

CORRUPCIÓN Y DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Especial referencia a los delitos cometidos en la contratación pública

Carlos Guillermo Castro Cuenca



Colección Textos de Jurisprudencia



UR

Corrupción y delitos contra la administración pública

Especial referencia a los delitos cometidos
en la contratación pública

Carlos Guillermo Castro Cuenca



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2008 Editorial Universidad del Rosario
© 2008 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2008 Carlos Guillermo Castro Cuenca

ISBN: 978-958-8378-71-8

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2009
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Gustavo Patiño Díaz
Diseño de cubierta: Lucelly Anaconas
Diagramación: Ángel David Reyes
Impresión: Xpress
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41, of. 501 Tel: 297 02 00 Ext: 7724
Correo electrónico: editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Castro Cuenca, Carlos Guillermo
Corrupción y delitos contra la administración pública especial referencia a los delitos
cometidos en la contratación / Carlos Guillermo Castro Cuenca.—Facultad de Jurisprudencia.
Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009.
620 p. — (Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-8378-71-8

Derecho penal / Criminología / Corrupción / Corrupción administrativa / Delitos contra la
administración pública / Contratos públicos – Legislación / Prevaricato / Contratos públicos / I.
Título / II. Serie.

364.1323 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

CONTENIDO

Siglas y abreviaturas	14
Introducción	20

Capítulo 1. Análisis criminológico de la corrupción y de su incidencia en la contratación pública

1. Concepto de corrupción	27
1.1. Corrupción pública.....	27
1.2. Concepto de corrupción en la contratación pública	32
2. Bases criminológicas y político-criminales del estudio	34
2.1. Fundamento metodológico: la desafortunada normalidad de la corrupción	34
2.2. Algunas perspectivas criminológicas frente a la corrupción	36
2.3. Planteamiento	47
3. Causas de la corrupción	48
3.1. Factores que favorecen la desviación de intereses (aspecto interno de la corrupción): la motivación del individuo hacia la corrupción	48
3.2. Factores que favorecen el aspecto externo de la corrupción: circunstancias que facilitan el abuso de poder	57
3.3. Factores que favorecen el aspecto material de la corrupción: la desviación de los recursos públicos	70
4. Efectos de la corrupción	74
4.1. Efectos de la desviación de intereses (aspecto interno de la corrupción): la vulneración de la libre competencia	75

4.2. Efectos del abuso de poder (aspecto adjetivo de la corrupción): la vulneración de la legitimidad del sistema democrático	78
4.3. Efectos del aspecto material de la corrupción: la vulneración de la eficiencia de la administración pública	82
4.4. Efectos positivos de la corrupción	84

Capítulo 2. Determinación del objeto de tutela afectado por la corrupción en la contratación pública

1. Evolución del concepto de administración pública en el derecho penal	92
1.1. El deber del cargo como bien jurídico tutelado	92
1.2. Concepto pluriofensivo de los delitos contra la administración pública.....	95
1.3. El servicio público como objeto de tutela en los delitos contra la administración pública.....	97
1.4. El correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico tutelado	98
1.5. Concepto unificado de administración pública en torno a su orientación constitucional	104
1.6. La determinación concreta del bien jurídico en las conductas contra la administración pública.....	110
2. Determinación de la lesividad en los delitos contra la administración pública	120
2.1. Lesividad en los bienes jurídicos colectivos	120
2.2. Lesividad de la corrupción y su calificación como delito de peligro abstracto	124
2.3. Propuestas para determinar el principio de lesividad en los delitos contra la administración pública, concretamente la corrupción.....	127

3. El sujeto activo en los delitos contra la administración pública y la contratación pública	137
3.1. Aspectos generales	137
3.2. Aspectos especiales en la contratación pública	139
4. El derecho penal como un mecanismo para controlar y prevenir los aspectos subjetivo, adjetivo y material de la corrupción en la contratación pública.....	150

