



**HACIA UNA CARACTERIZACIÓN DOGMÁTICA Y POLÍTICO CRIMINAL DE  
LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN COLOMBIA**

**POR**

**JUAN ESTEBAN GUTIÉRREZ ARBOLEDA**

**DIRECTOR**

**Prof. Dr. ANDRÉS FELIPE DUQUE PEDROZA**

**TRABAJO DE GRADO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE MAGISTER EN  
DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA BOLIVARIANA  
MEDELLÍN  
2020**

**Fecha: 04 de diciembre de 2020**

**Nombre del estudiante:** Juan Esteban Gutiérrez Arboleda

**Nombre del director:** Andrés Felipe Duque Pedroza

**Nombre del jurado 1:** Ricardo Molina López

**Nombre del jurado 2:** Adriana Villegas Arango

**04 de diciembre de 2020**

**Juan Esteban Gutiérrez Arboleda**

“Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en ésta o en cualquiera otra universidad”.

Art. 92, parágrafo, Régimen Estudiantil de Formación Avanzada.

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large, rounded 'G' shape with a vertical line extending downwards from its center, and a horizontal line crossing the vertical line near the bottom.

Firma del autor:

Nombre: JUAN ESTEBAN GUTIÉRREZ ARBOLEDA

---

# **Hacia una caracterización dogmática y político criminal de los delitos contra la administración pública en Colombia**

**Juan Esteban Gutiérrez Arboleda**

## **Resumen**

Este artículo de investigación analiza el modelo de política criminal acogido en Colombia para la persecución de los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública. Para esto, se acude a fuentes documentales y se realizan análisis cualitativos de información obtenida de instituciones públicas (Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario y Fiscalía General de la Nación). En el artículo se demuestra que el modelo político criminal que ha guiado la intervención penal para proteger este bien jurídico no ha sido eficaz. Por el contrario, se demuestra que a mayor intervención punitiva, solo se han generado más casos que lesionan el bien jurídico de la administración pública. Bajo esta perspectiva, el artículo de investigación propone soluciones que no tengan que ver con la maximización del poder punitivo. Esto es, se proponen soluciones político-criminales, no penales, que logren cumplir finalidades preventivas.

## **Palabras claves**

Dogmática penal, política criminal, administración pública, servidor público, corrupción administrativa, poder punitivo.

## **Abstract**

This research article analyzes the criminal policy model adopted in Colombia for the prosecution of crimes grouped in the legal right of the public administration. For this, documentary sources are used and qualitative analyzes of information obtained from

public institutions (National Penitentiary and Prison Institute and the Attorney General's Office) are carried out. The article shows that the criminal political model that has guided the criminal intervention to protect this legal asset has not been effective. On the contrary, it is shown that the greater the punitive intervention, only more cases have been generated that harm the legal good of the public administration. From this perspective, the research article proposes solutions that do not have to do with the maximization of punitive power. That is, political-criminal solutions are proposed, not criminal ones, that achieve preventive purposes.

### **Keywords**

Criminal dogmatic, criminal policy, public administration, public servant, administrative corruption, punitive power.

### **Introducción**

La administración pública ocupa un papel muy importante dentro de todos los bienes jurídicos que merecen protección por parte del ordenamiento penal. Esto se debe a que en la administración pública es donde se concreta la protección de las funciones que el Estado tiene para el cumplimiento de los fines constitucionales que le son propios. Así las cosas, aun afirmando que en todos los bienes jurídicos hay una relación de incidencia con la protección de fines constitucionales, esta declaración, en la administración pública, además de ser expresa, es evidente a partir de la misma regulación política del Estado colombiano. Con mucha razón, desde los primeros artículos de la Constitución Política, particularmente en su artículo segundo, se expresan los fines del Estado. Por ello, desde una mirada penal, con la administración pública se protege el debido ejercicio de la función pública, es decir, la actividad funcional del Estado encaminada al cumplimiento de sus fines. Su importancia manifiesta como bien jurídico lo hace merecedor de una particular y constante atención del legislador por determinar sus ámbitos de protección. De allí que son muchos los tipos penales que se agrupan en el bien jurídico de la administración pública y, de la misma manera, han sido muchas las ocasiones en

las que el legislador ha modificado o pretendido modificar la regulación inicialmente prevista para este bien jurídico desde el año 2000. En este sentido, con independencia de las tantas formas delictivas agrupadas en este bien jurídico, podríamos establecer algunas características comunes que guían la intervención del legislador penal en este campo: (i). en primer lugar, casi todos los comportamientos se describen en tipos de sujeto activo calificado que exigen la condición especial de servidor público. (ii). en segundo lugar, muchos de los comportamientos son descritos valiéndose de la forma propia de los delitos de peligro: mediante la anticipación de las barreras de protección del bien jurídico. (iii). en tercer lugar, la construcción del injusto, en muchos casos, parece confundirse con el sólo incumplimiento del deber funcional del servidor público, lo que genera serias dudas en torno a la legítima aplicación del derecho penal frente al derecho disciplinario.

