

De la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal

Una primera aproximación

Marco Antonio Fonseca Ramos*

Resumen

El artículo 56 de la ley 80 de 1993 sería inconstitucional por contrariar los artículos 6º, 29 y 123 de la Constitución Política. El 6º, que establece la distinción entre la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos, y permite la identidad de dicha responsabilidad sólo en la medida que los particulares ejerzan funciones públicas, siempre y cuando tales funciones estén taxativamente determinadas así como sus obligaciones, pues sólo así deben responder por acción u omisión, como ocurre con los servidores públicos; el 123, que señala el deber del legislador de establecer el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas y que ha de contener los deberes, las faltas, las consecuencias y los procedimientos para su juzgamiento, y el 29, que consagra el principio de estricta legalidad en material penal señalado por Fernández y Ferrajolli, pues el artículo 56 no está dotado de las referencias empíricas verificables esenciales para la tipificación del delito, falencia que se aspira a demostrar con el tratamiento del tema de los particulares y las funciones públicas.

No se trata de liberar de responsabilidad penal a los particulares que delincan o cometan graves irregularidades y faltas en materia de contratación estatal sino de preservar la vigencia de la Constitución y los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por la Comunidad Jurídica Internacional, prioritarios y prevalentes aun frente al principio del interés general y del bien común en virtud de lo dispuesto en los artículos 1º, 2º, 93 y 94 de la Constitución. Se trata de exigir que el Congreso de la República cumpla fielmente su función de legislar en materias penales con estricta sujeción formal y material a la Constitución, con respeto del principio de estricta legalidad (nulla lex poenalis sine damno, sine actione... sine defensione), norma –al decir de Ferrajolli– dirigida al legislador acerca de la formación válida de las leyes penales, que necesariamente lo vincula.

Palabras claves: Contratos estatales, representabilidad penal.

Fecha de recepción: 7 de febrero del 2000

* Profesor de Introducción al Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica en la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte.

Abstrac

Article 56 of Law 80 of 1993, could be unconstitutional because of its opposing to articles 6, 29 and 123 of the Political Constitution. Article 6 establishes the distinction between the responsibility of the private persons and the public officers, and provides the identity of such responsibility only if the private persons exercise public functions, as long as those functions are restrictively determined as their obligations, because only in those events they can respond for action or omission, as it occurs to the public officers; article 123 points at the legislator's ought to establish the private persons regimen when they exercise public functions, and it must contain their obligations, faults, the consequences and the procedures for their judgment, and article 29 which consecrates the strict legality principle in penal matter pointed by Fernandez and Ferrajolli, because article 56 is not provided with the empirical essential verifying references in order to typify the crime, error that is pretended to be demonstrated with the treatment of the subject of the private persons and the public functions.

It is not about liberating the private persons who break the law or commit severe irregularities and faults in the state contracting from a penal responsibility but to preserve the Constitution in force and the fundamental rights recognized by the Constitution and by the Juridical International Community, that are to prevail even when faced to the general interest and common good principle do to what is established by articles 1, 2, 93 and 94 of the Constitution. What it is about is to demand to the Republic Congress the fulfillment of their legislation function on penal matters with a strict formal and material subjection to the Constitution, with respect to the principle of strict legality (*nulla lex poenalis sine dammo, sine actione ... sine defensione*), and the law—as said by Ferrajolli—directed to the legislator in order to make a valid formation of penal law, which necessarily bounds him.

Key words: State's contracting

El objeto de este artículo consiste en exponer algunos planteamientos iniciales alrededor del tema de la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación estatal, a lo sumo, algunas hipótesis de trabajo a partir de una preliminar comparación del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 con la Constitución Política, que implica el análisis de significado de la frase «se considerarán particulares que cumplen funciones públicas» utilizada en la citada

disposición legal. Es un ejercicio de confrontación de una norma legal con normas constitucionales que se ubica en el campo más amplio de la diferencia entre la responsabilidad de los particulares y de las autoridades; de la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas, y de la tipicidad, el principio de estricta legalidad penal, y en general de las garantías y los derechos fundamentales de los ciudadanos en materia penal. Es un planteamiento

miento en borrador y, por así decirlo, inicial¹, dada la magnitud y la trascendencia de los temas que incorpora, y las falencias intelectuales que reconoce el autor en los campos del derecho administrativo y del derecho penal. Es simplemente un ejercicio didáctico.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El artículo 56 de la Ley 80 de 1993, que trata sobre la responsabilidad penal de los particulares que intervienen en la contratación pública, determina que «Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esta materia señala la ley para los servidores públicos».

¹ El lector debe asumir que se trata de la presentación preliminar de un tema cuyo estudio e investigación inicia el expositor. Por ello encontrará extensas transcripciones de jurisprudencia de las altas cortes colombianas y de doctrinantes nacionales y extranjeros. A partir de ellas se va construyendo una hipótesis consistente en la inconstitucionalidad del artículo 56 de la Ley 80 de 1993. Es un ejemplo de la utilización de la doctrina y la jurisprudencia en la formación de un criterio jurídico en torno a una cuestión normativa, constitucional o legal. Pero un texto más elaborado implica la exposición y protagonismo principal de las ideas del autor sustentadas en dichos textos doctrinarios y jurisprudenciales, que simplemente actúan como sus auxiliares.

Respecto de esta disposición, Juan Pablo Cárdenas Mejía comenta lo siguiente:

El artículo 56 del proyecto establece que para efectos penales, el contratista, se considera un particular que cumple funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estará sujeto a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

Esta regla implica entonces que la ley asimila los contratistas a los servidores públicos para efectos de la aplicación de tipos penales.