Capítulo 3. La tipificación de la desviación de intereses

1. El interés del funcionario en la celebración del contrato.....	161
1.1. Tipificación del interés público en Europa	162
1.2. La actuación en interés propio del funcionario público en los códigos penales latinoamericanos.....	176
1.3. Violación del régimen constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.....	186
1.4. Interés indebido en la celebración de contratos	195
1.5. Análisis práctico de las principales modalidades de contratación en interés personal del funcionario público	215
1.6. Valoración político-criminal sobre los delitos que sancionan la celebración de un contrato en interés personal del funcionario	220
2. Actuación en la contratación pública con un interés ajeno a la administración pública	223
2.1. El cohecho	223
2.2. Tráfico de influencias en los procesos de contratación pública.....	277
2.3. Especial referencia al delito de corrupción de agentes públicos extranjeros.....	293
2.4. Principales eventos de desviación de intereses a favor de terceros en la contratación pública	315

Capítulo 4. La tipificación de la vulneración de la legalidad en los procesos de contratación pública

1. Prevaricato (o prevaricación)	332
1.1. Prevaricato en Europa	332
1.2. Prevaricato en Latinoamérica	339
1.3. Análisis dogmático del prevaricato y su aplicación a la contratación pública	343
2. Delitos específicamente relacionados con la contratación pública.....	362
2.1. Celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales en Colombia	362
2.2. Delitos cometidos contra la legalidad de la contratación pública en Brasil	379
2.3. Celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales en México.....	381
3. Principales eventos de desviación de intereses a favor de terceros en la contratación pública	383
3.1. Inexistencia de contrato.....	383
3.2. Contratación directa indebida	385
3.3. Contratación indebida.....	391
3.4. Fraccionamiento.....	392
3.5. Modificaciones abusivas	396

Capítulo 5. La tipificación de la vulneración de los intereses patrimoniales de la administración en los procesos de contratación pública

1. Defraudación en la contratación pública	404
1.1. Tipificación específica del fraude en la contratación pública.....	404
1.2. Estafa en la contratación pública	433

2.	Apropiación de dineros públicos en la contratación pública	476
2.1.	Peculado (o malversación) en la contratación pública.....	476
2.2.	Abuso de confianza (o apropiación indebida) en la contratación pública.....	527
3.	Principales eventos de desviación de intereses a favor de terceros en la contratación pública	548
3.1.	Apropiación directa de bienes relacionados con el objeto contractual.....	548
3.2.	Sobrecostos de las obras	550
3.3.	Engaño a la administración pública para la celebración del contrato	552
3.4.	Abuso de la subcontratación	553
3.5.	Revisión de precios.....	557
3.6.	Expedición de facturas falsas	561
	Bibliografía.....	564

A mi familia, por haberme enseñado que el mayor patrimonio para una persona de bien es vivir y trabajar honestamente.

Siglas y abreviaturas

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AA. VV.	autores varios
ACSJ	Auto de la Corte Suprema de Justicia de Colombia
<i>ADPCP</i>	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales</i>
<i>AP</i>	<i>Actualidad Penal</i>
art(s).	artículo(s)
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ATSJ	Auto del Tribunal Superior de Justicia
AVE	Alta Velocidad Española
BM	Banco Mundial
<i>BOE</i>	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CAN	Comunidad Andina de Naciones
CC	Código Civil
CCAC	Código Contencioso Administrativo de Colombia
CCE	Código Civil español
<i>CDJ</i>	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>
CDUC	Código Único Disciplinario de Colombia
CE	Constitución de España (Constitución española)
CEE	Comunidad Económica Europea
Cfr.	Confrontar
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CICC	Convención Interamericana contra la Corrupción
CNUCC	Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción
COMMSA	Concesionario del Magdalena Medio S. A.
COI	Comité Olímpico Internacional
comp(s).	compilador(es)
coord(s).	coordinador(es)
CP	Código Penal
CPC	Constitución Política de Colombia
CPI	Corte Penal Internacional