Estas tres características dogmáticas deben leerse bajo la premisa inicial de bien jurídico colectivo que es la administración pública. Es decir, la indisponibilidad del bien jurídico por todos los titulares y su relación de protección con bienes jurídicos individuales hacen que, en su conjunto, se trate de un bien jurídico con particulares consideraciones dogmáticas que requieren ser tenidas en cuenta al momento de elaborar juicios concretos de responsabilidad penal.

Esta caracterización dogmática no debe ser entendida de forma aislada, pues, sin duda, su lógica obedece a necesidades político criminales que el ordenamiento penal se ha trazado en todas sus fases de criminalización. Por todo lo dicho, en este artículo hemos entendido que hay una relación de incidencia mutua entre las formas dogmáticas de los delitos contra la administración pública y determinadas necesidades político criminales que han guiado su persecución en Colombia. La política criminal, en este sentido, constituyéndose como nuestro marco teórico y desde una mirada analítica y propositiva, debe ser medida por su eficacia para el cumplimiento de los fines trazados en la criminalización de estos comportamientos.

Como todo análisis de política criminal que se pregunta por su eficacia, es necesario acudir a fuentes empíricas<sup>1</sup> que sustenten posiciones, justificaciones, críticas o proposiciones de los esquemas políticos que se han implementado para la persecución penal de ciertos delitos.

Con el panorama expuesto, este artículo analiza la eficacia del modelo de política criminal que se ha implementado en Colombia, a partir del Código del año 2000, para la persecución penal de los comportamientos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública. Reconociendo que son muchos los comportamientos que se agrupan en este bien jurídico y bajo la necesidad de una delimitación del objeto de investigación, hemos escogido ocho (8) tipos penales para responder la pregunta formulada: el peculado por apropiación; la concusión; los cohechos propio, impropio y por dar u ofrecer; la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; el interés indebido en la contratación y la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales. Su escogencia, lejos de ser arbitraria y a partir de la necesidad de delimitación que es propia de un trabajo de investigación como el aquí se pretende, se fundamenta en lo siguiente: en estos ocho comportamientos se identifica una de las situaciones que más generan exigencias político criminales, al bien jurídico de la administración pública, cual es la persecución penal de la corrupción en el sector público. Así, en estos ocho comportamientos se alcanza a identificar con mucha claridad la ilícita confusión entre los intereses colectivos con el interés particular del servidor, de modo que le corresponde al ordenamiento jurídico (incluso a través de su componente penal), desestimular estos comportamientos buscando generar de nuevo, aun ante su constante defraudación, una confianza en lo público. Por lo tanto, estos casos constituyen una clara muestra de exigencias político criminales con miras a generar confianza en lo público.

---

<sup>1</sup> En una sentencia fundamental para la comprensión de las relaciones de la política criminal con los demás saberes penales (T-762 de 2015), la Corte Constitucional determinó la necesidad de los fundamentos empíricos para los debidos juicios de corrección política y su relación con el castigo penal.

Por eso, estos ocho comportamientos nos permitirán determinar la eficacia del modelo político criminal escogido para el bien jurídico en su totalidad, pues representan los mayores niveles de intervención que se le ha dado al derecho penal.

Así las cosas, aunque el presente escrito resultado de investigación no da cuenta del fenómeno de la corrupción administrativa, pues este, además de desbordar las necesidades de delimitación y extensión de este artículo, requiere de amplias consideraciones sociológicas que escapan a la mirada concreta que rodea nuestra pregunta problema, sí nos sirvió para escoger, dentro de todos los tipos penales existentes, aquellos que, de mejor manera, representan el modelo político criminal elegido por parte de nuestro ordenamiento penal para la protección del bien jurídico de la administración pública. Como se mencionó anteriormente, son los casos que, bien por la frecuencia, bien por la gravedad, representan en mayor medida necesidades de intervención político criminal en el bien jurídico de la administración pública, con miras a restaurar la confianza en lo público defraudada con el acto ilícito.

Como hipótesis de trabajo estimamos que el modelo político criminal que se ha elegido para la protección penal de la administración pública no ha sido eficaz, lo que nos lleva a preguntarnos no sólo por las causas de la misma, sino, luego de demostrar empíricamente la hipótesis, a proponer algunas soluciones o consideraciones en los medios seleccionados para las fases de criminalización, de modo que se pueda mejorar la eficacia a partir de la finalidad preventiva que debe guiar al operador jurídico penal.

