



El principio de oportunidad en los delitos contra la administración pública.

Análisis crítico¹⁶

The principle of opportunity in crimes against public administration. Critical analysis

..... Ricardo Andrés Giraldo Cifuentes¹⁷

Resumen

El Principio de Oportunidad se encuentra consagrado en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1312 de 2009, como la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante la existencia de fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

La regulación del principio de oportunidad en lo relacionado con los delitos contra la administración pública, resulta particularmente problemática, en su aplicación, no solamente porque existen varios tipos penales contra la administración pública, en los cuales el sujeto activo no es calificado, porque no debe ostentar la calidad de servidor público, sino también porque no

16 Artículo producto de trabajo de grado para optar al título de magíster.

17 Ricardo Andrés Giraldo Cifuentes, egresado Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito. Universidad Autónoma Latinoamericana, 2017. ricardogiraldoc@hotmail.com.

permite la aplicación de este principio, a los particulares, que actúan en un delito de sujeto activo calificado, ya sea a título de cómplices, intervinientes o determinadores. En el caso del cohecho, la aplicación de este principio, se torna sobremanera difícil en la práctica, en cuanto se exige la reparación integral, lo que no se compadece con la figura del cohecho, en cuanto a través de ella, no se causa un perjuicio económicamente valorable a la administración pública.

Palabras clave: Principio de oportunidad, servidores públicos, administración pública, injusto penal, injusto disciplinario, ilicitud sustancial, deber funcional, intervinientes, lesividad, sujetos disciplinables, cohecho propio, cohecho impropio, cohecho por dar u ofrecer, reparación integral.

Abstract

The Principle of Opportunity is enshrined in Article 323 of Law 906 of 2004, modified by Article 1 of Law 1312 of 2009, as the constitutional power that allows the Attorney General of the Nation, although there is a foundation to prosecute, suspend, interrupt or waive it, for reasons of criminal policy, according to the grounds exhaustively defined in the law, subject to regulations issued by the Attorney General of the Nation and subject to legality control before the Judge of Guarantees.

The regulation of the principle of opportunity in relation to crimes against public administration is particularly problematic in its application, not only because there are several criminal types against the public administration, in which the active subject is not qualified, because he should not but also because it does not allow the application of this principle to individuals, who act in an offense of a qualified active subject, whether as accomplices, interveners or determiners. In the case of bribery, the application of this principle becomes extremely difficult in practice, insofar as integral reparation is demanded, which is not compatible with the figure of bribery, as far as it is not caused by Economically valuable damage to the public administration.

Key words: Opportunity principle, civil servants, public administration, criminal unjust, unfair disciplinary, substantial illegality, functional duty, interveners, harmfulness, disciplinable subjects, own bribery, improper kickbacks, bribes for giving or offering, comprehensive reparation.

Generalidades y caracterización

Conceptos generales

En nuestro contexto patrio, el principio de oportunidad se origina en el Acto Legislativo 03 de 2002, que modificó el artículo 250 Constitucional, y en lo atinente al asunto que nos ocupa, dispuso que la Fiscalía General no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, “salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías”.

En la sentencia C-673 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández (Corte Constitucional, 2005), la Corte explicó que para algunos podría considerarse que el principio de oportunidad resultaría ser la antítesis del principio de legalidad, por cuanto el Estado está obligado a investigar y sancionar cualquier comportamiento que haya sido tipificado como delito, de forma tal que el ejercicio de la acción penal es indisponible y obligatorio. Tal es el caso de los países en los cuales no está previsto el principio de oportunidad, como ocurría en Colombia antes del Acto Legislativo 03 de 2002 (Congreso de Colombia, 2002). Empero, como allí se dijo, una segunda concepción entiende el principio de oportunidad como una manifestación del principio de legalidad. Es lo que se conoce como principio de oportunidad reglada, en virtud de que el legislador estableció directamente las causales de aplicación de dicho principio, y, por ende, el fiscal únicamente puede invocar aquellas que previamente se encuentren consagradas en la ley.

Este postulado aparece consagrado en el artículo 323 de la Ley 906 de 2004, modificado por el artículo 1 de la Ley 1312 de 2009, como la facultad constitucional que le permite a la Fiscalía General de la Nación, no obstante que existe fundamento para adelantar la persecución penal, suspenderla, interrumpirla o renunciar a ella, por razones de política criminal, según las causales taxativamente definidas en la ley, con sujeción a la reglamentación expedida por el Fiscal General de la Nación y sometido a control de legalidad ante el Juez de Garantías.

Acorde con el inciso primero de la norma citada, los momentos de su aplicación son la investigación y el juicio, hasta antes de la audiencia de juzgamiento; sus efectos son la suspensión, la interrupción o la renuncia a la persecución penal.

La competencia para la aplicación del Principio de Oportunidad dentro de la Fiscalía General de la Nación está regulada en el parágrafo segundo del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal (Congreso de Colombia, 2004) y en la Resolución 2370 de 2016, que establecen los eventos en los cuales la decisión puede ser tomada directamente por el fiscal del caso y en cuáles es necesaria la intervención del Fiscal General de la Nación o su delegado especial. Esta resolución antes mencionada, se emitió en ejercicio de la facultad reglamentaria que tiene el Fiscal General de la Nación. La Corte Constitucional revisó la exequibilidad de dicha potestad en la Sentencia C-979 de 2005.

A través de la Sentencia C-387 de 2014 (Corte Constitucional, 2014), consignada en el expediente D-9997, Magistrado ponente el Dr. Jorge Iván Palacio P., del 25 de junio de 2014, la Corte hizo énfasis en que:

El principio de oportunidad es una institución nuclear del sistema penal de tendencia acusatoria que consiste en la suspensión, interrupción o renuncia de la persecución penal, atendiendo diversos factores inmersos en la política criminal del Estado. Constituye una excepción a la regla general que recae sobre la Fiscalía de adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan características de un delito, siempre que tercie suficientes motivaciones y circunstancias fácticas que permitan advertir la existencia del mismo (Corte Constitucional, 2014).

Finalidad y ámbito de acción

El desarrollo legislativo y jurisprudencial del instituto que se comenta tiende a: racionalizar la actividad investigativa del Estado en la labor de la persecución de los delitos, dada la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer exigencias de aplicación irrestricta del principio de legalidad, lo que se conecta con el postulado de priorización, en cuanto la justicia penal se encuentra en incapacidad de investigar y sancionar todas las conductas descritas como punibles en la legislación penal, y para ello, se han establecido unos muy precisos criterios que lo contextualizan, como son:

El criterio de la insignificancia. Que viene dado por la poca transcendencia social de la conducta punible, que se traduce en la falta de lesión o de afectación al bien jurídico, más comúnmente conocidos como delitos de bagatela, haciéndose innecesaria la persecución penal, en cuanto no se compa-

decen los costos de la persecución penal, con el mínimo grado de afectación al bien jurídico.