CPP	Código de Procedimiento Penal de Colombia
CTAR	Consejo Transitorio de Administración Regional
dir(s).	director(es)
EBEP	Estatuto Básico del Empleado Público
EBI	Entreprises Berthier Inc.
ECAC	Estatuto de Contratación Administrativa de Colombia (Ley 80 de 1993)
ECE	Estatuto de la Contratación Estatal
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional
ed.	edición
edit(s)	editor(es)
<i>EPC</i>	<i>Estudios Penales y Criminológicos</i>
ESCCR	Estatuto de Servicio Civil de Costa Rica
FARC	Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia
FAR	Federal Acquisition Regulation
FMI	Fondo Monetario Internacional
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
GAO	General Accounting Office of the United States of America
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GSABCA	General Services Administration Board of Contract Appeal
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
<i>Ibid.</i>	en el mismo lugar
IGAE	Intervención General de la Administración del Estado
introd.	introducción
IPC	Índice de Percepción de la Corrupción
LACAP	Ley de Adquisiciones y Contrataciones de la Administración Pública (Decreto 868 de 2000)
LAOPB	Ley Administrativa de Obras Públicas de Bolivia (Decreto Supremo 25964 de 6 de julio de 2000)
LOPM	Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la mismas de México (29 de diciembre de 1999)
LAU	Ley sobre el Uso Indebido del Poder Público (Corrupción) de Uruguay

LBCAC	Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de Cuba
LBCAP	Ley de Bases de Carrera Administrativa de Perú (Decreto Legislativo 276 de 1984)
LCACR	Ley de Contratación Administrativa de Costa Rica (7494 de 24 de abril de 1995)
LCAG	Ley de lo Contencioso Administrativo de Guatemala
LCAV	Ley de Carrera Administrativa de Venezuela
LCE	Ley de Contratación Pública del Ecuador (Codificación 000.RO/ 272 de 22 de Febrero del 2001)
LCEG	Ley de Contrataciones del Estado de Guatemala (Decreto 57 de 1992)
LCEH	Ley de Contratación del Estado de Honduras (publicada en el 29.583 del <i>Diario Oficial La Gaceta</i> , de fecha 17 de septiembre de 2001)
LCPN	Ley de Contrataciones del Estado de Nicaragua (Ley 323 de 1999)
LCPP	Ley de Contratos Públicos del Paraguay (2.051 de 2003)
LCPYAP	Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo 084 de 2004) de Perú
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LECAP	Ley por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa (9 de 20 de junio de 1994)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEFPB	Ley del Estatuto del Funcionario Público de Bolivia (Ley 2027 del 27 de octubre de 1999)
LEFPV	Ley del Estatuto de la Función Pública de Venezuela
LFPP	Ley de la Función Pública del Paraguay (Ley 1626)
LFCEE	Ley de Funcionario Civiles del Estado de España
LFTCu	Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas español
LGP	Ley General Presupuestaria
LGS	Ley General de Subvenciones
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España
LJCAH	Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de Honduras
LL	<i>La Ley Revista Jurídica Española</i>

LLV	Ley de Licitaciones de Venezuela
LOPAV	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela
LOTG	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTcu	Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas
LPAA	Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 19549)
LPAGP	Ley del Procedimiento Administrativo General del Perú (Ley 27444)
LPAP	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas
LPSPEN	Ley de Probidad de los Servidores Públicos del Estado (Ley 438)
LSCCAE	Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa del Ecuador
LSCSEL	Ley del Servicio Civil de El Salvador
LSCES	Ley de Servicio Civil de El Salvador
LSCG	Ley de Servicio Civil de Guatemala (Decreto 1748)
LSCH	Ley del Servicio Civil de Honduras (Decreto 126 emitido el 28/10/1967), Ley de Servicio Civil
Mercosur	Mercado Común del Sur
NBB	Normas Básicas del Sistema de Administración de Bienes y Servicios de Bolivia (Decreto Supremo 29110 de 2007)
<i>NPP</i>	<i>Nuevo Pensamiento Penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales</i>
núm(s).	número(s)
<i>op. cit.</i>	obra citada
OCDE	Organización para el Comercio y el Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
OMC	Organización Mundial del Comercio
p. o pp.	página(s)
Pemex	Petróleos Mexicanos
PJ	Poder Judicial
PRI	Partido Revolucionario Institucional
<i>PRS</i>	<i>Papers Revista de Sociología</i>
PSOE	Partido Socialista Obrero Español
PTB	Partido del Trabajo de Brasil
<i>RAP</i>	<i>Revista de la Administración Pública</i>

