetivos del tipo penal.

Por otra parte, es importante señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales se rigen por disposiciones comerciales y civiles, y, según el artículo 898 del Código de Comercio, son negocios jurídicos inexistentes aquellos celebrados sin las solemnidades sustanciales exigidas por la ley.

Observando las normas del ordenamiento superior y obrando de acuerdo a los preceptos de Ley, se busca dar una legítima transparencia a las actuaciones de los servidores públicos. Dando cumplimiento al lleno de los requisitos para la celebración y liquidación de los contratos, muy seguramente no se verán inmersos en la responsabilidad de concurrencia de tipo penal.

Según Sentencia P712-2017 declaración de responsabilidad del señor LG, por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, con los reproches formulados por su defensor, la Sala ha de efectuar algunas precisiones en relación con el ámbito de aplicación del art. 410 del C.P., según la fase en que se encuentre el contrato. Pues la punibilidad de la conducta del servidor público no se predica, como lo comprendió el Tribunal, de la totalidad de las etapas contractuales. ( Corte Suprema de Justicia, 2017).

Desconocimiento de los principios de transparencia y selección objetiva, en cualquier clase de contrato u operación, en que deba intervenir por razón de su cargo o sus funciones.

Sobre este último particular, de cara al art. 410 del C.P., un requisito contractual puede catalogarse como esencial a partir de, entre otros criterios, la valoración sobre el impacto que su inobservancia pueda tener en la materialización de los principios de la contratación estatal, en tanto concreción de las máximas rectoras de la función administrativa (art. 209 de la Constitución). Sobre esa base, la jurisprudencia tiene dicho que los principios constitucionales y legales que gobiernan la contratación de la administración pública integran materialmente el tipo penal de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

Además, hay que destacar sobre el particular que de acuerdo con el artículo 6 superior, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que les está permitido por la Ley y que serán responsables por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Así mismo que en tal calidad se comprometen a cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes, que les incumben ejerciendo sus funciones en la forma prevista en dicho texto superior (Fernandez, 2012).

Por otra parte, se puede manifestar sin temor a equívocos que lo que se pretende proteger bajo estos tipos penales no es nada 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 ella.

**El Fuero Militar y su Incidencia en la Celebración Indebida de Contratos Análisis Derecho Comparado.**

Antes de abordar el tema sobre el Fuero Penal Militar, y su incidencia en la celebración indebida de contratos, es importante tener en cuenta, que es aquel que se aplica a los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el servicio, y que ésta en los términos señalados en la Carta Fundamental como una institución de pública de defensa nacional, soberanía y orden público, vital para los fines esenciales del Estado Social de Derecho, se observa que a través de ella se garantiza el monopolio de la fuerza en cabeza de Estado, resultando de capital importancia, para que las otras ramas de poder público los realicen.

De conformidad con lo señalado en el artículo 216 de la Constitución Política; “La Fuerza Pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”.

De otra parte, el artículo 217 de la Carta Fundamental define quienes las conforman, indicando que: “La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea”.

El inciso segundo del artículo 218 sobre la organización de la Policía Nacional dispone que: “La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”.

Ahora bien, vale preguntarse qué es un fuero y qué es el Fuero Penal Militar, en el entendido, que tal concepto está ligado a la competencia de un tribunal en particular, para investigar y juzgar, si fuere del caso, a una persona en quien recae alguna consideración respecto del cargo que ostenta, profesión, investidura, o cualquiera otra determinada por la constitución o la ley.

La palabra fuero proviene del latín fórum que significa tribunal y los diferentes diccionarios de la lengua española, coinciden en señalar que se trata o es “cada uno de los privilegios y exenciones que se concedían o se conceden a una ciudad, territorio, persona o clase social”. También en sentido figurado significa

“arrogancia o presunción”. Al respecto El diccionario de la Real Academia Española de la Lengua en su vigésima segunda edición sobre el particular señala que: “Es aquel de que gozan algunas personas para llevar sus causas a ciertos tribunales por privilegio del cuerpo de que son individuos” (Diccionario Real Academia Española, 1981).