De acuerdo con la pregunta problema hemos acogido un método de investigación analítico que parte de la descomposición del objeto de estudio en sus diversos componentes con miras a determinar su cabal entendimiento. El método pretende dar cuenta de la contradicción aparentemente existente entre una teoría político

criminal y los efectos concretos en su aplicación en Colombia. De este modo, el tipo de investigación será cualitativo, pues requerimos también de la valoración de datos con miras a determinar los niveles de eficacia que rodean la pregunta de investigación descrita. El estado del arte se construyó en varias fases o momentos: en primer lugar, se delimitó el objeto de investigación, su novedad y posible impacto y las categorías analíticas requeridas como objeto de estudio. En un segundo momento, determinadas las categorías analíticas, se hizo una búsqueda del material bibliográfico relevante: esta búsqueda priorizó libros de investigación o artículos del mismo tipo, así como tesis debidamente registradas en repositorios institucionales y en algunos sistemas de Bibliotecas, entre estas la Universidad Pontificia Bolivariana, Universidad Nacional de Colombia, Universidad Eafit, Universidad Externado de Colombia, Universidad Libre de Colombia y en otras bases de datos como Dialnet, Indret, Nuevo Foro Penal, Cuadernos de Derecho Penal y Revista de derecho penal y criminología. Con la búsqueda realizada se constató la no respuesta al problema de investigación aquí formulado, de modo que se soportara la novedad investigativa. Por último, para la construcción del estado del arte, se realizaron consultas en fuentes oficiales o mediante derechos de petición a entidades públicas (FISCALIA e INPEC), con la finalidad de tener acceso a los datos que justificarían nuestra hipótesis.

Bajo este horizonte de proyección, este artículo se estructura así: en una primera parte realizamos un ejercicio de caracterización dogmática de los delitos contra la administración pública. Para ello, analizaremos las categorías que, desde esta perspectiva, hemos identificado como comunes a este bien jurídico. En un segundo momento, identificamos el modelo político criminal que ha guiado la intervención penal en la persecución de los comportamientos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, de tal manera que podamos, en un momento posterior, analizar empíricamente los niveles de eficacia del mismo. Todo esto nos permitirá, a manera conclusiva, identificar posibles soluciones o propuestas que determinen

juicios de corrección a los medios político criminales que se han escogido para alcanzar la finalidad buscada.

## **1. Caracterización dogmática de los delitos contra la administración pública en Colombia**

Los tipos penales agrupados en el bien jurídico objeto de tutela, denominado administración pública, regulado en el título XV de la Ley 599 de 2000, poseen algunas características comunes que determinan su estructura dogmática. La finalidad de identificarlas es poder relacionar el tratamiento dogmático con la propuesta político criminal que rodea la persecución penal de estos delitos.

Así las cosas, un análisis de estas características parte de su explicación como premisa para las relaciones que se harán en un segundo momento en este escrito.

Comencemos por decir que los tipos penales en cuestión se agrupan en un bien jurídico colectivo. Si bien son muchas las definiciones que se pueden encontrar sobre este tipo de bienes jurídicos, basta aquí con identificar sus características esenciales y diferenciales con los bienes jurídicos individuales: (i). Su titularidad es difusa. Ya que los sujetos pasivos son indeterminados pero determinables. (ii). la indisponibilidad del bien jurídico. Bajo esta característica puede afirmarse que, a diferencia de los bienes jurídicos individuales, en los colectivos está prohibida la disponibilidad del objeto de protección por los titulares Soto (2005, págs. 888-893). (iii). su relación, directa o indirecta (bienes jurídicos colectivos supraindividuales y bienes jurídicos colectivos institucionales, respectivamente) con bienes jurídicos individuales. Es decir, en los bienes jurídicos de carácter supraindividual se protegen de forma directa bienes jurídicos individuales, los cuales están claramente determinados en el objeto de protección, como es el caso de la salud pública. En los bienes colectivos de carácter institucional la relación con los bienes jurídicos individuales es indirecta, pues representan funciones, casi siempre públicas (como

el caso de la administración pública), en las cuales no se determinan los bienes individuales que se protegen; aunque su protección es evidente a modo indeterminado.

Todo bien jurídico (individual y colectivo), es una protección específica que el legislador penal hace con base en las garantías que emanan de la Constitución Política. Así las cosas, dentro del legítimo ejercicio del poder punitivo del Estado, le corresponde al legislador determinar los objetos de protección conforme con la escala de valores recogida en la Constitución. De este modo, toda norma penal recoge, de una manera directa, la protección de uno o varios bienes jurídicos.

Respecto al bien jurídico como objeto inmediato de protección de la norma penal, a partir de una determinación de valoración de la realidad social, podemos señalar, desde una mirada político criminal, que todo bien jurídico ha obedecido, de manera previa, a una exigencia de protección política.

La administración pública es, bajo lo explicado, un bien jurídico colectivo que protege una concreta función: la administración de lo público o el debido ejercicio de la función pública (Ortiz de Urbina, 2006). Su titular es el Estado, con independencia de los actos de delegación que permanentemente hace en particulares. Representa la protección de una o varias instituciones que se encargan del cumplimiento de los fines del Estado (Stratenwerth, 2007). Por eso, su relación con bienes jurídicos individuales es indirecta, a diferencia de lo que ocurre con los bienes jurídicos colectivos de carácter supraindividual.