RCANA	Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional (Decreto 1023/2001 con las modificaciones introducidas por los Decretos 666/2003 y 204/2004 y por la Ley 25.563)
RDP	Revista de Derecho Penal
<i>RDPC</i>	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología</i>
<i>RDPP</i>	<i>Revista de Derecho y Proceso Penal</i>
<i>RDPPP</i>	<i>Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario</i>
<i>REDA</i>	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
<i>REDC</i>	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
<i>REDPC</i>	<i>Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología</i>
reimp.	reimpresión
<i>REP</i>	<i>Revista de Estudios Penitenciarios</i>
REPEPOS	Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora
<i>RFDUC</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense</i>
<i>RFDUG</i>	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada</i>
<i>RGDE</i>	<i>Revista General de Derecho Europeo</i>
<i>RGLJ</i>	<i>Revista General de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RLJ</i>	<i>Revista de Legislación y Jurisprudencia</i>
<i>RMF</i>	<i>Revista del Ministerio Fiscal</i>
<i>RO</i>	<i>Revista de Occidente</i>
<i>RP</i>	<i>Revista Penal</i>
<i>RPJ</i>	<i>Revista del Poder Judicial</i>
RRFRB	Reglamento de la responsabilidad por la función pública (Decreto supremo 23318- A)
ss.	siguientes
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SCA	Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chile
SCC	Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia
SCCI	Sentencia de la Corte de Casación de Italia
SCSJ	Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia
Sec.	sección
SPÖ	Sozialdemokratische Partei Österreichs

STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional (España)
StPO	Strafprozessordnung
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
StGB	Strafgesetzbuch
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo (España)
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TOPUF	Texto ordenado de las normas legales y reglamentarias vigentes en materia de funcionarios públicos
trad.	traducción, traductor, traducido(a)
TRLCAP	Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas
TS	Tribunal Supremo
TSE	Tribunal Supremo español
UE	Unión Europea
Uncitral	United Nations Commission for International Trade Law
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund
USOC	United States Olympic Comité
VbV	Vergabeverordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistung
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
vol.	volumen
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz

Introducción

La corrupción sigue siendo uno de los principales problemas del Estado de derecho en el siglo XXI. Su incidencia reduce la eficacia de la inversión, aumenta el valor de los bienes y servicios, reduce la competitividad de las empresas, vulnera la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico y, sobre todo, condena a la miseria a quienes deben ser destinatarios de las políticas públicas. Sin embargo, la lucha que han realizado muchos gobiernos y funcionarios judiciales contra este fenómeno ha modificado sus formas de aparición, pues es cada vez menos frecuente la apropiación directa de los caudales públicos o la entrega de sobornos a los funcionarios, y se prefieren métodos mucho más sutiles como los sobrecostos, la subcontratación masiva o la constitución de complicadas sociedades, en las cuales tienen participación los funcionarios públicos o sus familiares.

De esta manera, la corrupción en la administración pública ha dejado de ser un fenómeno protagonizado únicamente por los funcionarios públicos, para convertirse en una compleja empresa constituida por algunos empresarios y políticos, en la cual, como en todo contrato de sociedades, los “socios capitalistas” financian las campañas políticas para recoger los dividendos representados en sobrecostos de los contratos públicos, que los funcionarios, como “socios industriales”, entregan a través de concesiones, subcontrataciones, revisiones de precios o adjudicaciones, a través de actuaciones administrativas con apariencia de total legalidad.