El criterio de la reparación integral y la satisfacción de la víctima. Opera especialmente en aquellos delitos de contenido económico, que vienen en cierta forma a tener operatividad en el instituto de la reparación integral, bajo la vigencia de la Ley 600 de 2000 (Congreso de Colombia, 2000), a través de lo establecido en el artículo 42.

Aunque el instituto de la reparación integral carece de regulación expresa en la Ley 906 de 2004, Nuestra Corte Suprema de Justicia, ha considerado que la preclusión de la investigación o la cesación de procedimiento por indemnización integral, prevista en la Ley 600 de 2000, también resulta aplicable a supuestos sometidos al imperio de la Ley 906 de 2004, en virtud del principio de favorabilidad.

En efecto, acorde con lo establecido en el artículo 42 de la Ley 600 de 2000, la extinción de la acción penal por indemnización integral procede, entre otros, para los delitos contra el patrimonio, cualquiera sea su cuantía, cuando se repare íntegramente el daño ocasionado, excepto en los delitos de hurto calificado, extorsión, violación a los derechos morales de autor, defraudación a los derechos patrimoniales de autor y violación a sus mecanismos de protección, conforme al avalúo realizado por perito, a menos que exista acuerdo sobre el mismo, o el perjudicado manifieste expresamente haber sido indemnizado.

La indemnización integral, en atentados contra el patrimonio económico, como lo es el delito de estafa y el abuso de confianza cuando recae sobre bienes del Estado, dada la coexistencia de sistemas procesales penales, aplicables en este caso por favorabilidad, es una causal objetiva preclusión, lo que nos lleva a concluir que frente a la posibilidad de obtener una rebaja de pena de la mitad a las tres cuartas partes, por restitución del bien o su valor e indemnización, como lo consagra el artículo 269 del Código Penal, se debe optar por la preclusión de la acción penal, acorde con los siguientes planteamientos:

- El artículo 332-1 de la Ley 906 de 2004 (Congreso de Colombia, 2004), establece como causal de preclusión la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, precepto a partir del cual se sabe que no es posible adelantar un proceso penal cuando se presenta al-

guna de las causales de extinción de la acción penal, o se produjo la caducidad de la querrela, o el querellante no se encuentra legitimado para ejercer la acción penal, etc.

- El Código Penal consagra en el artículo 82-7 dentro de las causales de extinción de la acción penal, la indemnización integral en los casos previstos en la ley, lo que nos lleva a concluir que, en aquellos eventos, en que se den los presupuestos de tal reparación, se debe optar por la preclusión por la causal consistente en la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal. Tal solicitud puede presentarse hasta antes de la ejecutoria de la sentencia que resuelve el asunto.
- En la Ley 906 de 2004 (Congreso de Colombia, 2004) la indemnización integral, se aborda como una eventualidad para la aplicación del principio de oportunidad, acorde con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 324, en cuanto dispone:

1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior... (Congreso, 2004).

Conforme a lo establecido en el artículo 323 de la Ley 906, la aplicación del principio de oportunidad es procedente “hasta antes de la audiencia de juzgamiento”, lo que hace aconsejable acorde con el principio de favorabilidad acudir al instituto de la reparación integral del artículo 42 de la Ley 600 de 2000 (Congreso de Colombia, 2000), como causal de extinción de la acción penal, para indemnizaciones efectuadas con posterioridad a la audiencia de juzgamiento o de juicio oral, es decir cuando ya ha expirado la posibilidad de tramitarlo por la vía del principio de oportunidad, en cuanto ello, resulta compatible con los mandatos de justicia restaurativa, propios del sistema acusatorio. Veamos:

- El artículo 10°, inciso cuarto, dispone que: “El juez podrá autorizar los acuerdos o estipulaciones a que lleguen las partes y que versen

sobre aspectos en los cuales no haya controversia sustantiva, sin que implique renuncia de los derechos constitucionales...”.

- El literal C) del artículo 11, en cuanto a que las víctimas tienen derecho a: “una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o partícipe del injusto o de los terceros llamados a responder en los términos de este código”.
- El artículo 22, referido al restablecimiento del derecho dispone: “Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal...”

La culpabilidad disminuida

Otro de los aspectos que soportan el principio de oportunidad, es el carácter mínimo del juicio de reproche efectuado, dado que las consecuencias de la conducta punible, bien pueden haber alcanzado únicamente al autor, tal y como sucede en el evento previsto en el inciso final del artículo 34 del Código Penal, en cuanto advierte:

En los eventos de delitos culposos o con penas no privativas de la libertad, cuando las consecuencias de la conducta han alcanzado exclusivamente al autor o a sus ascendientes, descendientes, cónyuge, compañero o compañera permanente, hermano, adoptante o adoptivo, o pariente hasta el segundo grado de afinidad, se podrá prescindir de la imposición de la sanción penal cuando ella no resulte necesaria.

Nótese cómo en estos aspectos, estamos en presencia de lo que se ha denominado pena natural en cuanto carece de sentido la intervención punitiva, cuando el delito ya ha recibido ejemplarizante castigo, en la conciencia del infractor.

La revaluación del interés público en la persecución de la conducta

En efecto, tal postulado se relaciona directamente con el de priorización, según el cual no todas las hipótesis delictivas exigen poner en funcionamiento el aparato jurisdiccional, sino solamente aquellas que atentan contra bienes jurídicos de manera grave y ostensible. Bajo este esquema resulta desde el punto de vista político criminal, mucho más costoso la persecución de

ciertos delitos, en cuya persecución realmente no está interesado el interés público.

Justificaciones adicionales

En la sentencia C-738 de 2008 (Corte Constitucional, 2008) la Corte Constitucional señaló:

La posibilidad de que la Fiscalía se abstenga de iniciar o dé por terminado el proceso penal en ciertos delitos es manifestación de la necesidad de que el Estado responda proporcionalmente a los hechos que afectan la estabilidad jurídica, favorece la posibilidad de adelantar procesos en tiempos razonables, de conformidad con la gravedad de las conductas investigadas, y permite dar tratamiento diferenciado a delitos que por sus características intrínsecas no representan lesión significativa del orden social.