En este punto surge la duda de a qué tipos penales se refiere el proyecto.

Existen dos interpretaciones posibles. La primera de ellas consiste en sostener que sólo se aplican los tipos previstos en materia contractual. La segunda lleva a concluir que deben aplicarse todos los tipos penales aplicables al servidor público en la medida en que ellos puedan presentarse en la actividad contractual.

A favor de la primera tesis podría señalarse que el artículo del proyecto señala que los particulares están sujetos a la responsabilidad que 'en esta materia' establece la ley para los servidores públicos. Como quiera que dicha 'materia' es el régimen contractual deben aplicarse solamente las

normas penales previstas para este efecto. Esta interpretación concordaría con el proyecto del Gobierno que se refería específicamente a los tipos penales previstos por el Código en materia contractual. De esta manera, el propósito de la ley consistiría en que el particular respondiera en caso de celebración de contratos con violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades o sin cumplir los requisitos esenciales. A este respecto conviene recordar que la exposición de motivos del proyecto señalaba:

«Respecto de los particulares contratistas, así como de los asesores, consultores e interventores que participan en los procesos contractuales, el proyecto señala que deberán responder civil y penalmente, por las conductas dolosas y culposas en que incurran en su actuar contractual, tales como participar en un proceso de selección a pesar de tener conocimiento de la inexistencia de autorizaciones para su ejecución, cuando suscriban el contrato no obstante conocer las circunstancias de inhabilidad e incompatibilidad en que se hallen incurso, cuando no adopten las medidas o decisiones necesarias para iniciar el contrato en la época prevista o pactada, por obstaculizar las labores o actividades de vigilancia del contrato, así como cuando entreguen bienes o presten servicios de calidad o especificaciones diferentes, o cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente

bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, entre otros casos (Art. 26)»².

En realidad si para efectos de someter al particular al régimen penal del servidor público la norma parte de la base de que se considera que el mismo cumple funciones públicas, es porque dicha responsabilidad sólo debe aplicarse cuando el servidor actúa por cuenta de la administración.

A lo anterior se agrega que si los tipos penales en los cuales el sujeto activo es el servidor público están dirigidos a proteger el desarrollo de un cargo o una función pública y por ello la actuación de la administración, no puede concluirse que la actuación que realiza el contratista desde un punto de vista puramente privado puede dar lugar a que se configuren tales hechos punibles.

Finalmente dicha norma debe interpretarse en concordancia con el Código Penal, el cual considera servidor público a cualquier persona que ejerza función pública (artículo 63). De esta manera, el estatuto de contratación aclara que entre las personas que cumplen funciones públicas están los contratistas del Estado.

² CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «La responsabilidad del servidor público en el Nuevo Estatuto de Contratación». En: *Comentarios al nuevo régimen de contratación administrativa*. Bogotá, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1994, p. 241-242.

De esta manera, cuando la ley establece la regla de que el contratista se asimila al servidor público para efectos penales, debe entenderse que ello opera en cuanto a las actuaciones que deba desarrollar por cuenta de la administración en desarrollo del contrato.

De esta manera, el contratista podría incurrir en peculado cuando se apropie de bienes del Estado o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes de particulares cuya administración o custodia se le hayan confiado por razón del contrato³.

Y más adelante se pregunta:

Ahora bien, ¿qué sucede con los tipos penales previstos por los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal?

En relación con el primer artículo, si se aplicara la segunda interpretación a que se ha hecho referencia, habría que concluir que el contratista sólo incurre en dicha responsabilidad cuando él actúa por cuenta de la administración en otro proceso contractual y por ello permite que se tramite un contrato sin que se cumplan los requisitos esenciales o se interesa en dicho contrato con un fin distinto al que debe motivar su actuación por cuenta de la administración.

Una conclusión distinta surge de la primera interpretación, de acuerdo con el cual el contratista

incurrirá en el tipo penal previsto en el artículo 144 del Código Penal cuando contrata violando el régimen de incompatibilidades o inhabilidades. De la misma manera, el contratista incurrirá en el tipo penal previsto por el artículo 145 del Código Penal cuando tramita un contrato sin los requisitos esenciales⁴.

De manera resumida se advierte que la cuestión consiste en determinar si el hecho de ser contratista del Estado implica, por sí solo, el cumplimiento de funciones públicas. Incluso no sería requisito ser contratista sino simplemente aspirar a serlo para desempeñar funciones públicas en esa etapa precontractual, como que, según la misma exposición de motivos citada por Cárdenas, se buscaba incluso penalizar a quienes formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato, caso en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26, numeral 6º de la Ley 80 de 1993, responderán los contratistas.

Siendo elemental afirmar, tal como lo señala Cárdenas, que la responsabilidad penal se deduce al contratista por cumplir funciones públicas, la presentación de la propuesta y la suscripción del contrato constituirían funciones públicas aunque el contratista no actúe en tales eventos a nombre o por cuenta de la

³ *Ibid.*, p. 243-244.

⁴ *Ibid.*, p. 245.

Administración sino a nombre y por cuenta propia, es decir, a su propio nombre como particular; circunstancia en que, por sustracción de materia, no podría pensarse en el cumplimiento o ejercicio de funciones públicas, si para ello se requiere, evidentemente, actuar para la Administración y en desarrollo de las actividades de ésta, se hace necesario, entonces, responder esta pregunta: ¿es razonable sostener que se pueden cumplir y ejercer funciones públicas sin actuar por o para la Administración?