Para el cumplimiento de los objetivos y con el fin garantizar los derechos de todos los asociados, la administración pública se materializa en dos principios básicos en su funcionamiento que han sido señalados por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-826 de 2013. Por un lado, la eficacia, que se halla principalmente en el artículo 2 de la Constitución Política, al establecer que uno de los fines esenciales

por garantizar es la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Carta y, por otro lado, la eficiencia, por medio del cual los servidores públicos poseen la capacidad de realizar o cumplir de forma apropiada las funciones que le han sido asignadas bajo un análisis de costos y beneficios a fin de satisfacer las necesidades básicas de la ciudadanía y así evitar la malversación de los recursos públicos.

Estos dos principios se encuentran encaminados a la consecución de los fines esenciales definidos en un Estado Social de Derecho.

La doctrina y la jurisprudencia han coincidido en establecer que la administración pública tiene dos visiones, una estática o material, referida a los órganos que estructuran la Administración pública y otra dinámica o subjetiva, referida al ejercicio de la función pública, es decir, que compete con los servidores públicos. En ese sentido, por ejemplo, lo ha establecido Uribe (2013, pág. 16). Con esto, podríamos reiterar, a modo de síntesis, que el bien jurídico de la administración pública se traduce en la protección penal de la función pública.

Concretado lo anterior, debemos decir que gran parte de los comportamientos que se agrupan en el bien jurídico de la administración pública son tipos de peligro. En estos se anticipan las barreras de protección de los bienes jurídicos, de modo que ya no está solamente prohibido lesionarlo, sino que también estará prohibido ponerlo en peligro.

Cuando se mezclan las características del bien colectivo con la técnica propia de los delitos de peligro aparece una estructura dogmática bastante particular en el derecho penal contemporáneo: aquella que identifica focos de peligro y mediante la anticipación de las barreras de protección justifica la afectación de objetos de protección difusos. No se trata, *per se*, de una estructura indebida, sino que, sin duda, constituye un mayor marco de exigencia para la justificación de comportamientos bajo la órbita del derecho penal. Esto, pues, el tipo de peligro

(máxime si es de peligro abstracto) agrupado en un bien jurídico colectivo, podría generar amplios escenarios de punición, lo que debe generar en el operador jurídico exigencias de verificación de garantías materiales o formales que irrigen todas las fases de criminalización.

Para un mejor entendimiento y acorde con Duque (2017), en los delitos de peligro (particularmente en peligro abstracto) ocurre lo siguiente: se trata de aquellos casos en los cuales la simple realización de la acción (reputada como peligrosa *ex ante* por el legislador) colma el injusto penal. De allí que, para afirmar la antijuridicidad, en estos casos, solo basta con la realización de la conducta típica.

Desde esta perspectiva, el injusto penal en los delitos que atentan contra la administración pública se relacionaría, fácilmente, con la sola infracción del deber del servidor público, a partir de su posición de garantía funcional. Por ende, la mejor manera que la política criminal ha encontrado para proteger este bien jurídico colectivo es anticipando las barreras de protección del mismo, de forma que para predicar la antijuridicidad del comportamiento baste con afirmar que un sujeto, con una calidad especial, infringió su particular deber de actuación y afectó la función pública a él encomendada. Esto es, existiría coherencia dogmática en la exigencia del deber especial al servidor público y la tipificación del comportamiento como de peligro abstracto.

Al respecto, como lo menciona Duque (2015):

El peligro, en los delitos de peligro abstracto, no es un elemento del tipo penal, sino sólo el motivo que tuvo el legislador al momento de la creación típica. Al no ser un elemento esencial del tipo, no debe exigirse su comprobación, pero, no exigiéndose ésta, los requerimientos del injusto se satisfarían con el sólo desvalor de acto y, por ende, en el proceso penal bastaría con demostrarse la peligrosidad de la conducta, sin ninguna valoración al bien jurídico. Es decir, la imposibilidad jurídica de

demostrar el desvalor de resultado en los delitos de peligro abstracto termina por aminorar los límites formales y materiales que supone un juicio de responsabilidad penal (p. 94).

Si bien la exigencia del disvalor de resultado pasa a un segundo plano en los delitos de peligro abstracto, la Corte Constitucional ha querido mantener la exigencia de un resultado. A nuestro juicio, esta idea de la Corte es acertada, pues solo serían admisibles, político criminalmente hablando, aquellos comportamientos de los que se pueda verificar un peligro concreto, pues es ello lo que exige la norma rectora de la antijuridicidad prevista en la parte general del Código Penal colombiano. De esta forma, la Corte Constitucional<sup>2</sup>, mediante sentencia C-939 del 31 de octubre del año 2002, con ponencia de Montealegre Lynett, se expresó de la siguiente manera:

Los tipos de peligro concreto, son aquellos en los cuales no basta con la realización de la conducta prohibida por el ordenamiento, sino que se requiere fundamentalmente la presencia de un elemento adicional: que, en el caso concreto, el juez determine si esa situación peligrosa prohibida por el tipo penal, efectiva y realmente ha generado un peligro próximo para el bien jurídico.

Mientras en los delitos de peligro abstracto falta la característica del peligro en el tipo, en los delitos de peligro concreto se exige la causación de un peligro para el bien jurídico. Peligro que se predica no de la actividad en sí misma, sino de las consecuencias que de ella se derivan. Es decir, se exige un resultado de peligro.