Características generales del principio de oportunidad

Acorde con los desarrollos jurisprudenciales, se han identificado como características propias del instituto:

- Debe ser aplicado en el marco de la política criminal del Estado
- Es una figura de aplicación excepcional y reglada
- Las causales de aplicación deben establecerse por el legislador de manera clara, precisa e inequívoca y estar conforme a la Constitución
- Su regulación debe ser compatible con la vigencia de un orden justo, el principio de legalidad y los derechos de las víctimas
- El fiscal goza de un margen razonable de interpretación en la aplicación de la ley, pero éste no es ilimitado
- Estará sujeto al control de legalidad por el juez de control de garantías

Justificación

La implementación de mecanismos que disminuyan la violencia punitiva estatal se hace necesaria, en cuanto a la previsión de medidas diferentes a las tradicionales, que dicho sea de paso amenazan con colapsar el sistema penal. Se precisa pues un derecho penal con menor intervención bajo el objetivo de ir acrecentando las condiciones para la incorporación de otros mecanismos de resolución de conflictos humanos (no penales), en que acoja mayor rele-

vancia la intervención de la voluntad de los protagonistas, debe ser el rumbo en la política criminal del Estado (Corte Constitucional, 2014).

Reformas

La Ley 1312 de 2009 (Congreso de Colombia, 2009), que reformó la Ley 906 de 2004 (Congreso de Colombia, 2004) en lo relacionado con el principio de oportunidad (artículos 323 al 327), pretendió ampliar las posibilidades procesales y sustanciales de procedencia del principio de oportunidad, extendiendo su aplicación a la etapa del juicio y estableciendo nuevas causales.

Casos en que se aplica

El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal instituyó los casos en que se aplica actualmente el principio de oportunidad, con la reforma introducida por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011 (Congreso de Colombia, 2011) en relación con el delito de cohecho. Sobre el principio de oportunidad el nuevo texto es el siguiente:

El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: 1. Cuando se tratare de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la Ley no exceda de seis años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público. Esta causal es aplicable, igualmente, en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando, de forma individual, se cumpla con los límites y las calidades señaladas en el inciso anterior. 2. Cuando a causa de la misma conducta punible la persona fuere entregada en extradición a otra potencia. 3. Cuando la persona fuere entregada en extradición a causa de otra conducta punible y la sanción imponible en Colombia carezca de importancia comparada con la impuesta en el extranjero, con efectos de cosa juzgada. 4. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, colabore eficazmente para evitar que el delito continúe ejecutándose, o que se realicen otros, o cuando suministre información eficaz para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada. 5. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, se compromete a servir como testigo de cargo contra los demás procesados, bajo inmunidad total o parcial. En este evento los efectos de la aplicación del principio

de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio.

6. Cuando el imputado o acusado, hasta antes de iniciarse la audiencia de juzgamiento, haya sufrido, a consecuencia de la conducta culposa, daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción.

7. Cuando proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas.

8. Cuando la realización del procedimiento implique riesgo o amenaza graves a la seguridad exterior del Estado.

9. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

10. En delitos contra el patrimonio económico, cuando el objeto material se encuentre en tal alto grado de deterioro respecto de su titular, que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

11. Cuando la imputación subjetiva sea culposa y los factores, que la determinan califiquen la conducta como de mermada significación jurídica y social.

12. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

13. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

14. Cuando la persecución penal de un delito comporte problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa adecuada a los intereses de las víctimas. Quedan excluidos en todo caso los jefes, organizaciones, promotores, y financiadores del delito.

15. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

16. Cuando quien haya prestado su nombre para adquirir o poseer bienes derivados de la actividad de un grupo organizado al margen de la ley o del narcotráfico, los entregue al fondo para Reparación de Víctimas siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de la respectiva organización.

17. Numeral INEXEQUIBLE.

18. Numeral adicionado por el artículo 40 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente: Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Los

efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas. PARÁGRAFO 1º. En los casos de tráfico de estupefacientes y otras infracciones previstas en el capítulo segundo del título XIII del Código Penal, terrorismo, financiación de terrorismo, y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, sólo se podrá aplicar el principio de oportunidad, cuando se den las causales cuarta o quinta del presente artículo, siempre que no se trate de jefes, cabecillas, determinadores, organizadores promotores o directores de organizaciones delictivas. PARÁGRAFO 2º. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión será proferida por el Fiscal General de la Nación o por quien él delegue de manera especial para el efecto. PARÁGRAFO 3º. CONDICIONALMENTE exequible en el entendido de que también comprende las graves violaciones a los derechos humanos. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho años. PARÁGRAFO 4º. No se aplicará el principio de oportunidad al investigado, acusado o enjuiciado vinculado al proceso penal por haber accedido o permanecido en su cargo, curul o denominación pública con el apoyo o colaboración de grupos al margen de la ley o del narcotráfico.

De esta disposición puede extraerse, en términos generales, su procedencia respecto a delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo no exceda de seis años o con pena principal de multa (numeral 1), previendo que respecto de delitos con penas privativas de la libertad, cuyo límite máximo exceda de seis años de prisión, su aplicación corresponderá al Fiscal General o por quien delegue (parágrafo 2º). No se podrá aplicar en investigaciones o acusaciones por hechos constitutivos de graves infracciones al derecho internacional humanitario, delitos de lesa humanidad, crímenes de guerra o genocidio, ni cuando tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho años (parágrafo 3º). Asimismo, se contempla como uno de los casos para la aplicación del principio de oportunidad cuando “proceda la suspensión del procedimiento a prueba en el marco de la justicia restaurativa y como consecuencia de este se cumpla con las condiciones impuestas” (numeral 7).

Es muy importante anotar que la Sentencia C-988 de 2006 (Congreso de Colombia, 2006), que declaró la exequibilidad de la versión inicial del numeral 9 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 (Congreso de Colombia, 2004), que señalaba: “Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios”. Cfr. numeral 9 del artículo 2 de la Ley 1312 de 2009 (Congreso de Colombia, 2009).

Examen del principio de oportunidad en relación con el numeral 9 del artículo 324 de la Ley 906

Causal genérica

Ocupándonos de la causal que hemos dado en denominar genérica, cabe destacar que el legislador estableció en el numeral 9 del artículo 324 de la Ley 906 que tal principio puede aplicarse, cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.

Cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “*deber funcional*” ha de entenderse que se alude a la hipótesis en que los servidores públicos estén sometidos a la responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales. La medida también incluye a los particulares que ejerzan funciones públicas, porque al tenor del artículo 20 del Código Penal, son servidores públicos, y de acuerdo con los artículos 25, 52 y 53 de la Ley 734 de 2002, se les aplica el régimen disciplinario de los servidores públicos. Ver, además la sentencia C-988 de 2006 (Congreso de Colombia, 2006).

La Corte constitucional colombiana se pronunció en relación con esta particular causal y sus alcances. Es importante anotar que la sentencia C-988 del 29 de noviembre de 2006, con expediente D-6207 tuvo una demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, y el magistrado ponente fue el Dr. Álvaro Tafur Galvis. La Corte Constitucional se pronunció retomando las sentencias C-673 de 2005 y C-988 de 2006 a través de las siguientes consideraciones:

El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa –es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo– y ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios –es decir que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva.

En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional” ha de entenderse que se alude en este caso a la hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.

La sentencia C-988 del 29, de noviembre de 2006, fue objeto de salvamento de voto por parte del magistrado Jaime Araujo Rentería.

Servidores públicos

Dentro del concepto de servidores públicos, se encuentran los particulares que ejercen funciones públicas. En lo pertinente a las normas disciplinarias actuales, contenidas en la Ley 734 de 2002 (Congreso de Colombia, 2002), señalan:

Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código. (...).

Al efecto, son pertinentes los siguientes textos del Código Único Disciplinario:

Artículo 52. Normas aplicables. El régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.

Artículo 53. Sujetos disciplinables. El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; *presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política*, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

La Corte Constitucional, en la Sentencia C-037 de 2003, cuyo magistrado ponente fue el Dr. Álvaro Tafur Galvis, hizo énfasis en que: “el particular que preste un servicio público, sólo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador”.

Aspectos problemáticos de esta causal

En este punto se examinarán tres aspectos problemáticos y sus posibles soluciones, en relación con esta causal. El primero atinente a la aplicación de la misma en relación con los particulares que intervienen, de alguna manera, en un delito contra la administración pública. El segundo tiene que ver con la valoración, como poco significativa, de la afectación al bien jurídico funcional. El tercero en cuanto la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

Aplicación de la causal a personas que no tengan la calidad de servidores públicos. Tal y como viene de exponerse, el primer problema a examinar es el relacionado con la aplicación de la causal a personas que no tengan la calidad de servidores públicos, puesto que de los delitos contra la administración pública, diez de ellos no requieren la calidad de servidores públicos, en el sujeto activo, además de que en las restantes hipótesis los particulares pueden responder penalmente, bajo la figura del interviniente del artículo 30 inciso final del Código Penal (Congreso de Colombia, 2000), o como cómplices o como determinadores. Al referirse al sujeto activo, No se requiere la calidad de servidor público en los delitos de: omisión de agente retenedor o recaudador (402), fraude a subvenciones (...), usurpación de funciones públicas (425), simulación de investidura o cargo (426), violencia contra servidor público (429), perturbación de actos oficiales (430), usurpación de funciones públicas (425), usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroris-

tas (427), tráfico de influencias de particular (411 A), acuerdos restrictivos de la competencia (410 A).

Frente a la claridad del texto legal sobre la calidad de servidores públicos, las diversas consideraciones o críticas que se puedan hacer podrían ser de *lege ferenda*, pero jamás de *lege data*, máxime si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-988 de 2006 (Congreso de Colombia, 2006), ha dicho que esta causal se aplica a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones públicas, que también son servidores públicos.

Para elucidar la cuestión, habría que precisar que, en relación con los delitos contra la administración pública de sujeto activo no calificado, no procede la aplicación del principio de oportunidad por esta causa, debiéndose examinar el asunto a la luz de las otras hipótesis, como aquella del artículo 324 numeral 14: “Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse” contemplado en la Ley 906 de 2004 (Congreso de Colombia, 2004). Tampoco procede en relación únicamente con el interviniente o el cómplice, que no ostenta la calidad de servidor público, cuando se trata de aplicar este principio exclusivamente respecto de ellos, es decir prescindiendo del autor calificado.

En otros términos, si se pretende aplicar este principio al interviniente, al cómplice o al determinador, de manera exclusiva la causal invocada, no podrá ser ésta, porque ellos no son pasibles de investigación disciplinaria, sino la del numeral 14 del artículo 324; pero, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad al sujeto activo calificado, necesariamente se extienden al interviniente y al cómplice, por sustracción de materia, es decir por desaparición de los presupuestos de tasación de la pena respecto de ellos puesto que si al servidor público, no se le aplica pena, y si la pena impuesta al servidor público, es el necesario punto de partida para dosificar la pena al interviniente o al cómplice –artículo 30 del Código Penal (Congreso de Colombia, 2000)–, al desaparecer tal parámetro, no tiene asidero la dosificación punitiva para estos agentes, además del carácter accesorio o secundario de la participación, que permite concluir que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Afectación poco significativa al bien jurídico funcional. Que la afectación al bien jurídico funcional sea poco significativa, es decir que sea leve,

valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de afectación y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo, o sea que se debe tratar de conductas que representan un menor grado de injusto, en términos de un menor desvalor de resultado (Gómez Pavajeau, La oportunidad como principio complementario del proceso penal. 2006, p. 181). Por tanto, es la ponderación de la menor lesividad de la conducta, en el caso concreto, es decir desde una perspectiva *ex post*. Se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta, conforme a una valoración político criminal, para la cual el constituyente autorizó al Legislador y que en el caso examinado se refiere específicamente a los denominados delitos “*bagatela*” (Congreso de Colombia, 2006), dentro de los que la doctrina ha dado como ejemplos el caso de un peculado por apropiación de un bien de bajo valor (Gómez Pavajeau, La oportunidad como principio complementario del proceso penal. 2006, p. 181), peculado por uso indebido y prevaricato por omisión (Forero Ramírez, 2006, p. 184), peculado por aplicación oficial diferente poco lesivo al interés social (Garzón & Londoño. 2006, p. 217), peculado culposo, celebración indebida de contratos a favor de la misma administración, intervención en política (Bernal Cuéllar & Montealegre Lynett, 2013, pp. 546–547).