La búsqueda de la respuesta empieza por establecer el significado, contenido y alcance jurídico del concepto «funciones públicas», a lo que nos aplicaremos a continuación.

2. FUNCIÓN PÚBLICA Y FUNCIONES PÚBLICAS

Para Diego León Céspedes, la función pública «es la actividad del Estado hacia el fin último para el cual ha sido creado», y agrega que «la función pública debe entenderse primariamente, como el medio vinculante entre el poder y el fin del Estado». Concluye que «la función pública es el conjunto de actividades jurídicas de los encargados del ejercicio del poder tendientes a la realización del objetivo final del Estado»⁵.

Según García-Herreros, «la doctri-

na suele entender por 'función pública' el ejercicio que de la actividad del Estado hacen las personas, y así, se predica de quienes actúan a nombre del Estado que 'ejercen funciones públicas'. Por extensión, el término ha llegado a significar 'el régimen aplicable al personal que labora para la administración pública', es decir, a la relación laboral que existe entre la administración y sus servidores, tanto que en Colombia se ha designado con el nombre de Departamento Administrativo de la Función Pública el encargado de orientar y vigilar esa relación»⁶.

Penagos explica que «la función pública forma parte de la esencia del propio Estado, pues sólo él puede desarrollarla directamente. Dice el profesor García Trevijano Fos: 'Aún aceptando un criterio pluralista, tanto social como jurídico, hemos de considerar que tales funciones forman parte de la esencia estatal, y únicamente el grupo soberano, es decir el Estado, las asume y las ejerce directamente'»⁷. Penagos se pregunta qué quiere decir «función pública», y contesta así: «es ilustrativa la idea que de función pública expone el Profesor Manuel María Díez, al enseñar: 'La palabra función deriva etimológicamente de la voz latina *functio*, perteneciente a la misma raíz del verbo *fungor-fungi*, que quiere decir cumplir, ejecutar,

⁶ GARCÍA-HERREROS, Orlando. *Manual de Administración Pública*. Bogotá, Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1995, p. 205.

⁷ PENAGOS, Gustavo. *Curso de Derecho Administrativo*. T. II. 2ª ed. Parte especial aumentada y actualizada. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1989, p. 401.

⁵ LEÓN CÉSPEDES, Diego. *Teoría de la Administración Pública*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 1998, p. 23-24.

desempeñar'. Etimológicamente, entonces, función es cumplimiento, ejecución, desempeño». Y continúa: «La función es, entonces, un concepto evidentemente dinámico, que lleva la idea de vida, de movimiento, de actividad. Por eso podría decirse que función es toda actividad ejercida por un órgano para la realización de determinado fin». Sigue afirmando que «como la idea de función implica una actividad que está referida a los órganos del Estado, la función es pública o estatal. El estado reconoce tres funciones, la administrativa, la legislativa y la judicial, de acuerdo con la distribución que preceptúa el ordenamiento jurídico». Luego señala que «la función pública se estudia en el derecho administrativo con relación al funcionario público y no con referencia a la institución»⁸ También enseña que «para estudiar la estructura de la función pública en Colombia, se impone examinar las atribuciones de los organismos que tienen competencia bien sea para expedir las normas que enmarcan la función, así, como los 'entes' que asesoran o capacitan el personal encargado o titular de la función»⁹.

De lo anterior resultaría que la función pública, como institución, es la actividad del Estado que necesariamente obra a través de particulares. Es toda y cualquier actividad del Estado, no sólo aquella que éste debe ejercer únicamente a través de servidores públicos como, por ejemplo, hacer las leyes o reglamentarlas

(funciones que el Congreso o el Gobierno no pueden delegar en particulares), sino otras actividades de su esencia, como la administración de justicia, que igualmente pueden ejercer los particulares en los términos de la Constitución y la ley, como el caso de los árbitros, de los conciliadores y de los jueces de paz, en los términos de los artículos 116 y 246 de la Constitución Política; e incluso otras que puede delegar en particulares o que los mismos particulares pueden desarrollar dentro de su propia órbita de actividad privada, como puede ser el caso de las actividades de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con mayoritaria participación estatal. Pero sólo habrá función pública, y esto es la nota esencial, si es actividad del Estado o por cuenta de éste. Y cuando hablamos de actividad por cuenta del Estado, nos estamos refiriendo a toda actividad en cuyo desarrollo se pueda derivar contra el Estado responsabilidad patrimonial aunque haya sido ejecutada por particulares que no ostenten la calidad de servidores públicos, pero sí cumplan funciones públicas.¹⁰

¹⁰ Para GARCÍA-HERREROS, la figura de los particulares que son llamados eventualmente a ejercer funciones públicas se produce especialmente, entre otros casos, «Con los contratistas independientes de la administración, que no tienen con ella vinculación laboral alguna, pero que, sin embargo, pueden comprometer su responsabilidad» (ob. cit., p. 214. Las negrillas son del texto. Según este autor, sólo habría función pública del contratista si con su actuación compromete la responsabilidad de la Admi-

⁸ *Ibid.*, p. 406.

⁹ *Ibid.*, p. 434.

Por otra parte, siendo el Estado como persona jurídica una ficción legal, siempre ha de actuar a través de particulares, y por ello la función pública se refiere igualmente a la relación del Estado con los particulares que actúan en su nombre.

Pasemos, entonces, de la función pública a las funciones públicas. Las funciones públicas son las actividades que deben y pueden desarrollar los particulares a nombre del Estado o por éste, o de las cuales puede derivarse responsabilidad al Estado y que, por su naturaleza, realizan la función pública, entendida como actividad del Estado. Si se habla de las funciones de los diferentes órganos del Estado, se hace relación a la función pública. Así, *«los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines»* (art. 113 C.P.).