En referencia al Fuero Penal Militar, dijo la Corte Constitucional en sentencia C-399 de 1.995, que: “es el derecho de que gozan los miembros de la Fuerza Pública, por pertenecer a ésta, de ser juzgados por un juez diverso al que ordinariamente tiene la competencia para el efecto”. (Corte Constitucional, 1995).

Sobre la existencia constitucional y legal de los diversos fueros existen posiciones diametralmente opuestas, que van desde aquellas que consideran que se trata de un privilegio consagrado de manera injusta a favor de algunos servidores públicos, señalando que el desempeño de determinadas funciones públicas, entre otras, la función militar y policial, no justifica un tratamiento privilegiado o desigual, en la determinación de los derechos y obligaciones

En este orden de ideas, es importante destacar que se ha venido restringiendo la aplicación del Fuero Penal Militar, en diversos ámbitos, el cual podría incidir en la órbita de lo Penal Militar.

Lo anterior si se tiene en cuenta que, en la actualidad, el Fuero Penal Militar es una figura, que en gran parte de los países se ha limitado al máximo en su aplicación, y en el peor de los casos ha desaparecido. Por lo tanto, con fin de poder determinar cómo es aplicado y para que a continuación se realiza un bosquejo de esta situación en algunos países representativos de este derecho y de alguna forma que esta figura tiene relación con el Derecho colombiano, con el fin de establecer si el fuero militar cobija en estos países lo relacionado con la celebración indebida de contratos.

Dentro de los países representativos de este derecho, encontramos a Estados Unidos e Inglaterra, este último cuenta con una competencia muy concreta,

básicamente en motín, sedición y desertión; siendo éstos los únicos delitos que puede juzgar la jurisdicción militar y puede juzgar únicamente a militares en actividad, quedando exento del fuero Militar la celebración indebida de contratos.

Por otra parte, En Inglaterra, los Tribunales Militares no juzgan a civiles bajo ninguna circunstancia, por lo que la Jurisdicción Militar, sólo es aplicable a los miembros de la Fuerza Armada en servicio activo. Esto quiere decir que no se permite el juzgamiento de miembros de la Fuerza Armada ante la jurisdicción militar, por la Comisión de Delitos Comunes, como lo hace por ejemplo Estados Unidos. De lo expuesto se hace evidente la máxima limitación que se le da al fuero, casi ausente, limitado por el tiempo, por los delitos que cobija y por la calidad de los procesados.

En lo referente a España hay que destacar que el fuero militar se halla determinado únicamente para juzgar las conductas constitutivas de delitos militares, los cuales hacen referencia a las conductas exclusivamente militares, propias de los actos de servicio en relación con las funciones que les corresponden. La Constitución de la República Española del 27 de diciembre de 1978: “Artículo 117 N°. 5. “El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.” de tal suerte que la jurisdicción militar se aplica a los delitos militares que afectan esencialmente fines o intereses estrictamente militares. Código Penal Militar, artículos 12, 15 y 21.

Finalmente, y en lo que respecta a Colombia, resulta recurrente la discusión sobre cual debe ser la jurisdicción encargada de la investigación y juzgamiento de los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, por los delitos que hayan cometido en el desarrollo de su función constitucional, lo que quiere decir que los actos de estos servidores públicos, están amparados por el llamado Fuero Penal Militar. En lo referente a la colisión de competencias cuando se cometen delitos ordinarios y castrenses, el artículo 12 del Código, dispone: “Cuando se hubiere



cometido por un mismo agente delitos de jurisdicción militar y de jurisdicción común, que no sean conexos, el Tribunal Militar será competente para conocer de los primeros y el Tribunal ordinario de los segundos. Si la aplicación de esta norma creare alguna interferencia o dificultad, para la práctica de medidas o diligencias, que se relacionen con el inculpado, tendrán preferencia las requeridas por el Tribunal Militar.