Aunque hay cierta unanimidad en la doctrina citada, en cuanto a que lo que debe ser objeto de valoración, es la menor afectación al bien jurídico, el legislador es impreciso, en cuanto al emplear la expresión “bien jurídico funcional”, está abandonando los conceptos propios de la antijuridicidad penal, para examinar el asunto desde el punto de vista del injusto en el derecho disciplinario, en el cual tiene pleno sentido hacer referencia a la infracción del deber funcional, a través de la fórmula de la antijuridicidad disciplinaria, en términos de ilicitud sustancial, en cuanto, mientras que en el régimen de responsabilidad penal del servidor público, se examina la antijuridicidad como lesión al bien jurídico –antijuridicidad material–, de acuerdo con el mandato establecido en el artículo 11 del Código Penal, en materia disciplinaria se aborda el tema desde el concepto de “*ilicitud sustancial*” de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 (Congreso de Colombia, 2002).

Al respecto es bien ilustrativa la ponencia para primer debate, en la Cámara de Representantes del proyecto que se convertiría en la Ley 734 de 2002 (Congreso de Colombia, 2002), citada en la sentencia C–948/02 (Corte Constitucional, 2002), en cuanto a la siguiente reflexión:

La expresión “lesividad” es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que, si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo. Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 2, 6 y 122 inciso 2º de la Carta Política).

En la misma sentencia C-948-2002 (Corte Constitucional, 2002), refiriéndose al derecho disciplinario, se dijo: (...) dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones.

Adviértase cómo se torna ambiguo el examen de la antijuridicidad, en detrimento de la seguridad jurídica, en cuanto un operador jurídico penal, puede entender que la aplicación de la causal le exige evaluar la antijuridicidad a la luz del grado de afectación al bien jurídico penal. Otro, en parecida situación, podrá entender que lo que debe examinar es el grado de afectación al deber funcional, es decir bajo la óptica propia del derecho disciplinario.

No se entiende de qué manera, un fiscal, puede abandonar los derroteros de la antijuridicidad penal, para adentrarse en el escenario propio de la afectación al deber funcional, del exclusivo resorte de la responsabilidad disciplinaria, y aunque esta causal, está cobijada por el manto de la constitucionalidad, en cuanto la Corte Constitucional, como ya se vio, la declaró ajustada al texto constitucional, lo cierto es que su ambigüedad, la condena a su inaplicación.

Precisamente, es la sentencia C-988-2006, la Corte Constitucional, se refirió a la ambigüedad, denotada, en los siguientes términos:

En efecto, habiendo acogido un principio de oportunidad reglado, al legislador le está vedado establecer causales extremadamente vagas o ambiguas de invocación de aquél, por cuanto los ciudadanos no tendrían certeza alguna acerca de bajo qué condiciones el órgano de inves-

tigación del Estado puede acudir o no ante el juez de control de garantías para efectos de solicitar la suspensión, interrupción o renuncia del ejercicio de la acción penal.

Infracción al deber funcional. Que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes. La infracción al deber funcional, ha sido elucidada por la Corte Constitucional, a través del siguiente razonamiento:

Si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que –por contrapartida lógica– son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia (Corte Constitucional, 2002).

En consecuencia, mientras que la técnica empleada en la tipicidad penal, se concreta en descripciones comportamentales de textura cerrada, en cuanto existe un mandato constitucional, de definir de manera expresa, clara e inequívoca la conducta punible, en materia disciplinaria se recurre a tipos de textura abierta, obtenidos con base en el incumplimiento de deberes, el desconocimiento de derechos, o la transgresión de prohibiciones, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades (Gómez Pavajeau, 2002, p. 272), lo que quiere decir que en la definición de la falta disciplinaria entran en juego, elementos que interesan a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación.

En nuestro criterio, para la aplicación plena de esta causal, en términos de renuncia a la persecución penal, es necesario por expreso mandato legal, que la sanción disciplinaria haya sido impuesta, posición contraria, en el sentido de que no se requiere que la sanción disciplinaria haya sido impuesta (Forero Ramírez, 2006, p. 185), porque acá se reafirma el componente político criminal de la misma, como es el carácter de ultima ratio del derecho penal; pero, cuando el principio de oportunidad no se traduce en términos de renuncia a la persecución penal, sino en términos de suspensión, en el mismo sentido, que acá se expone (Gómez Pavajeau, 2006, p. 182), es suficiente para

que opere esta causal con que se presenten datos objetivos de que la sanción se impondrá pues precisamente para ello se suspende el procedimiento, a la espera de las resultas del proceso disciplinario.

Examen del principio de oportunidad en relación con el tipo penal de cohecho

Precisiones conceptuales

A efectos de obtener un mejor entendimiento de la operatividad de esta particular causal, es necesario, examinar la regulación sustancial del cohecho, en nuestra legislación colombiana, en sus características básicas y específicas, clasificación, modalidades de cohecho –propio e impropio– así como el denominado cohecho por dar u ofrecer.

Generalidades

En términos generales, el cohecho es la negociación de la función pública entre un particular y un servidor público, quienes actúan en un plano de igualdad. La mencionada negociación de la función pública puede buscar, o bien que el servidor público actúe en contra de la ley –COHECHO PROPIO– o que, actuando dentro del marco de la ley, se resulta negociando, lo que no es objeto de negociación –COHECHO IMPROPIO– (Sanguino Madariaga, 2013, p. 259). Al lado del cohecho, existe un complemento de punibilidad para el particular que da u ofrece en caso de que el servidor público acepte o reciba.

Objeto de protección

El particular objeto de protección en el cohecho se orienta a preservar la imparcialidad, honestidad y transparencia del servidor público, o como dice Molina Arrubla (pp. 263–275), para evitar la venalidad de los servidores públicos, en el cohecho propio y el desprestigio de la administración pública por la conducta deshonesta de los servidores públicos, para el impropio.

Nótese cómo las normas que estructuran el delito de cohecho en sus diferentes modalidades tienen como sustrato un valor moral y ético en cuanto persiguen una finalidad útil a la comunidad, como es combatir los fenómenos de corrupción asociados a las acciones que ponen precio a las función pública, es decir la venta concluida entre un particular y un servidor público

de un acto u omisión perteneciente al haz de funciones o competencias que en desarrollo de aquella le han sido asignadas y para las cuales el ordenamiento jurídico no autoriza una contraprestación.

Diferentes hipótesis delictivas

En la actualidad, sólo existen en nuestra legislación colombiana dos formas de cohecho, a saber: el cohecho propio y el impropio. En cuanto al cohecho por dar u ofrecer, es necesario advertir que no es una forma autónoma de cohecho sino un complemento de punibilidad, para castigar al particular en el caso de que el servidor público acepte la promesa remuneratoria o reciba el dinero o la dádiva.

Cohecho propio

El artículo 405 del Código Penal (Congreso de Colombia, 2000) se refiere a esta figura delictiva en los siguientes términos:

El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses (Congreso de Colombia, 2000).