Esas funciones separadas a que se refiere la antes citada disposición constitucional conforman la función pública de cada una de las ramas del poder público. La función pública del Congreso es hacer las leyes y ejercer control político sobre el gobierno y la administración (art. 114 C.P.); la del presidente de la República, como órgano, es ser jefe del Estado, jefe de Gobierno y suprema autoridad administrativa (art.

115 C.P.); la de los órganos que conforman la rama judicial es administrar justicia (art. 116 C.P.); la del Ministerio Público es la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas (arts. 117 y 118 C.P.); la de la Contraloría General de la República es la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (art. 119 C.P.); la de la Organización Electoral es, como su nombre lo indica, la organización de las elecciones, su dirección y vigilancia, así como lo relativo a la identidad de las personas (art. 120 C.P.); la del Banco de la República es ejercer las funciones de banca central: regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito, y servir como agente fiscal del gobierno (art. 371 C.N).

Estas partes de la función pública a cargo de las distintas ramas y órganos del poder público, que son las actividades del Estado, son ejercidas por dichos órganos por conducto de las autoridades, que son particulares que ostentan la calidad de servidores públicos, y de otros particulares que sin ser servidores públicos ejercen funciones públicas¹¹. El artículo 121 de la Constitu-

nistración, lo que sólo acontece cuando se entiende que la actividad del contratista es Actividad de la Administración).

¹¹ De los artículos 121, 122 y 123 de la

ción Política determina que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones (léase «funciones públicas») distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. Además, no habrá empleo público que no tenga funciones (léase «funciones públicas») detalladas en la ley o reglamento (art. 122 C.P.) y la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (art. 123 C.P.).

Característica esencial de las funciones públicas es que en la actividad desarrollada por el servidor público o por el particular se actúa por la Administración, no por sí mismo o para sí mismo o para otra persona natural o jurídica distinta de la Administración. El Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda ha señalado: *«Reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia han dejado establecido que cuando los servicios que presta el Estado, en ejercicio de las funciones que le son propias, a través de personas u órganos privados, mediante contratación, se entiende que la labor la ha hecho la propia administración, sin que ello sea óbice para derivar, de proceder irregulares, responsabilidad extracontractual como la que se pretende en este*

Constitución Política resultaría que por «autoridades» ha de entenderse solamente a los servidores públicos, por lo que un particular no sería autoridad aunque ejerciera funciones públicas. En tanto que en virtud del artículo 1 del C.C.A., las entidades públicas y las entidades privadas se denominan genéricamente como «autoridades».

caso»¹², con base en la siguiente jurisprudencia del Consejo de Estado:

Cuando la administración contrata la ejecución de una obra pública es como si la ejecutara directamente. Es ella la dueña de la obra; su pago afecta siempre el patrimonio estatal y su realización obedece siempre a razones de servicio y de interés general.

El hecho de que no la ejecute con personal vinculado a su servicio obedece, las más de las veces, a insuficiencia o incapacidad técnica de su propio personal o a falta de equipo adecuado. Por tal razón la administración, sin que por eso pierda la actividad el carácter de pública, debe acudir a la colaboración de los particulares para el cumplimiento de ciertos cometidos de servicio.

La colaboración en el caso de obra pública no le quita el carácter de público al trabajo así ejecutado. Esa colaboración por participación cuando es voluntaria, caso del contratante de la administración cuya actividad tienda a la prestación o ejecución de

¹² TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE RISARALDA. Magistrado ponente: Dr. Leonel Zapata Parra. Sentencia de fecha 30 de junio de 1995. Acción de reparación directa de Joaquín Emilio Albán y otros contra la Caja de Seguridad Social del departamento de Risaralda, por el hecho de la muerte de su padre en las instalaciones de la «Clínica Risaralda», sociedad privada con la cual la entidad pública demandada había celebrado contrato para la prestación de servicios médicos asistenciales a sus afiliados.

un servicio público, hace a este particular partícipe ocasional de la función pública no en calidad de agente o funcionario, sino como un órgano más de la gestión estatal. En otros términos: el contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay aquí una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responde en forma indirecta por el hecho del contratista. No, la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público.¹³

Así, sólo hay ejercicio de funciones públicas cuando se entiende que la labor la ha hecho la propia Administración, o sea, cuando se entiende que es la misma Administración la que actúa. En otras palabras, sólo cuando hay actuación de la Administración hay ejercicio de funciones públicas a cargo de particulares o de servidores públicos. En este sentido, tanto la jurisprudencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda como del Consejo de Estado se identifican con la postura de Cárdenas, transcrita al comienzo de este trabajo: dado que el ejercicio de funciones

¹³ CONSEJO DE ESTADO. Consejero ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia de 30 de junio de 1992. Expediente N° 6019, actor: Blas Fernando Hernández García y otros (Tomado de la sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda antes citada).