Sin embargo, más allá de la corrección político criminal y del deber ser del derecho penal, la consagración de los delitos de peligro abstracto, por su propia naturaleza, impiden la verificación del disvalor de resultado. Por ello, como ya se ha dicho, en

---

<sup>2</sup>Corte Constitucional. (2020). Bogotá D.C. Sentencia C – 939 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Hacer punible una simple actividad peligrosa que, en virtud de una valoración anticipada del legislador se considera necesaria de intervención penal. Se trata de los llamados delitos de peligro abstracto, en los cuales *la simple realización de la actividad prohibida es relevante para el tipo*, sin que se requiera verificar que realmente ha producido una situación de riesgo para los bienes jurídicos protegidos.

ellos la antijuridicidad surge con la sola realización de la conducta descrita en el tipo penal. Con razón, muchos autores han denominado a estas figuras como delitos de peligro presunto, Mir (2016), Corigliano (2005), Cita (2012), entre otros.

Ahora, en contraposición a los delitos de peligro abstracto, se encuentran los delitos de peligro concreto. En estos, para afirmar el injusto, no basta con la realización de la conducta prohibida por el tipo penal, sino que se requiere, además, de verificar que en el caso concreto la conducta realizada generó un efectivo peligro para un bien jurídico. Es decir, en el peligro concreto, a diferencia del peligro abstracto, puede diferenciarse con claridad el disvalor de acto del disvalor de resultado. Así, en estos casos, la antijuridicidad se relaciona con el disvalor de resultado; no con el disvalor de acto.

Tomando algunas consideraciones presentadas por Cita Triana (2012) respecto a los delitos de peligro abstracto, estos delitos representan una lesión a un bien protegido por el derecho penal debido a la peligrosidad de la acción, donde el injusto se presenta al quebrantar determinado bien jurídico y no con una consideración eventual del resultado. Considera este autor que en estos delitos no existe el peligro, aunque son delitos de peligrosidad donde la sanción o la pena se refiera a un acto de desobediencia del ciudadano, en los delitos de peligrosidad la antijuridicidad como elemento del delito, está ausente.

Ahora bien, por su parte, Roxin (1997, pág. 407), sostiene que, los delitos de peligro abstracto son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto, la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo (Santana-Vega, 2000; Vargas-Pinto, 2007; Duque-Pedroza, 2015; Beristain, 1969).

De lo dicho puede extraerse que el peligro en los delitos de peligro abstracto, es creado por el legislador como motivo para la categorización de la acción y no por el sujeto activo al momento de cometer la conducta punible; tal como se mencionó, la transgresión producida por estos tipos penales, es la inobediencia a la norma y se aísla del logro del daño; castigándosele al sujeto la trasgresión legal y excluyendo la lesión o el peligro concreto (Miraut, 1996; Méndez, 1993). En los delitos de peligro concreto, el peligro del bien jurídico si es un elemento del tipo, que se traduce en el desvalor del resultado para los mismos, Cerezo (2006).

En segundo lugar, los tipos penales agrupados en el bien jurídico de la administración pública son, por regla general, tipos de sujeto activo calificado. Es decir, en ellos suele exigirse una calidad especial en el sujeto activo para poder ser tal. Para el caso, la condición que en ellos se exige es la de servidor público. El concepto de servidor público es desarrollado en el artículo 20 del Código Penal, así:

Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Este enunciado se integra al artículo 123 de la Constitución Política, el cual, de la misma manera que la regulación del Código Penal, define la institución de una manera enunciativa, esto es, mencionado los casos en lo que una persona tiene la condición de servidor público. De ambos enunciados se puede extraer que, coherente con la definición que hemos dado de administración pública para efectos penales, el servidor público es aquel que, en su función, desempeña una función pública (Suárez, 2000). Del mismo modo, la función existe en aquellos particulares

que, por expresa disposición o por virtud de una delegación, ejerzan funciones públicas.

Frente a la definición de servidor público, se puede concluir que se trata de aquella persona que, de acuerdo a la Constitución y la ley, ejerce una función pública de forma permanente o transitoria.

La Corte Constitucional, en sentencia C-563 de 1998, con ponencia de Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz, ha definido el concepto de función pública de la siguiente manera:

En sentido amplio la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines. En un sentido restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que está investido regularmente de una función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento.

Por la importancia político criminal de la exigencia de la calidad especial en el sujeto activo, se justifican las construcciones que, en materia dogmática, se hacen bajo el concepto de infracción del deber (Caro, 2006; Sánchez-Vera, 2014; Torres, 2005).

Es decir, el fundamento del castigo penal, en estos casos, radica en la afectación al deber funcional que se predica del servidor público. De este modo, el tratamiento punitivo que se hace para el servidor público descansa en un mayor reproche en su comportamiento, toda vez que de éste se espera un comportamiento apropiado, de protección y garantía respecto a sus deberes legales determinados con el bien jurídico de la administración pública (Meini, 2018). Con razón, podría decirse que el

servidor público es, respecto de la administración pública, garante respecto de su protección (Vargas, 2006).