Lo sofisticado de la corrupción en la actualidad ha llegado hasta el punto que los funcionarios no reciben de manera directa los dividendos de su actuación ilícita; lo hacen a través de complejos grupos sociales donde, al final, no figuran como beneficiarios, sino que lo hacen a través de sus familiares o amigos. En otras ocasiones, la situación se hace aún más compleja, pues los beneficios se canalizan a través del conocido fenómeno de la *puerta giratoria*, en el cual cuando un funcionario sale de la administración pública pasa a ser parte del grupo o pasa a ser consultor de las empresas a las cuales benefició, fenómeno que desafortunadamente se ha extendido a todas las ramas del poder público.

Mientras tanto, nuestros funcionarios públicos honestos, esos que llevan varios lustros luchando en la Fiscalía, en la Contraloría o en la Procuraduría contra la corrupción, tienen que aplicar una normatividad contradictoria en la cual, para colocar algunos ejemplos, no se castiga como autor al particular que utiliza una influencia. Existen más de cuatro delitos aplicables a la desviación de intereses. Para la Corte Suprema de Justicia se castiga como autor a un particular *extraneus*; se tipifican dos conductas punibles, cuya existencia es incompatible en el derecho comparado, como la concusión y el tráfico de influencias; se consagra un delito, cuya existencia vulnera todas las garantías del Estado de derecho, como el enriquecimiento ilícito de funcionarios, y nadie sabe a qué se refirió la ley cuando habla de “requisitos legales esenciales” en la celebración indebida de contratos.

Esta vaguedad hace que en muchos eventos la lucha contra la corrupción quede diluida en el castigo de funcionarios que incurren en delitos que sancionan la mera imprudencia o la violación de requisitos legales, como el peculado culposo o la contratación indebida, situación que ha generado verdadero pánico entre los funcionarios públicos honestos, quienes saben que por un error se les pueden asignar las mismas penas de quienes se apropian de miles de millones de pesos del patrimonio público.

Lo peor es que mientras se persigue sin cuartel a muchos funcionarios imprudentes pero honestos, la corrupción más grave apenas si se ha comenzado a investigar: la variación de materiales, la estructuración amañada de los diseños de las obras, la modificación de los trazados y la subcontratación en cadena, lo cual permite que una multinacional se quede con más del cincuenta por ciento del valor de una obra sin colocar un sólo ladrillo. Esto se agrava cuando siquiera responden en caso de incumplimiento o cuando tampoco lo hacen algunas empresas aseguradoras, a las que se les pagan millones de dólares en pólizas de cumplimiento, para que luego se amparen en la corrupción para no cumplir.

Finalmente, salvo en algunos casos en los cuales la Fiscalía ha hecho un esfuerzo ejemplar, terminan los cinco funcionarios de siempre en la cárcel, sin que se indemnice un solo centavo, mientras los verdaderos beneficiarios de la

apropiación indebida se encuentran a miles de kilómetros del territorio nacional, intocables porque los ampara el poder de negociación de sus empresas.

Por otro lado, mientras los mecanismos para la defraudación del patrimonio público avanzan de forma veloz, algunas organizaciones extranjeras vienen promocionando un concepto de lucha contra la corrupción a través de argumentos utópicos de sociedades idílicas que sólo existen en los cuentos de hadas y que desconocen hipócritamente que para hacer una prevención medianamente efectiva de ese fenómeno debe reconocerse que psicológica y criminológicamente todos los individuos tienden a la corrupción y por ello la única forma de prevenirla es aumentar los mecanismos concretos de control del manejo de la gestión pública y del gasto público.

La corrupción se encuentra en todos los sectores de la administración, pero se desvía una mayor cantidad de recursos públicos en la contratación pública, por la magnitud del presupuesto que maneja y la complejidad de los sistemas económicos y jurídicos diseñados para regularla; por ello en este estudio se hace hincapié en ella al final de cada capítulo.