públicas entraña actividad de la Administración, la responsabilidad penal, en materia de contratación estatal, sólo debe aplicarse cuando el servidor actúa por cuenta de la Administración; la actuación que realiza el contratista desde un punto de vista puramente privado no puede dar lugar a que se configuren hechos punibles propios de los servidores públicos; la responsabilidad penal del artículo 56 de la Ley 80 de 1993 sólo opera en cuanto a las actuaciones que deba realizar el particular en desarrollo del contrato; el contratista sólo incurre en dicha responsabilidad cuando actúa por cuenta de la Administración en otro proceso contractual. El contratista no incurre en tal responsabilidad penal cuando su actividad no se entiende de la Administración sino sólo del particular, a nombre propio o en representación de una persona jurídica de derecho privado, como es el caso de la formulación de propuestas en las licitaciones o en la celebración y suscripción de contratos, eventos en los cuales, por la misma naturaleza de las cosas, y por los mismos efectos de los actos, bajo ningún punto de vista se puede entender que está actuando la Administración por intermedio del contratista, sino que tal particular obra afectando únicamente su propia órbita patrimonial como oferente o como contratista, como la otra parte distinta de la Administración. No puede haber aquí ejercicio de función pública, salvo que se admitiese el absurdo de que el particular actúa para sí mismo

y además, y simultáneamente, por la Administración, y que como consecuencia necesaria de tamaño disparate pudiese concluirse que la Administración en estos casos actúa no solamente por conducto del servidor público que la representa sino al mismo tiempo por conducto del particular con quien contrata.

Que el acto de celebración de un contrato con una entidad estatal constituye ejercicio de funciones públicas para el servidor público que contrata a nombre de la Administración y no para el particular que obra afectando su exclusiva órbita privada, se deduce, igualmente, de lo expresado por la Corte Constitucional en su sentencia C-154/97:

Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selec-

ción objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa, ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la entidad estatal¹⁴.

La celebración de contratos constituye una actividad propia de la función administrativa del Estado y su celebración, por lo mismo, implica ejercicio de funciones administrativas de la autoridad administrativa que contrata dependiendo de las necesidades del servicio. El objeto del contrato puede comprender el ejercicio de funciones públicas para el contratista. Luego la celebración del contrato no es para el contratista ejercicio de funciones públicas sino, a lo sumo, su posterior ejecución.

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-154/97. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara.

3. FUNCIONES PÚBLICAS Y FUNCIONES ADMINISTRATIVAS

La anterior conclusión se refuerza al tratar el concepto de «funciones administrativas». En opinión de Herrera Vergara, «una de las causas que generó la crisis del servicio público fue la presencia de particulares en su prestación, en la medida en que se consideraba que ésta era una actividad exclusiva del Estado». Explica que «no obstante existir casos particulares (cámaras de comercio, Federación Nacional de Cafeteros) mediante los cuales algunos particulares venían desempeñándose en el ejercicio de funciones públicas, y específicamente en la prestación de servicios de esta naturaleza, mediante el decreto 01 de 1984 se definió que cuando éstos cumplieran funciones administrativas, se les aplicarían las normas de dicho código», y concluye: «Para tal efecto se entiende por 'función administrativa' la actividad desempeñada por una autoridad, es decir, por cualquier entidad de derecho público o particular, encaminada al cumplimiento de los cometidos estatales, la garantía efectiva de los derechos y libertades reconocidos por la ley o la satisfacción de las necesidades públicas»¹⁵.

Por su parte, Vidal Perdomo al tratar sobre la función administrativa como ejecución de la ley señala que «esa ejecución de la ley se hace

corrientemente por la expedición de normas de desarrollo de la misma, la celebración de contratos, el nombramiento de funcionarios, la organización de dependencias administrativas y la movilización de fondos públicos para la atención de los servicios o necesidades contemplados en las leyes»¹⁶. También explica que «La administración actúa no solamente por medio de órdenes o imposiciones a los ciudadanos, sino mediante convenios en que se obliga en la misma forma en que lo hacen los particulares: son los contratos de la administración»¹⁷.

Diego León Céspedes señala que «es al través de la función administrativa mediante la cual la actividad estatal tiene plena efectividad. Es por medio de esta función, mediante la cual la actividad teleológica de la administración se concreta más claramente»¹⁸.

Rodríguez indica que «de las tres funciones atribuidas al Estado moderno —la legislativa, jurisdiccional y ejecutiva o administradora—, al Ejecutivo corresponde básicamente ejercitar la función administrativa», la cual «se caracteriza por el carácter ejecutor de la ley, expidiendo actos y operaciones administrativas y realizando operaciones materiales. Es, pues, práctica, concreta, continua, ejecutoria de la normatividad jurídica». Y agrega: «La Administración Pública es entendida, entonces, como

¹⁵ HERRERA ROBLES, Aleksey. *Hacienda Pública*. Barranquilla, Ediciones Uninorte, 1999, p. 84-85. Colección Jurídica.

¹⁶ VIDAL PERDOMO, Jaime. *Derecho Administrativo*. 9ª ed. Bogotá, Temis, 1987, p. 243.

¹⁷ *Ibid.*, p. 313.

¹⁸ LEÓN CÉSPEDES, ob. cit., p. 25.

una gran empresa autónoma de naturaleza jurídica, creada en interés de la sociedad política, adscrita a la rama ejecutiva del poder público, cuyos órganos en sus diferentes grados desarrollan una actividad concreta, práctica, directa, regular y continua, en ejercicio de los cometidos a cargo de Estado señalados en la Constitución y en la ley»¹⁹.