En este sentido, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, según sentencia identificada con radicado 25536, del 27 de julio del año 2006, se expresó en los siguientes términos respecto a la posición de garante:

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el deber jurídico concreto de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable. Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la posición de garante. En sentido restringido, viola la posición de garante quien estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión. En sentido amplio, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la posición de garante quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

Estas notas son importantes pues es común identificar el fundamento del injusto penal como el mismo para justificar la ilicitud disciplinaria. Esto, si bien no es legítimo, suele ser un lugar común en los discursos justificativos en este campo. A nuestro juicio, la antijuridicidad penal debe, en todos los casos, relacionarse con el grado de afectación del bien jurídico; lo que no ocurriría en materia disciplinaria en donde basta solo con evidenciar el incumplimiento del deber funcional del servidor público. En este sentido, por su posición de garante y en cuanto a sus calidades especiales, el servidor público deberá evitar el incumplimiento a sus deberes respecto a las funciones que se le confiaron, con el fin de no poner en peligro o lesionar el bien jurídico objeto de protección. En materia disciplinaria la

antijuridicidad del incumplimiento se presenta por una afectación injustificada del deber funcional, que se conoce como ilicitud sustancial, la cual se soporta en la infracción o el incumplimiento del deber y que lesionó o puso en peligro la eficiencia de la función pública. De este modo, el estudio de la ilicitud sustancial en materia disciplinaria es también un fundamento (necesario más no suficiente), para construir la antijuridicidad penal de los comportamientos agrupados en el bien jurídico de la administración pública.

Este concepto guarda mucha relación con lo que desde el derecho disciplinario se conoce como ilicitud sustancial (Ramírez, 2014).

La Corte Constitucional se ha referido al concepto de ilicitud sustancial, mediante sentencia C-452 de 2016, de la siguiente manera:

Respecto al concepto de ilicitud sustancial como condición constitucional de las faltas disciplinarias, que el ejercicio de la función pública, deberá estar encaminada a cumplir los fines esenciales del Estado, previstos en la Constitución Política en su artículo 2º, con el objetivo de que los servidores públicos deberán orientar sus actuaciones hacia el cumplimiento de sus deberes específicos, así como de los principios generales del ejercicio de la función pública desarrollados en el artículo 209 Constitucional, siendo estos la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. La actividad sancionatoria propia del derecho disciplinario, se impulsa cuando éstas reglas y principios se incumplen. Tal como lo ha expresado la Corte Constitucional en sus diferentes jurisprudencias, el presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la comisión o la omisión que interfiere en el ejercicio adecuado o en el incumplimiento de un deber funcional por parte de un servidor público en las funciones que éste ejerce.

Es decir, el concepto de ilicitud sustancial establecido en el código disciplinario sancionador guarda amplia relación con el concepto de incumplimiento al deber funcional y por ende con el concepto de antijuridicidad en los delitos contra la administración pública: en todos los casos se parte del incumplimiento al deber de

protección garantía respecto del bien jurídico. Sin embargo, como ya se explicó, a nuestro juicio deben diferenciarse con claridad para efectos penales.

Una vez identificadas y explicadas las características dogmáticas comunes a los delitos agrupados en el bien jurídico administración pública, podemos señalar que el legislador describe estos tipos penales toda vez entiende la gravedad de estos comportamientos y busca anticipar o eliminar el foco de peligro. Es decir, las características dogmáticas son tales pues el legislador ha entendido la particularidad de estos comportamientos, basados en su gravedad. Desde ella, ha querido prevenir su ocurrencia eliminando el foco de peligro y justificando la antijuridicidad de los mismos solo a partir de la simple verificación de la afectación al deber funcional del servidor público.

Con lo visto, hemos descubierto el horizonte de proyección para el capítulo que sigue, consistente en determinar el modelo político criminal que ha orientado la persecución de los delitos contra la administración pública en Colombia. Con esto demostraremos cómo las exigencias político criminales han impactado, fuertemente, las consideraciones dogmáticas vistas.

## **2. Caracterización y análisis político criminal de los delitos contra la administración pública en Colombia**

En el capítulo anterior señalamos las características comunes y esenciales de los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública. Ahora, en este punto, debemos afirmar que la dogmática penal se ve afectada, en sus construcciones, por las valoraciones propias de la política criminal. Es decir, que el tratamiento dogmático, en sus formas de interpretación, sistematización y crítica, pueden llevar al conocimiento de los contenidos adecuados al derecho positivo de forma coherente. Así, la relación entre el método dogmático y la política criminal en

los delitos contra la administración pública se explica a partir de las ideas de prevención y reacción que acompañan los procesos de criminalización (primaria y secundaria que acompañan la política criminal. En otras palabras, afirmamos que si bien la relación entre dogmática penal y política criminal es cercana (Sánchez-Ostiz, 2012; Muñoz-Conde, 2013), en los casos de los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración lo es aún más (Amézquita-Toro, 2017; Silva-Sánchez Jesús, 1997; Fabian-Caparrós, Ontiveros-Alonso, & García, 2012), en tanto que regulan comportamientos con una marcada reacción social, frente a los cuales, constantemente, se plantean necesidades de reforma o mayor intervención con miras a lograr una eficaz prevención. De esta manera, la dogmática penal y la política criminal se integran de manera firme como mecanismos de control del ejercicio del poder punitivo.