En este orden de ideas, se analiza que La Corte ha puesto de presente que la incorporación de la figura del fuero penal militar, en el ordenamiento jurídico colombiano, no es una innovación atribuida al Constituyente de 1991, pues, al respecto, éste se limitó a reproducir en el artículo 221 de la Carta, el mandato previsto originariamente, en el artículo 170 de la Constitución Centenaria de 1886, que ya la consagraba. En ese contexto, el fuero penal militar es una institución jurídica con una larga tradición en el constitucionalismo colombiano, la cual, bajo la actual Constitución Política, encuentra pleno reconocimiento en el ya citado artículo 221, con las modificaciones introducidas por los Actos Legislativos 02 de 1995 y 01 de 2015, a su vez complementado por los artículos 116 y 250 del mismo ordenamiento Superior.

### **Sentencia C-372/16**

Conforme con dichas disposiciones, la figura del fuero penal militar se constituye en una prerrogativa especial de juzgamiento, a través de la cual se busca que las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública “en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”, en este caso la Celebración Indebida de Contratos y que son de competencia de las Cortes Marciales o Tribunales Militares, “con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”; organismos éstos que, a su vez, “estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”. De ese modo, aun cuando la propia Constitución tenga previsto, como regla general, que el “juez natural” para

investigar y juzgar a los autores o partícipes de las conductas punibles, son las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción penal ordinaria, la circunstancia de que también contemple la existencia de cortes marciales o tribunales militares, constitutivos de la denominada Justicia Penal Militar, comporta sin lugar a dudas una excepción a esa regla general y, por tanto, la implementación de un régimen penal de naturaleza especial que, bajo un determinado contexto, investiga y juzga las conductas delictivas cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación directa con el servicio. (Corte Constitucional, 2016)

### **Sentencia C-457 de 2002,**

Es importante tener en cuenta que el fuero penal militar, encuentra pleno respaldo institucional en la necesidad de establecer un régimen jurídico especial, materializado en la denominada Justicia Penal Militar, que resulte compatible con la especificidad de las funciones que la Constitución y la ley le han asignado a la fuerza pública, y que a su vez resulte coherente y armónico con su particular sistema de organización y de formación castrense. A este respecto, en la Sentencia C-457 de 2002, la Corte destacó que la razón de ser de la Justicia Penal Militar radica, “de una parte, en las reglas de conducta particulares a que se encuentran subordinados los miembros de la fuerza pública y, de otra, en la estrecha relación que existe entre esas reglas particulares de comportamiento, el uso de la fuerza y la especial índole de las conductas que les son imputables”, las cuales son en esencia incompatibles con las reglas generales y comunes que el orden jurídico existente ha establecido para la jurisdicción ordinaria.

Se observa, que en relación con el elemento funcional, que debe concurrir para activar la competencia excepcional de la Justicia Penal Militar: que el delito cometido tenga relación directa con el servicio, la Jurisprudencia ha destacado su especial importancia en la configuración y aplicación del fuero, precisando que el

mismo consiste “en que la conducta punible tenga una conexión directa con el cumplimiento de una función legítima”, lo que significa, a su vez, que si “el comportamiento típico es consecuencia del desarrollo de una tarea propia del servicio, pero la misma es cumplida de forma distorsionada o desviada, la acción perderá cualquier relación con la labor legal y será, como cualquier delito común, objeto de conocimiento de la jurisdicción ordinaria”.

Sobre el mandato previsto en el artículo 221, según el cual, la definición de la estructura y funcionamiento de la Justicia Penal Militar debe llevarse a cabo “con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar”, la jurisprudencia constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse, con el fin de aclarar que tal expresión debe ser interpretada en sentido amplio, de manera que se entienda que “también mediante legislación complementaria, entiéndase leyes ordinarias, el legislador puede incluir modificaciones e introducir regulaciones a la Jurisdicción Penal Militar”. Con esa orientación, en la Sentencia C-399 de 1995, reiterada posteriormente, entre otras, en las Sentencias C-676 de 2001, C-737 de 2006 y C-084 de 2016, la Corte dejó claro que ni el artículo 221 Superior ni ninguna otra disposición constitucional, le han reconocido a los mandatos del Código Penal Militar, una fuerza normativa especial o consagrado sobre él una especie de “reserva de código”, de la cual pueda concluirse que sólo a través del mismo es posible diseñar la estructura de la justicia castrense.