Si la función administrativa es una actividad desempeñada por la autoridad; si los particulares, para los efectos del Código Contencioso Administrativo, quedan comprendidos dentro del concepto genérico de «autoridades», es evidente que las funciones administrativas que desarrollan éstos últimos son actividad de la Administración; funciones administrativas que constituyen la especie principal de las funciones públicas en lo que hace a la órbita de acción de la rama ejecutiva del poder público en su área central y en la descentralizada territorialmente y por servicios; función administrativa que se desarrolla a través de la celebración de contratos y la realización de operaciones materiales. Precisamente en defensa de la Administración Pública, como órgano, y del debido ejercicio de las funciones administrativas, se han establecidos los poderes disciplinarios y penales del Estado para imponer a los servidores públicos y a los particulares que ejerzan funciones administrativas san-

¹⁹ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. *Derecho Administrativo Disciplinario*. 2ª ed. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1989, p. 3.

ciones disciplinarias y penas, respecto de estos últimos, los particulares, en la medida en que, se repite hasta la saciedad, efectivamente ejerzan funciones públicas, o sea, actúen por o para la Administración o, con mayor fuerza conceptual y semántica, EJERZAN LA ADMINISTRACIÓN.

Por eso, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en el caso de los delitos contra la Administración Pública, y en lo que hace al bien jurídicamente tutelado o protegido en esta clase de delitos, «no se tutela directamente la libertad de opinión, la igualdad, el derecho al sufragio, la autodeterminación o cualquier otro privilegio radicado en los individuos, sino que se protege de manera inmediata el ejercicio debido o correcto de la administración, con el fin de que los primeros bienes mencionados puedan ser reales y efectivos»²⁰.

Una clase de delitos contra la Administración Pública son los relacionados con la celebración indebida de contratos del capítulo IV del Título III del Código Penal, concretamente la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades (art. 144); el de interés ilícito en la celebración de contratos (art. 145), y la tramitación de contrato

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Sentencia 13922 de mayo 19 de 1999. Magistrado ponente: Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. (Tomado de *Régimen Penal Colombiano*, Legis, jurisprudencia sobre el artículo 133 del Código Penal).

sin observancia de los requisitos legales esenciales o su celebración o liquidación sin verificar el cumplimiento de los mismos (art. 146), cuyas penas fueron aumentadas por el artículo 57 de la Ley 80 de 1993.

Todos estamos de acuerdo, como lo observa Cárdenas, que la aplicación de estos tipos penales a los particulares señalados en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 es porque la norma considera que cumplen funciones públicas, y precisamente el ejercicio de dichas funciones por tales particulares es lo que legitima que reciban un tratamiento penal igual al de los servidores públicos; y, de manera ligera, por decir lo menos, se ha asumido, por ejemplo, que en virtud de la redacción de la citada norma legal, el simple acto del particular de suscribir un contrato en su propio nombre con la Administración constituye, en sí mismo, el ejercicio de funciones públicas, lo que ha quedado desvirtuado, pues sólo se ejercen funciones públicas cuando se actúa por o para la Administración y cuando dicha actuación la puede hacer responsable, lo que obviamente no acontece ni con el acto del particular de presentar propuestas en su propio nombre ni con el acto del particular de suscribir en su propio nombre un contrato con la Administración, pues en estos casos no hay, por parte del particular, un ejercicio de la Administración que pueda ser calificado como debido o indebido.

4. LA TIPIFICACIÓN DEL DELITO. *EL CASO DEL PARTICULAR QUE SUSCRIBE UN CONTRATO, EN SU PROPIO NOMBRE, CON LA ADMINISTRACIÓN. ¿ESTÁ TIPIFICADO EL DELITO DE SUSCRIBIR A TÍTULO PARTICULAR UN CONTRATO CON LA ADMINISTRACIÓN?*

De todo lo anterior se desprende que los particulares señalados en el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 para efectos penales estarán sujetos a la misma responsabilidad de los servidores públicos, sí y sólo si en la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales cumplen funciones públicas, y que la firma y celebración que realice el particular en su propio nombre del contrato principal, por así decirlo (contratista), de prestación de servicios (asesor), de interventoría (interventor), de consultoría (consultor), no constituye ejercicio de funciones públicas por no implicar, para el particular, ejercicio de la Administración.

Toca ahora, y como ejemplo para la exposición, preguntarse si, suponiendo que la afirmación del párrafo anterior es incorrecta, está tipificado como delito el acto de suscribir, como particular, un contrato con entidades estatales sin verificar este particular el cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Una respuesta afirmativa implica

admitir que existe el deber jurídico del particular de verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales, que es función del servidor público o, en otras palabras, admitir que, en materia de contratación con entidades estatales, es obligación del particular cumplir con la misma función del servidor público, consistente en verificar el cumplimiento y observancia de los citados requisitos legales esenciales. Finalmente, y en otras palabras, aunque parezca en extremo redundante, implica admitir que la celebración de un contrato con entidades estatales constituye ejercicio de funciones públicas, tanto para el servidor público que lo suscribe a nombre de la Administración como para el particular que lo suscribe en su propio nombre, lo cual se constituye en una excepción a la regla general de que el ejercicio de las funciones públicas implica actuación por o para la Administración.

No dudamos que el propósito de legislador se dirige a tal tipificación. Ello aparecería no sólo en la redacción misma de la norma sino en la exposición de motivos citada por Cárdenas. Pero, ¿dicho propósito se logró? El análisis se hace a continuación.

4.1. Los artículos 6° y 123 de la Constitución Política y la responsabilidad de los particulares que ejercen funciones públicas

Dispone el artículo 6° de la Constitu-

ción Política que *«los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones»*. Y en su último inciso, el artículo 123 establece que *«la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio»*

Cualquier lector atento de estas dos disposiciones, abogado o no, establece dos aspectos. El primero, que la responsabilidad de los servidores públicos es más amplia que la de los particulares, pues éstos sólo responden por infringir la Constitución y las leyes, en tanto que aquéllos también responden por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Lo segundo, que una ley es la que determina el régimen aplicable a los particulares que desempeñen funciones públicas.