Características. Esta particular tipicidad presenta las siguientes características:

- Se trata de un tipo penal de sujeto activo plurisubjetivo y bilateral puesto que se requiere de la concurrencia de dos voluntades; de una parte, la del particular que da u ofrece; y la del servidor público que acepta o recibe, a condición de que ese sujeto activo calificado, actué dentro el ejercicio de sus funciones, es decir, debe existir una relación funcional, o sea que el servidor público, debe tener competencia en cuanto a la actividad desarrollada, debe estar dentro de su órbita funcional.
- Al igual que en las restantes hipótesis que atentan contra la administración pública, el sujeto pasivo es el Estado en cuanto titular del bien

jurídico vulnerado, lo que no descarta que particulares resulten afectados por la negociación de la función pública. Tal y como sucedería en el caso de que el objeto del cohecho tenga por cometido que el servidor público expida una licencia de construcción, en un sitio no apto para urbanizar de acuerdo con las normas urbanísticas vigentes, como serían los planes de ordenamiento territorial expedidos con base a las facultades concedidas en la Ley 388 de 1997. Es claro que en esta hipótesis pueden resultar particulares afectados con la licitación, lo que de paso haría incurrir al servidor público, además en la hipótesis delictiva de prevaricato por acción, consagrada en el artículo 413 del Código Penal.

- Entendido el objeto jurídico como el interés concretado en la protección del bien jurídico, es claro que en el presente evento el mismo consiste o mejor tiende a garantizar la rectitud, transparencia y honestidad que debe caracterizar el ejercicio de la función pública, en la medida en que ella no debe reportar ventajas o lucros diferentes a la estricta remuneración por los servicios prestados, con lo que se destaca una doble connotación en cuanto a la afectación del bien jurídico puesto que, de un lado, el propósito del servidor público apunta a incumplir sus deberes oficiales, apartándose de la sujeción a la ley no solamente en sentido material –actuar en contra de sus mandatos–, sino también en sentido teleológico o finalístico, como quiera que se tergiversa o trastoca el interés general que debe presidir la actuación del servidor público hacia intereses particulares como lo es el ánimo de lucro o la obtención de utilidades indebidas, en lo que es representativo de una negociación de la legalidad.
- Entendido el objeto material como la persona o la cosa sobre la cual recae la acción, no cabe duda de que en el presente caso la acción recae en la negociación del acto indebido en términos de retardar, omitir o proferir un acto contrario a los deberes oficiales.
- Asimismo, el cohecho propio comporta en su estructura la existencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, en cuanto el servidor público debe actuar con la particular intención o con la finalidad específica de retardar (diferir, dejar para más tarde, expedición extemporánea), omitir (no actuar cuando se tiene el deber de hacerlo) o ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales (expedirlo contrariando la ley), sin

que sea un elemento definitorio la materialización de esa particular intención, es decir, no se requiere que el servidor público efectivamente omita, retarde o deniegue el acto funcional ni mucho menos que expida un acto contrario a sus deberes oficiales. En caso de que esto ocurra es evidente que el servidor público estaría incurriendo en un concurso de delitos, para los casos propuestos en su orden con el prevaricato por omisión (artículo 414) o con el prevaricato por acción (artículo 413). Igualmente es necesario acotar en esta misma sede que la finalidad se dirige hacia un hecho futuro, porque no existe en nuestra legislación colombiana el cohecho por hecho cumplido, pretérito o pasado.

- La conducta viene designada a través de los verbos recibir y aceptar reiterando que el solo convenio en estos términos consuma el ilícito, lo que reafirma el carácter bilateral del cohecho, puesto que el recibir implica un sujeto que da y el aceptar implica un correlativo sujeto que promete u ofrece.
- Acorde con su configuración estructural donde el solo convenio consuma el ilícito, es decir, donde es suficiente la concurrencia de voluntades en términos de dar y recibir o de prometer y aceptar, con la finalidad ya comentada, no es posible hablar de tentativa en cuanto no se puede fraccionar el *iter criminis*, puesto que los actos de ejecución, por si mismos producen la consumación (Molina Arrubla, p. 273).

Cohecho impropio

Está consagrado en el artículo 406 del Código Penal (Congreso de Colombia, 2000) en los siguientes términos:

El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro a ciento veintiséis meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos a noventa meses, multa de cuarenta a setenta y cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta meses (Congreso de Colombia, 2000).

Hipótesis delictivas que consagra. Como puede advertirse, de la lectura de la norma anterior, la misma se refiere a dos modalidades de cohecho.

En el primer inciso, se consagra el denominado cohecho impropio donde existe al igual que en el cohecho propio un acuerdo de voluntades y donde se da una negociación de la función pública, entre el particular y el servidor público, con la diferencia en cuanto a la anterior figura examinada de que en este evento, no se está afectando la legalidad del acto, si no que se está pagando por el ejercicio de la función pública, es decir se está recibiendo dinero, dadiva o aceptando promesa remuneratoria para hacer lo que el servidor público debe hacer conforme a la ley.

El segundo inciso, se ocupa del denominado cohecho por receptación de dadivas o cohecho aparente, que se diferencia del anterior porque acá no hay propiamente un acuerdo de voluntades o una negociación explícita, en cuanto el servidor público, se limita a recibir dadivas, de persona que esté interesada en asunto del cual se encuentre conociendo el servidor público, lo que compromete su imparcialidad.

Características del cohecho impropio (inciso 1º, artículo 406)

- Al igual que en el cohecho propio, el sujeto activo es plurisubjetivo y bilateral, al requerirse la concurrencia de dos voluntades, en términos de dar y recibir o prometer y aceptar, en relación con una actuación ubicada dentro del ámbito funcional del servidor público.
- Al igual que en otros atentados contra la administración pública, el sujeto pasivo es el Estado en cuanto titular del bien jurídico vulnerado, no pareciendo posible que particulares puedan resultar afectados, con esta forma de negociación de la función pública, puesto que el objeto de negociación apunta a la expedición de un acto formal y sustancialmente válido, en cuanto no solamente sería expedido por servidor público en ejercicio de sus funciones sino porque no estaría viciado en su legalidad material.
- El objeto jurídico, está orientado a proteger el prestigio de la administración pública, de servidores públicos deshonestos, que convierten el ejercicio de la función pública, en fuente de lucro y de provecho personal. Al recibir dinero por lo que debe hacer.