Por consiguiente, en ese entendido, se sostuvo en el aludido fallo, que el objetivo de la Constitución, particularmente a través del artículo 221, es consagrar un régimen penal especial, para juzgar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública, en servicio activo y en relación con el servicio, permitiéndole al legislador regular, mediante leyes ordinarias, asuntos relativos a esa justicia especial, lo cual no significa que, necesariamente, las referidas medidas deban encontrarse formalmente incorporadas en el Código de Justicia Penal Militar.

Al respecto, señaló que “la ley ordinaria, puede regular asuntos relativos a la justicia penal militar, sin que tales disposiciones, tengan que estar formalmente

incorporadas en el texto del Código Penal Militar”, entendiendo “que esas leyes, aun cuando no se encuentren formalmente en ese código, pueden modificarlo y adicionarlo, sin que ello implique ningún vicio de inconstitucionalidad ya que, se reitera, se trata de normas legales de la misma jerarquía.”

### **Conclusiones Generales**

De la investigación realizada, se puede establecer que todos aquellos entes y sujetos, que ejercen funciones públicas administrativas entre ellos los servidores públicos y personal militar, se encuentran obligados, de manera permanente, a sujetarse a un singular y estricto principio de legalidad, que los habilita tanto para la adopción de actos administrativos, caracterizados por su unilateralidad, exorbitancia y ejecutoriedad, como también para la celebración de contratos estatales, conforme a los intereses generales.

Esto si se tiene en cuenta, que la Contratación Estatal, constituye uno de los principales mecanismos, para la ejecución de presupuesto y consolidación de objetivos públicos, motivo por el cual debe ser concebida, no solo como un conjunto de normas sino como todo un sistema.

Es por esto que se puede concluir, que las Fuerzas Militares, como Instituciones de carácter estatal reconocida constitucionalmente, el nivel de responsabilidad del personal militar es de carácter penal, disciplinario o fiscal, considerando que estos, son servidores públicos que están sometidos a la Constitución, Ley y demás normas que establecen la contratación estatal, sus debidos procesos y procedimientos estipulados para tal fin. Así mismo, le es aplicado al personal militar, lo postulado en el artículo 6 de la Carta de 1991, que dispone la responsabilidad por la acción, omisión o extralimitación de sus funciones, en este caso en materia contractual.

Por consiguiente, se concluye que la respuesta al problema planteado, consistente en si debe entrar el derecho penal a sancionar un Indebido comportamiento, en el delito de Interés Indebido en la Celebración de Contratos, a

la luz de los argumentos adoptados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, es que efectivamente, si es indispensable la tipificación de este delito, no solo porque reúne los elementos del tipo penal, sino porque tiene un fin, el cual es el cumplimiento de los principios de la Contratación Estatal de la Administración Pública, y por consiguiente el interés general sobre el particular, ante el provecho para sí o un tercero en razón de su cargo, a pesar de ser moral, con un indebido comportamiento, no está por fuera del derecho penal.

El tema tratado, siempre será objeto de debate en el sentido de cuestionar por que se tipificó como celebración indebida de Contratos, y no celebración ilícita de Contratos, tal como lo establecía el anterior Código Penal Colombiano, así como si efectivamente la conducta da lugar a una Conducta Penal, o simplemente una actuación administrativa, al punto de analizar la efectiva exteriorización de la conducta, por lo que como se vio, puede ser licito, perfecto, cumpliendo todos los requisitos pero indebido ante el interés particular inminente del servidor, sobre el general en la celebración del Contrato.