Ahora bien: el lector que sea abogado podrá establecer adicionalmente y de manera elemental lo siguiente: a) que las funciones a que se refiere el artículo 6° de la Constitución Política son funciones públicas; b) que por regla general los particulares no ejercen funciones públicas; c) que no obstante lo anterior, los particulares pueden temporalmente ejercer funciones públicas, de conformidad con el régimen y regulación que establezca la ley; d) que los particulares que ejerzan funciones públicas también responderán,

como los servidores públicos, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con el régimen que determine la ley, y e) que dicho régimen deberá establecer las funciones públicas que transitoriamente pueden ejercer los particulares y determinar sus deberes, prohibiciones, limitaciones, incompatibilidades e inhabilidades.

4.2. Derecho disciplinario y particulares que ejercen funciones públicas

En sentencia C-280/96 expresó la Corte Constitucional:

No son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos, por lo cual son contrarias a la Carta las referencias a los contratos de prestación de servicios contenidas en las expresiones acusadas de los artículos 29 y 32 del CUD. Lo anterior no significa que frente a estos contratistas la Administración esté desprovista de instrumentos jurídicos para garantizar el cumplimiento de los objetivos estatales, pues para ello cuenta con las posibilidades que le brinda la ley de contratación administrativa, pero lo que no se ajusta a la Carta es que a estos contratistas se les aplique la ley disciplinaria, que la Constitución ha reservado a los servidores públicos, por cuanto el fundamento de las

*obligaciones es distinto*²¹.

La anterior jurisprudencia fue ratificada por la misma Corte Constitucional en sentencia C-286/96:

Estímase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación.

Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejercen funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas. Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-280/96 del 25 de junio de 1996. Magistrado ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales pre-determinadas o al derecho de defensa.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos.

La constitucionalidad de las correspondientes disposiciones habrá de verificarse en su momento, por lo cual no resulta ni se desprende de la que ahora se declara.²²

Izasa, refiriéndose a la sentencia citada, señala que «aunque el alcance de este fallo no se ha dimensionado en sus verdaderas proporciones, creemos urgente una acción legislativa tendiente a cubrir el vacío ocasionado por la Corte Constitucional, en cuanto a que el alcance de la expresión 'particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria' fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, y de manera alguna implica una norma abierta que los someta a un régimen disciplinario aún no expedido para ellos».²³

Se ha incluido este aspecto relativo al derecho disciplinario para demostrar que de ninguna manera los particulares que ejercen funciones públicas pueden ser absolutamente asimilados a los servidores públicos, y por ello la Constitución determina que a la ley corresponderá establecer su régimen y sus regulaciones, en desarrollo del principio de legalidad en materia disciplinaria y, con mayor razón, en materia penal. Como dice la Corte Constitucional, «la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga... [a los particulares] a la expectativa de posibles

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-286/96 del 27 de junio de 1996. Magistrado ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

²³ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. *Derecho Disciplinario. Parte General*. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 112.

procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa». Lo anterior, se repite, se puede predicar con mayor fuerza y razón en el caso del derecho penal: la incorporación de los contratistas como particulares que temporalmente, y en desarrollo y ejecución del contrato, ejerzan funciones públicas no representa, ni puede representar, una norma abierta que de modo automático los exponga a la expectativa de posibles procesos y sanciones por delitos tipificados para los servidores públicos, tal como lo pretende el artículo 56 de la Ley 80 de 1993.

4.3. El artículo 56 de la Ley 80 de 1993 frente a la Constitución. *El principio de legalidad*

Dice Fernández Carrasquilla que «prácticamente en todo el mundo se encuentra hoy mal realizado el principio de determinación del delito (y a veces también el de determinación legal de la pena), permaneciendo en discusión la inconstitucionalidad de los llamados 'tipos abiertos' y aún la de los 'tipos indeterminados', que —como Welzel señalaba— representan en la actualidad el mayor peligro contra las garantías penales (Welzel, 1970, 40; Soler, 1956, 222283), pues el tipo vago elude la cláusula de reserva legal ínsita en el principio de legalidad del delito y de la pena, y en cierta forma y medida desplaza hacia el criterio subjetivo del juez —desde luego manipulable ideológicamente— la competencia para precisar la materia de lo prohibido bajo pena criminal»²⁴.

El principio de determinación del delito a que se refiere Fernández forma parte del principio de legalidad mencionado por la Corte Constitucional en los párrafos anteriormente transcritos. Ferrajolli, por su parte, analiza a fondo la diferencia entre el principio de mera legalidad (legalidad lata) y el principio de estricta legalidad. Para este autor, «mientras el principio de mera legalidad, al enunciar las condiciones de existencia o vigencia de cualquier norma jurídica, es un principio general del derecho público, el principio de estricta legalidad, en el sentido en que se le ha asociado hasta el momento de metanorma que condiciona la validez de las leyes vigentes a la taxatividad de sus contenidos y a la decidibilidad de la verdad jurídica de sus aplicaciones, es una garantía que se refiere sólo al derecho penal. En efecto, sólo la ley penal, en la medida en que incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma no sólo las formas, sino también, a través de la verdad jurídica exigida a las motivaciones judiciales, la sustancia o los contenidos de los actos que la aplican. Esta es la garantía estructural que diferencia al derecho penal en el estado de 'derecho' del derecho penal de los estados simplemente 'legales', en los que el legislador es omnipotente y por tanto son válidas todas las leyes vigentes sin ningún límite sustancial a la primacía de la ley»²⁵. Y

²⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. *Concepto y límites del Derecho Penal*. Bogotá, Temis, 1992, p. 106.