Bajo esta perspectiva y en línea metodológica con lo esbozado en el capítulo anterior, en este, nos encargaremos de analizar e identificar el modelo político criminal que en esta materia se ha acogido en Colombia, por lo menos desde el año 2000, a partir de la expedición del Código Penal vigente.

Para esto, por supuesto, es necesario primero establecer qué entendemos por política criminal. En un mayor grado de abstracción, la institución se ubica como una manifestación concreta de la política. Ahora, si bien este es un tema que, por sí solo, generaría un detallado estudio, para nuestros efectos y de un modo muy general podríamos concluir que la política, desde un punto de vista etimológico, tal y como lo afirma Bobbio (1992), traduce una derivación del adjetivo de “polis” significante de todo lo referido a la ciudad. Por su parte, la Real Academia de la Lengua Española la define como el arte, doctrina u opinión referente al gobierno de los Estados como actividad de los que rigen o aspiran a regir los asuntos públicos. Por último, Aristóteles (1988) la definió como el arte y formas de gobernar a los pueblos (la Polis).

Para nosotros y desde lo dicho, podemos resumir diciendo que la política es la manifestación de poder del Estado que, al valorar medios y fines, escoge los más adecuados para el cumplimiento concreto de sus funciones. Esto es, la política, a través del medio “poder” es garantía del orden social (Luhmann, 2009). Por esto, para la selección de los medios, deben solo escogerse aquellos que, constitucionalmente, encuentran validez en un orden social determinado. Así, no todo acto de poder sería un acto de política legítima; pues solo lo serían aquellos que se incrusten dentro de las disposiciones constitucionales que operan como límites de los actos políticos. De este modo, en un Estado constitucional, como diría Ferrajoli (2004), no sobre todo se puede decidir y no sobre todo se puede dejar de decidir.

Una vez identificado el concepto de política, podemos intentar definir la política criminal. Esto, aun reconociendo que son innumerables sus definiciones. Para ello, podríamos partir de algunos conceptos que ya hemos identificado. Coherentes con lo afirmado, consideramos que la política criminal es la concreta manifestación de poder del Estado encaminada a valorar los medios (legítimos) para combatir los hechos delictivos. Es decir, como en todo acto político, en su componente de criminal se seleccionan medios (verbigracia: coacción penal, control social no penal, sanciones administrativas, interiorización cultural, etc.), para determinar cuáles de ellos son más útiles para hacerle frente a la delincuencia. Por supuesto que, en este sentido, particular relevancia adquiere la finalidad que se le asigne al derecho penal. Esto, pues si, como ocurre en Colombia, la pena tiene una finalidad mixta (no solo retributiva sino también preventiva), todo acto de política criminal debe valorarse en atención a dichos fines preventivos. De otro lado, el uso condicionado de la finalidad retributiva se encuentra, por lo menos, aparentemente garantizado por los límites formales y materiales al ejercicio del poder punitivo. De este modo, en los casos de los delitos contra la administración pública, los problemas de legitimación en la intervención penal casi siempre tienen que ver con asuntos de índole preventiva. ¿Hasta dónde previene determinada medida penal?, sería la pregunta a resolver.

De una manera más concreta y partiendo de la escogencia de medios que supongan una mayor intervención penal, la pregunta por la eficacia del modelo político criminal escogido sería la siguiente: ¿determinada intervención penal (medio escogido) ha servido para prevenir los hechos delictivos a los que quiere hacerle frente?

Por otro lado, y en la búsqueda de diferentes conceptos de política criminal, queremos relatar el adoptado por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 646 de 2001:

Es el conjunto de respuestas que un Estado estima necesario adoptar para hacerle frente a conductas consideradas reprochables o causantes de perjuicio social con el fin de garantizar la protección de los intereses esenciales del Estado y de los derechos de los residentes en el territorio bajo su jurisdicción. Dicho conjunto de respuestas puede ser de la más variada índole.

Este concepto es importante pues evidencia la necesaria articulación entre todo el sistema penal (sustantivo, procesal y de ejecución) y los demás sectores sociales, con el fin de trazar los debidos medios para la reacción y prevención del fenómeno delictivo.