En ese orden de ideas, y atendiendo lo advertido por la jurisprudencia y la misma ley penal, el delito de celebración Indebida de Contratos, se encuentra ajustado a la tipificación, porque reúne los elementos, para ser elevado a esta categoría. Por tanto, será responsable, quien cometa esta infracción penal, adelantando un debido proceso ante la justicia, que analice la configuración de todos los elementos del tipo penal, en relación con los hechos al tener un interés indebido, en la celebración de los contratos, a pesar de ser un tipo de delito penal en blanco se considera que debido a la especialidad de las fuerzas militares este delito debería estar reglado como como conducta autónoma toda vez que las instituciones del estado tiene un manual de contracción , en este orden de ideas tenemos dos opciones :Primera en virtud de la especialidad de la conducta punible del interés indebido en la celebración de contratos debería ser de conocimiento de la justicia penal ordinaria en aras de no vulnerar el principio de legalidad y con ello evitar un vacío jurídico de estas conductas que puedan quedar en la impunidad. Segunda: Reglamentar la conducta de interés indebido en la

celebración de contratos dentro de la jurisdicción penal militar como conducta autónoma consolidando el juez natural y el principio de legalidad para el personal activo de los miembros de la Fuerza Pública, creando más seguridad jurídica en protección de la administración pública como sujeto pasivo de la acción.

Por último vale la pena recordar que la analogía está prohibida en el derecho penal y solo se podría utilizar en beneficio del procesado y/o condenado; en virtud que el tipo penal en blanco conlleva a una posible eventual analogía que podrá ser alegada por el procesado y por ende podría ser susceptibles de nulidad, como lo ha manifestado La Corte Suprema de Justicia Sala Casación Penal máximo órgano de cierre de la justicia ordinaria en lo referente al delito estudiado.

### **Recomendaciones**

Las Fuerzas Armadas, deberían crear un Manual de Buenas Prácticas, para la Contratación Estatal, el cual debe involucrar los principios, que rigen el sistema de contratación estatal actual y las particularidades propias del Sector Defensa, que permiten brindar seguridad a los ciudadanos como elemento, que permita consolidar el desarrollo social sostenible, que el país continúa requiriendo.

2. La etapa de planeación contractual, es el fundamento que tienen las Fuerzas Armadas Ejército Nacional y la Policía, para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, y a su vez constituye un instrumento, que permite a estas entidades cumplir con las metas fijadas en el Plan de Desarrollo. Teniendo en cuenta las principales fallas, que se presentaron durante el desarrollo de la etapa de planeación, respecto de la contratación que lleva a cabo, con el fin de prevenir nuevos hallazgos y dar recomendaciones, que estén encaminadas a reducir las investigaciones penales y disciplinarias.

3. En materia contractual, un buen planeamiento presupuestal y de contratación, permite ejecutar adecuadamente los recursos, adquiriendo bienes y servicios, que satisfagan las necesidades de la Entidad en forma ágil y oportuna.

4. Evaluar a los proveedores y contratistas en aspectos relacionados con la calidad del bien o servicio, tiempos de entrega, atención de reclamos, cumplimiento de garantías, estos aspectos, permiten a la entidad retroalimentar los procesos futuros, a efectos de propender por el mejoramiento continuo.

## Referencias

- Agudelo, B. N. (2013). *Curso de Derecho Penal (esquemas del delito)*. Medellín: Nuevo Foro Penal.
- Ballén, A. M. (2007). *Abordaje hermenéutico de la investigación cualitativa. Teorías, procesos, técnicas*. Bogotá: U. Cooperativa de Colombia, .
- Barbosa, G. (2002). *Tipo objetivo*. . Bogotá: Univeridad Externado.
- Bermeo, C. (2010). *La justicia militar. Entre la reforma y la permanencia*. Resdal.
- Calle, A., & Sotomayor, A. J. (2007). El delito de interés ilícito en la celebración de contratos. *Revista Estudios de Derecho, Núm. 128*.
- Calle, C., & Sotomayor, A. (2009). *El delito de interés ilícito en la celebración de contratos*. Medellín. Universidad de Antioquia.: Revista Estudios de Derecho, Núm. 128.
- Camacho, J. (2014). *Comentarios a la sentencia que condenó a Andrés Felipe Arias*.  
Obtenido de  
<http://www.ambitojuridico.com/Documento/CategoríasIPAD/Especiales/noti143110-04comentarios-a-la-sentencia-que-condenó-aandrés-felipe-arias.asp>.
- Congreso de colombia . (2010). *Código Penal Militar*. Obtenido de  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=40200>