²⁵ FERRAJOLLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1997, p. 379.

más adelante agrega: «El principio de estricta legalidad, que exige además que la ley penal esté dotada de referencias empíricas para que sea posible su aplicación en proposiciones verificables, presupone por el contrario todas las demás garantías –las penales (o sustanciales) de la materialidad de la acción, la lesividad del resultado y la culpabilidad, y las procesales (o instrumentales) de la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho de defensa–, a falta de las cuales no puede quedar satisfecho. Y a través de la misma forma lógica de uno y otro principio se comprende la diferente función que atribuyen a la ley: condicionante, en razón del principio de mera legalidad (nulla poena, nullum crimen sine lege), que es, en efecto, una norma dirigida a los jueces acerca de las leyes vigentes a las que están sujetos; condicionada, en razón del principio de estricta legalidad (nulla lex poenalis sine damno, sine actione... sine defensione), que es por el contrario, una norma dirigida al legislador acerca de la formación válida de las leyes penales. La ley, en otras palabras, si bien es exigida en cualquier caso para la configuración del delito en virtud del primer principio, exige a su vez, en virtud del segundo, una técnica legislativa específica para la válida configuración legal de los elementos constitutivos del delito. Diremos, por tanto, para expresar conjuntamente los dos principios: nulla poena, nullum crimen sine lege válida»²⁶. Luego, en relación con la prohibición de la analogía en materia penal señala que

«[...] el uso por parte de la ley, en contraposición con el principio de estricta legalidad, de fórmulas elásticas o carentes de denotación determinada permite la que se ha llamado ‘analogía anticipada’, para subrayar «el deber de interpretación restrictiva y la prohibición de interpretación extensiva de las leyes penales. ‘No está permitido extender las leyes penales’, escribió Francis Bacon, ‘a delitos no contemplados expresamente’; y ‘es cruel atormentar el texto de las leyes para que éstas atormenten a los ciudadanos’»²⁷.

En mi opinión, el caso del artículo 20 de la Ley 200 de 1995, por la cual se adopta el Código Disciplinario, desde el punto de vista constitucional es idéntico al del artículo 56 de la Ley 80 de 1993, por la cual se adopta el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aunque las características de este último son de mayor gravedad y connotación que las del primero, pues se refiere al campo del derecho penal, en tanto que aquél se limita al ámbito del derecho disciplinario.

Según el artículo 20 de la Ley 200 de 1995, el Código Único Disciplinario se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria. La Corte declara la exequibilidad de la norma pero advierte que ella, por ser una norma abierta, no tiene la virtud de sujetar automáticamente a tales particulares al poder disciplinario, sino

²⁶ FERRAJOLLI, ob. cit., p. 380.

²⁷ FERRAJOLLI, ob. cit., p. 382.

que corresponde al legislador establecer el régimen correspondiente, consagrar las faltas que puedan imputarse, establecer las reglas procesales y las pertinentes sanciones, pues a estos particulares, con base en el artículo 20 citado, «no se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos», por lo cual surge, entonces, el vacío que advierte Isaza que sólo puede llenar el Congreso mediante la expedición de la correspondiente ley.

Según el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, la ley penal en materia de contratación estatal se aplica a los contratistas. Esta es una norma abierta que no tiene la virtud de sujetar a los particulares a dicha normativa penal, que no les traslada en bloque a los particulares el régimen penal de los servidores públicos en materia contractual, por lo cual se requiere, entonces, una ley del Congreso que tipifique taxativamente los delitos que pueden cometer los particulares en todo lo concerniente. Pero además esta ley, en mi modesta opinión, es inconstitucional por contrariar los artículos 6°, 29 y 123 de la Constitución Política. El 6°, que establece la distinción entre la responsabilidad de los particulares y de los servidores públicos, y permite la identidad de dicha responsabilidad sólo en la medida que los particulares ejerzan funciones públicas, siempre y cuando tales funciones estén taxativamente determinadas así como sus obligaciones, pues sólo así deben responder por acción u omisión, como ocurre con los servidores públi-

cos. El 123, que señala el deber del legislador de establecer el régimen de los particulares que ejercen funciones públicas y que debe contener los deberes, las faltas, las consecuencias y los procedimientos para su juzgamiento, y el 29, que contiene el principio de estricta legalidad en material penal señalado por Fernández y Ferrajolli, pues el artículo 56 no está dotado de las referencias empíricas verificables esenciales para la tipificación del delito, falencia que considero haber demostrado a través del tratamiento del tema de los particulares y las funciones públicas.

No se trata de liberar de responsabilidad penal a los particulares que delincan o cometan graves irregularidades y faltas en materia de contratación estatal, sino de preservar la vigencia de la Constitución y los derechos fundamentales reconocidos por ésta y por la Comunidad Jurídica Internacional, prioritarios y prevalentes aun frente al principio del interés general y del bien común, en virtud de lo dispuesto en los artículos 1°, 2°, 93 y 94 de la Constitución. Se trata de exigir que el Congreso de la República cumpla fielmente su función de legislar en materias penales con estricta sujeción formal y material a la Constitución, con respeto del principio de estricta legalidad (*nulla lex poenalis sine damno, sine actione... sine defensione*), norma –al decir de Ferrajolli– dirigida al legislador acerca de la formación válida de las leyes penales, que necesariamente lo vincula.