- El objeto material en este particular tipo penal, viene dado en la negociación del acto que el servidor público deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.
- Esta forma de cohecho comporta en su estructura la existencia de un elemento subjetivo distinto del dolo, en cuanto el servidor público debe actuar con la particular intención o con la finalidad específica de ejecutar un acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones.
- Igualmente es necesario acotar en esta misma sede que la finalidad se dirige hacia un hecho futuro porque como se dejó reseñado al abordar la evolución histórica del instituto no existe en nuestra legislación colombiana el cohecho por hecho cumplido, pretérito o pasado.
- La conducta viene designada a través de los verbos recibir y aceptar reiterando que el solo convenio en estos términos consuma el ilícito, lo que reafirma el carácter bilateral del cohecho puesto que el recibir implica un sujeto que da y el aceptar implica un correlativo sujeto que promete u ofrece.

Características del cohecho por receptación de dádivas (inciso 2º, artículo 406)

- El objeto de protección al igual que en las anteriores hipótesis, es la administración pública, como bien jurídico, en términos de imparcialidad, cumplimiento de deberes y disciplina –“*irreprochabilidad e insospechabilidad*”– que debe caracterizar la actuación de los servidores públicos, la cual se afecta “por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad, ofrecidos por quien está interesado en asunto sometido a decisión del funcionario y por éste aceptados”. (Sentencia de segunda instancia del 26 de abril de 1989, rad. 3306, reiterada en fallo de casación del 12 de marzo de 1999, rad. 11.136).
- No se requiere de la existencia de un acuerdo de voluntades, entre el servidor público y el particular interesado en la decisión que habrá de proferir aquél, en desarrollo de sus funciones; esto es lo que lo diferencia de la hipótesis consagrada en el primer inciso, de la norma en comento.
- El funcionario debe tener bajo su conocimiento y pendiente por resolver, asunto en el que tenga interés “*en sus resultados*” el particular que hace el regalo, entrega el dinero, la dádiva o cualquiera otra utilidad,

pues “así expresamente no se anuncie la intención que anima a ofrecer de una parte y a recibir de otra, de todas maneras, el interés oculto de una solución favorable a los intereses particulares, y la percepción pública del favoritismo, se mantienen, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la administración en la definición de los asuntos a su cargo (Fallo de casación del 24 de enero de 2001, rad. 13.155).

- El servidor público debe tener capacidad de decisión respecto del asunto que suscita el interés del particular (Auto de única instancia del 16 de diciembre de 2002, rad. 16.112), siendo irrelevante la decisión que se produzca, la que bien puede ser favorable o desfavorable a los intereses de quien da la prebenda.

Cohecho por dar u ofrecer

A este complemento de punibilidad para el particular, alude el artículo 407 del Código Penal (Congreso de Colombia, 2000) en cuanto dispone:

El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho a ciento ocho meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta a ciento cuarenta y cuatro meses (Congreso, 2000).

Características del cohecho por dar u ofrecer

- No se trata de una figura autónoma. Acorde con la redacción de la norma en precedencia transcrita, no podemos llegar a una consideración diferente a aquella que pregona el carácter meramente integrativo de la figura, en la medida en que a través de ella se pretende castigar al particular en los casos en que el servidor público acepte la promesa remuneratoria o reciba la dádiva. Molina Arrubla (p. 293) acota: “es norma integrativa o extensiva en el sentido de lo que hace la norma es extender la punibilidad la punibilidad o la sanción al otro sujeto de la relación delictiva, sin crear por lo mismo, ningún tipo especial de delito”. Nuestra Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP 5924–2014 del 14 de mayo de 2014, Radicación 40392, Magistrado Ponente, Eugenio Fernández Carlier, después de hacer un recuento histórico del cohecho en

nuestra legislación, retomando el efectuado en la sentencia CSJ. SP. 26 nov. 2003, rad. 17674, ha sostenido el carácter autónomo de esta figura, advirtiendo que en el cohecho por dar u ofrecer no se necesita que el servidor público, acepte o reciba, al efecto ha considerado:

Estructuralmente, es un tipo de sujeto activo indeterminado, y conducta compuesta alternativa, integrada por dos verbos: dar y ofrecer. Cuando se realiza la primera conducta (dar) existirá bilateralidad típica, puesto que ambos (particular y servidor público) habrán cometido el delito de cohecho, el primero en la modalidad de activo, y el segundo en la modalidad de pasivo. Cuando se realiza la segunda conducta (ofrecer), existirá bilateralidad si la propuesta es aceptada por el servidor público. Si es desechada, solo cometerá delito de cohecho el particular, en la modalidad de activo.

- No admite la tentativa. Si examinamos con alguna mediana atención las características propias de la tentativa en nuestro contexto colombiano, eso sí, siempre en clave de derecho de acto, podemos advertir que no es posible predicar la existencia de tal dispositivo del artículo 27 cuando el servidor público rechaza el ofrecimiento, precisamente porque no hay inicio de ejecución pues ello no alcanza a conjugar el verbo rector; pero, si en gracia de discusión se admitiera que efectivamente el ofrecimiento a un servidor público es un acto inequívoco de consumación –solo en gracia de discusión, repetimos porque la consumación no depende de quien ofrece sino de quien acepta– se encontraría con un insalvable escollo en la medida en que el objeto de la acción carecería de la idoneidad requerida como elemento estructurante de la tentativa.

En otros términos, no puede ser idónea la conducta de quien hace un ofrecimiento que no es aceptado, porque no tiene la más remota potencialidad de lesionar o poner en peligro el bien jurídico, pues muy por el contrario el rechazo de la propuesta, es la más palmaria evidencia de la reafirmación de la imparcialidad y del carácter incorruptible del servidor público, y por ende de la reafirmación de los más importantes valores en que se fundamenta la administración pública. El ofrecimiento acompañado del rechazo no lesiona, sino que reafirma el bien jurídico protegido, en términos de imparcialidad, honestidad, transparencia e incorruptibilidad del servidor público.

Causal específica del delito de cohecho

En lo atinente, a la denominada, causal específica, es decir relacionada únicamente con el delito de cohecho, introducida por la Ley 1474 de 2011, debe destacarse que esta causal fue consagrada en el anterior Estatuto Anticorrupción a través de la Ley 190 de 1995, declarado inexecutable, por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-709 de 1996.

Regulación actual y características

La Ley 1474 de 2011, en su artículo 40, retoma esta figura, ampliándola a todas las formas de cohecho, y bajo los postulados del sistema acusatorio, la denomina principio de oportunidad, a través del siguiente texto:

Artículo 40. Principio de oportunidad para los delitos de cohecho. El artículo 324 de la Ley 906 de 2004 tendrá un numeral 18, el cual quedará así: 18. Cuando el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciar primero el delito en las condiciones anotadas.