- Congreso de Colombia. (1993). *LEY 80 DE 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública* . Bogota.
- Congreso de Colombia. (2010). *NORMAS RECTORAS DE LA LEY PENAL MILITAR*. Bogota.
- Córdoba, P. (2013). *El delito de Interés indebido en la celebración de Contratos* . Bogotá: Universidad EAFIT.
- Corredor, B. D. (2003). *Celebración Indebida de Contratos*”, en *Lecciones de Derecho Penal*, . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corte Constitucional. (2000). *Sentencia C-878/00*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-878-00.htm>
- Corte Constitucional. (2003). *Sentencia C-128/03*.
- Corte Constitucional. (2008). *Sentencia C-1184/08*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1184-08.htm>
- Corte Constitucional. (2014). *Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (Ley 80 de 1993)*. Obtenido de <https://vlex.com.co/tags/resumen-ley-80-1993-672885>
- Corte Constitucional. (2016). *Sentencia C-372/16*. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-372-16.htm>
- Corte Suprema de Justicia. (1991). *expediente 2827, 1991*.
- Díaz, M., & García, C. (2014). *Algunas cuestiones en relación con el delito de administración desleal societaria en España, en especial autoría y omisión*. Nuevo Foro Penal.
- Fernandez, C. (2012). *Derecho Penal, parte general*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.



- Gamboa, J. (2008). *Síntesis: Interés indebido en la celebración de contratos*.  
Obtenido de  
<https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/31797>.
- Gomez, H. L. (2014, p. 2). *Elementos que conforman el sistema penal*. Bogotá.
- Gomez, M. (2008). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gómez, M. A. (2001). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá. Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Gomez, M. A. (2008). *Delitos contra la administración pública*,. Bogotá: Universidad Externado de Colombia,.
- Jiménez, D. A. (2005). *Principios de Derecho Penal la Ley y el Delito*. Buenos Aires: EDITORIAL SUDAMERICANA.
- Machicado, J. (2010). *Concepto de Delito*. Obtenido de  
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/02/que-es-el-delito.html>
- Mantilla, V. A. (2016). *El Fuero Militar a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Obtenido de  
<https://encolombia.com/derecho/revistajurisdictio/revista11/asomagister11206elfuero/>
- Molina, C. (2005). *Delitos Contra la Administración Pública*. Leyer.
- Narváez, E. y. (2004). *Derecho penal y el Servidor Público*. Bogotá: Universidad Pontificia Javeriana.
- Peña, V. (2001). *Comentarios al nuevo código penal militar: jurisprudencia y las instituciones del Derecho Penal Militar ante los nuevos Códigos Penal y de Procedimiento Penal*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Reyes, C. J. (2001). *Usuarios de lectores de pantalla: deben hacer clic en este enlace para utilizar el modo de Tipicidad y antijuricidad*. Editorial Hispamer,.

- Rojas, B. (2009). *Impunidad y conflictos de jurisdicción*. Bogotá: Pensamiento Jurídico.
- Santofimio. (2014). *CONSEJO DE ESTADO EXTRACTO JURISPRUDENCIAL – NUEVA LEGISLACIÓN*. Bogotá.
- Santofimio, G. J. (2000, p. 71). *Delitos de celebración indebida de contratos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Steiner, C., & Uribe, P. (2014). *Convención Americana sobre derechos humanos*.  
Obtenido de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>
- Tribunal Superior Militar. (2008). *PROCESO No. 154691- 9243 – PONAL No. 001*.
- Troncoso, M. J. (2013). *LOS REQUISITOS ESENCIALES DEL CONTRATO ESTATAL*. Bogotá: UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS.
- Valencia Tovar , A. (2001). *Visión Histórica de la Justicia Penal Militar en Colombia*. Bogotá: Revista Credencial Historia.
- Valencia, A. (2002). *Fuero militar y justicia penal militar*. Bogotá: Revista Credencial Historia.