En el ámbito penal, más que realizar una única propuesta *lege ferenda*, que solamente contribuya al ya bastante fecundo derecho penal simbólico elaborado sobre la materia, consideramos que resulta más útil dar algunas opiniones críticas para la interpretación de los tipos penales ya existentes y buscar un sistema para delimitar los delitos aplicables a cada supuesto de corrupción, a través de un estudio de derecho comparado, en el cual se incluye el análisis de la legislación penal de Europa y Latinoamérica.

Este trabajo constituye la selección de los temas penales de mi tesis doctoral *Aproximación a la corrupción en la contratación pública*, defendida en la Universidad de Salamanca en febrero de 2008. Sin embargo, al estudio realizado en España he agregado la adaptación de los temas a Colombia, pues estos tienen una incidencia muy especial en nuestro país:

El *primer capítulo* tiene por objeto determinar el concepto de la corrupción y su estructura, que es el punto de partida para la construcción de la sistemática de todo el libro. Dicha sistemática se basa en un concepto complejo de corrupción compuesto de tres elementos: uno subjetivo, consistente en la desviación de intereses en la formación de voluntad de la administración pública; uno ad-

jetivo, constituido por el abuso de poder por medio de actuaciones administrativas (actos, contratos, operaciones y omisiones administrativas), y uno material, que concluye con la obtención de un beneficio extraposicional.

También se realiza inicialmente un breve análisis criminológico de la corrupción en la contratación pública, tomando como punto de partida las teorías de la elección racional, las actividades rutinarias, la criminalidad de cuello blanco, el aprendizaje social y la criminología crítica. Luego se estudian concretamente las principales causas y efectos de la corrupción, a partir de la sistemática propuesta en el primer capítulo, diferenciando aquellas que se presentan en cada uno de los elementos de la corrupción.

El *segundo capítulo* propone elaborar un concepto único del bien jurídico de la administración pública, válido para los ámbitos penal y administrativo, tomando como puente su orientación constitucional. Se estudian las diversas teorías elaboradas por la doctrina en Alemania, España e Italia para la interpretación del objeto tutelado por los delitos contra la administración pública. Por último, se estudian las consecuencias del estudio constitucional de la administración pública, como el reconocimiento de su carácter funcional, prestacional y orientado al cumplimiento de los principios de legalidad, objetividad, eficacia, servicio a los intereses generales y coordinación, como pilares para la elaboración de un concepto válido en todo el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, se estudian los problemas de legitimidad de la administración pública como bien jurídico colectivo, por ejemplo, su carácter inmaterial, su aparente tutela a través de delitos de peligro abstracto y su supuesta vaguedad. Para ello se analizan propuestas como la elaboración de bienes jurídicos intermedios, la determinación de su referente individual, el estudio de la imputación objetiva de su acción y la concreción de su objeto a través de los principios constitucionales de legalidad, objetividad y eficiencia.

En el *capítulo tercero* se analizan los delitos que desarrollan el aspecto interno de la corrupción en la contratación pública y se estudia su configuración según el contenido del interés del funcionario o particular: el interés indebido en la celebración de contrato y la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades como tipificación de la participación del funcionario público en la contratación a pesar de la existencia de un interés personal en este;

el cohecho y el soborno transnacional como tipificación de aquellos eventos en los que exista un interés ajeno a la administración pública, motivado en un soborno, y el tráfico de influencias como tipificación de aquellos supuestos de un interés ajeno a la administración pública que se desarrolla a través de que prevalezca una influencia.

En el *capítulo cuarto* se analizan los delitos que desarrollan el aspecto adjetivo de la corrupción, pero se pone el relieve en el prevaricato. También se estudian conductas punibles que sancionan específicamente la ilegalidad en los procesos de contratación pública, como la celebración de un contrato sin el cumplimiento de los requisitos esenciales en Colombia; la dispensa de la licitación y la obstrucción de los *registros cadastrais* en Brasil, y el otorgamiento, realización o contratación indebida de obras públicas en México.