De acuerdo con esta regulación, no obstante los reparos de Constitucionalidad, de que fuera objeto en su anterior regulación, su ámbito de acción presenta estas características: (i) puede ser beneficiario de esta causal no solamente el servidor público que acepta promesa remuneratoria o recibe, sino también el particular que ofrece o entrega, (ii) que la investigación penal tenga su origen, en denuncia de alguna de las partes intervinientes en el cohecho, por manera que si la investigación se inicia de oficio, o por denuncia de otra persona diferente a los autores o partícipes no hay lugar a invocar esta causal, (iii) que además de la denuncia se aporte evidencia útil para el juicio, como serían documentos, grabaciones, entre otros, (iv) que el denunciante comparezca como testigo de cargo contra el denunciado en la audiencia del juicio oral, (v) que haya reparación voluntaria e integral del daño causado.

Con respecto a los reparos de constitucionalidad de la legislación anterior se puede mencionar que, no solamente en términos de la sentencia C-709 de

1996 (Corte Constitucional, 1996), que declaró inexecutable el párrafo introducido por el artículo 24 de la Ley 190 de 1995 (Congreso de Colombia, 1995), sino también porque crea dentro de los mismos delitos contra la administración, una especie de principio de oportunidad privilegiado, para los delitos de cohecho, sin que tenga razón de ser tal tratamiento diferenciado, porque mientras que en los restantes atentados contra este bien jurídico, se condiciona su procedencia a atentados de lesividad mínima, y a que se haya impuesto sanción disciplinaria al servidor público; en esta hipótesis, no se requiere, ni que se haya impuesto sanción disciplinaria, ni que la lesividad sea mínima.

Aspectos problemáticos

En cuanto a la reparación integral del daño causado, en esta clase de delitos, el asunto resulta especialmente problemático, porque en la casi totalidad de los delitos de cohecho, no existe detrimento patrimonial, ni perjuicio económicamente valorable a la administración pública, piénsese por ejemplo en el particular que le entrega un dinero a un servidor público, para que le agilice un trámite administrativo.

En este caso, como en muchos otros, no es posible referirnos al perjuicio económicamente valorable a la administración pública, con lo que la exigencia de reparación económica se torna de imposible cumplimiento, y bajo punto de vista alguno podría decirse que la reparación estaría dada por la exigencia de devolución de lo recibido por el servidor público al particular, puesto que esto sería tanto como proteger un objeto ilícito, patrocinando al particular para que denuncie al servidor público, cuando éste no le cumple con el objeto del cohecho, y bajo la perspectiva del servidor público que denuncia al particular, la generalizada motivación para hacerlo tendría que ver con el incumplimiento del particular en cuanto a lo prometido.

En tal contexto, la reparación integral en la mayoría de los casos, para que la causal cumpla con los efectos prácticos perseguidos, se agotaría únicamente con la garantía de no repetición, la verdad de lo sucedido y el perdón.

Conclusiones

Hecho el análisis anterior se permite concluir lo siguiente:

1. Que resulta especialmente problemático la aplicación del principio de oportunidad, porque en la casi totalidad de los delitos de cohecho, no existe detrimento patrimonial, ni perjuicio económicamente valorable

a la administración pública, y en consecuencia la reparación integral, se queda en un mero simbolismo, que hace nugatoria la aplicación de la figura, en cuanto, es ajena a su estructura típica la afectación al patrimonio público, y por tanto deviene en impertinente la exigencia de la reparación integral.

2. Que el principio de oportunidad puede aplicarse, cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios, lo que restringe el campo de acción únicamente a los servidores públicos, dejando por fuera no solo a los intervinientes, sino también a quienes se desempeñan como determinadores o cómplices, lo que precisa hacer especial referencia, en texto legal expreso, en cuanto a que respecto de aquellos, no se exige la respuesta disciplinaria, en cuanto ello garantizaría una aplicación global del principio a quienes son servidores públicos, y a quienes de alguna manera intervienen sin ostentar esa calificación especial.

Referencias bibliográficas

Bernal Cuéllar, J., & Montealegre Lynett, E. (2013). *El Proceso Penal*, Tomo I, Fundamentos Constitucionales y Teoría General. Sexta Edición. Bogotá: Universidad Externado De Colombia.

Congreso de Colombia. (1995). Ley 190 de 1995. Obtenido de: <http://www.alcaldia-bogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=321>

Congreso de Colombia. (24 de 07 de 2000). Ley 599 de 2000. Código penal. Obtenido de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6388>

Congreso de Colombia. (2000). Ley 600 de 2000. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0600_2000.html

Congreso de Colombia. (2002). Acto Legislativo 03 de 2002. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6679>

Congreso de Colombia. (2002). Ley 734 de 2002. Obtenido de: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/L-734-02.htm>

Congreso de Colombia. (2004). Ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal. Obtenido de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Congreso de Colombia. (2009). Ley 1312 de 2009. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=36781>

Congreso de Colombia. (2011). Ley 1474 de 2011. Obtenido de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-709 de 1996. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-709-96.htm>

Corte Constitucional. (2002). Sentencia C-948/02. Obtenido de: <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Providencias/02-C-948.htm>

Corte Constitucional. (2003). Sentencia C-037 de 2003. Obtenido de: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=8250>

Corte Constitucional. (2005). Sentencia C-979 de 2005. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-979-05.htm>

Corte Constitucional. (2006). Sentencia C-988/06. Obtenido de: <http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2006/C-988-06.htm>

Corte constitucional. (2008). Sentencia C-738 de 2008. Obtenido de: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-738-08.htm>

Corte Constitucional. (25 de 06 de 2014). Sentencia C-387/14. Obtenido de: <http://corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-387-14.htm>

Forero Ramírez, J. (2006). Aproximación al estudio del Principio de Oportunidad. Bogotá: Universidad del Rosario, Grupo Editorial Ibáñez.

Garzón, A., & Londoño, C. (2006). Principio de Oportunidad. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.

Gómez Pavajeau, C. (2002). Dogmática del derecho disciplinario. Segunda edición, julio de 2002. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, C. (2006). La oportunidad como principio complementario del proceso penal. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación.

Sanguino Madariaga, A. (2013). Delitos contra la administración pública en la jurisprudencia, segunda edición. Medellín: Librería jurídica Sánchez.