En el *capítulo quinto* se estudian los delitos que desarrollan el aspecto material de la corrupción en la contratación pública, junto con su configuración según la forma como afectan patrimonio público y al sujeto que la ejecuta. Para ello se analizan la estafa como tipificación de la defraudación llevada a cabo por un particular, el peculado como sanción de la apropiación de bienes públicos por un servidor público y el abuso de confianza para aquellos eventos en los cuales los bienes apropiados tengan un carácter privado. En este capítulo se trata especialmente la posibilidad de aplicar el delito de estafa a aquellos eventos en los cuales el sujeto pasivo sea una administración pública y los delitos aplicables a la apropiación del anticipo.

También se analizan las formas de tipificación de la vulneración del patrimonio público en algunos países de Europa y Latinoamérica, haciendo hincapié en aquellas legislaciones en las cuales se consagra de forma particular la defraudación al Estado en los procesos de contratación pública, como sucede en Italia con la tipificación de los delitos de *turbata libertà dagli incanti, astensione dagli incanti, inadempimento di contratti di pubbliche forniture y frode nelle pubbliche forniture*. Igualmente se analiza de forma breve la problemática del delito de enriquecimiento ilícito en Latinoamérica.

Al final del capítulo se estudia la fórmula de tipificación de las principales tipologías de la obtención de un beneficio extraposicional (aspecto material de la corrupción) en el capítulo primero del libro, como la apropiación directa

de bienes relacionados con el objeto contractual, los sobrecostos de las obras, el engaño a la administración pública para la celebración del contrato y la expedición de facturas falsas.

Para terminar, expreso mi agradecimiento al doctor Alejandro Venegas Franco, por permitirme publicar este estudio a través de la Editorial de la Universidad del Rosario; a mi familia, por su constante ayuda; a mi padre, por ser el mejor maestro y ejemplo de honestidad y cumplimiento del deber; al doctor Jaime Lombana Villalba, por sus constantes enseñanzas y por su apoyo a la formación de una escuela de penalistas en la Universidad del Rosario; a mis tutores de tesis doctoral, los profesores doctores Eduardo Fabián Caparrós y Ricardo Rivero Ortega, por su apoyo en la Universidad de Salamanca; así como a todas las personas que me ayudaron en Salamanca y al profesor Julio Montañez Ruiz por su apoyo en la revisión y actualización de la bibliografía nacional.



La corrupción sigue siendo uno de los principales problemas del Estado de Derecho en el siglo XXI. Su incidencia reduce la eficacia de la inversión, aumenta el valor de los bienes y servicios, reduce la competitividad de las empresas, vulnera la confianza de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico y sobre todo condena a la miseria a quienes deben ser destinatarios de las políticas públicas.

Sin embargo, la lucha que han realizado muchos gobiernos y funcionarios judiciales contra este fenómeno ha modificado sus formas de aparición, pues es cada vez menos frecuente la apropiación directa de los caudales públicos o la entrega de sobornos a los funcionarios, prefiriéndose métodos mucho más sutiles como los sobrecostos, la subcontratación masiva o la constitución de complicadas sociedades, en las cuales tienen participación los funcionarios públicos o sus familiares.

Este libro constituye un esfuerzo por el estudio jurídico y criminológico de la corrupción y los delitos contra la Administración pública en Europa y Latinoamérica y reúne la selección de los temas penales más relevantes de la tesis doctoral del profesor Carlos Guillermo Castro Cuenca, denominada “Aproximación a la corrupción en la contratación pública” y defendida en la Universidad de Salamanca en febrero de 2008, con la cual obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Adicionalmente, al estudio realizado en Europa se ha agregado una adaptación de los temas en Colombia, haciéndose un estudio particular de los delitos contra la Administración pública relacionados con la corrupción, pues los mismos tienen una incidencia muy especial en nuestro país.