También el profesor Silva (1997), en su reconocido libro homenaje al profesor Claus Roxin, se refiere a la política criminal como el elemento fundamentador del contenido de las categorías del sistema dogmático. Es decir, el profesor Silva, partiendo de los planteamientos que en esta materia ha realizado el profesor Roxin, también estima una necesaria y pertinente relación entre el sistema dogmático del delito y la política criminal, de modo que entre ambos deben producirse relacionamientos e irrigaciones que, por un lado, doten de contenido las categorías dogmáticas y que, por otro lado, limiten la intervención punitiva mediante el cumplimiento de las garantías que se requieren para su legítima intervención. Por ello, señala Silva (1997), compartiendo lo dicho por Roxin, que el modelo de política

criminal propuesto por éste se basa en una política orientada a valores, articulando las garantías formales y materiales del Derecho penal. Así, reconoce que éste no solo posee fines de control sino, también, un fin basado en la racionalidad valorativa, buscando hacer posible la sana convivencia en la sociedad.

En este horizonte proyectivo es necesario recalcar la importancia de Claus Roxin. Se le reconoce al profesor Roxin estimar la íntima relación entre dogmática penal y política criminal. A su juicio, la razón de ser de la política criminal estriba en orientar las construcciones dogmáticas a sus fines. Es decir, la política criminal, en Roxin (1992; 2006), limita y da sentido a todas las consideraciones normativas necesarias para la construcción del delito. De allí que, coherente con su planteamiento, el fin de la protección de bienes jurídicos permea, en diversas manifestaciones, todas las categorías dogmáticas del delito.

En un sentido similar estima el profesor Borja (2003), basado también en la concepción roxiniana, que la política criminal es una disciplina que va orientada con la dogmática jurídico penal y la criminología, hacia la prevención del hecho delictual, la cual aborda los comportamientos y las problemáticas sociales de los ciudadanos que quebrantan las reglas básicas de convivencia social cuando causan alguna lesión o ponen en riesgo a una persona o a la sociedad en general, buscando desarrollar estrategias en la lucha contra el delito.

Por ello es que la política criminal, en un Estado Social y Democrático de Derecho, estará siempre sujeta a límites, pues procura luchar contra los hechos delictivos optando como punto de partida y de llegada al respeto de los principios y garantías fundamentales de todos los ciudadanos.

Es decir, la política criminal no debe desconocer la problemática delincencial de la sociedad, por lo que debe hacerle frente a las conductas delictivas, pero buscando,

a través de la intervención penal, prevenir los hechos sin desconocer los derechos y garantías de todos los asociados.

De allí que, como se mencionó anteriormente, la política criminal guarda una cercana relación con la política y con el ejercicio del poder. Con esto cobra mucho sentido la relación clásica que planteó el profesor Franz Von Liszt (2018) entre política criminal y derecho penal, definida como la acción del Estado en oposición al crimen y afirmando que el derecho penal es la barrera infranqueable de la política criminal. Por tal motivo, afirmaba que el derecho penal es la Carta Magna del delincuente, garantizando la defensa del ciudadano cuando el Estado obre en su contra. Es decir, para él, aun tratándose de un acto de poder, la política criminal debía operar con base en los límites propios del derecho penal, tal y como lo afirman Solano y otros (2019).

En resumen, podríamos decir que la política criminal es el saber que se encarga de evaluar los fines del sistema penal ante la sociedad, las formas y acciones de respuesta del Estado al hecho delictivo y los medios para que estos sean eficaces en la reacción contra el crimen. Con todo, no solo la política penal será política criminal. Sus manifestaciones pueden ser de variada índole: se deben incluir otros tipos de respuestas del Estado al delito, que pueden centrarse en diversos propósitos. Entre estos encontramos la política criminal social, económica, cultural, tecnológica y administrativa.

Una vez identificado el concepto de política criminal nos corresponde ahora establecer, teóricamente, los posibles modelos existentes, a fin de categorizar luego el empleado para el caso colombiano en la persecución de los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública.

En primer lugar, podemos mencionar la política criminal garantista. En esta, el principal objetivo es garantizar los derechos y garantías fundamentales de los

ciudadanos en toda intervención punitiva con miras al esclarecimiento de la verdad procesal y en la búsqueda de la prevención de los hechos delictivos. Este modelo busca modificar el derecho penal positivo cuando se esté obrando arbitrariamente. Así las cosas, evita que un individuo sea castigado injustamente, por lo que, si es declarado culpable, que este castigo se haga efectivo sin desconocer sus garantías y derechos fundamentales.

Como uno de sus mayores exponentes podemos identificar al jurista italiano Ferrajoli (1995), principal referente del garantismo jurídico penal. Sus ideas pueden sintetizarse de la siguiente manera: se designa un modelo normativo de Estado, en el cual existan garantías formales y materiales al ejercicio del poder punitivo. En el marco de un Estado de derecho, mediante el garantismo se protegen los derechos fundamentales de los ciudadanos y se está al servicio de éstos, siendo garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva, permitiendo el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

El garantismo, así concebido, puede ser entendido, bien como un ideal político, bien como un mandato constitucional, bien como un repertorio normativo. (Prieto-Sanchís, 2011).

En todos los casos el garantismo pregonar el necesario reconocimiento de los límites en toda intervención del Estado que suponga una afectación a derechos fundamentales. Por ello, el derecho penal y la política criminal garantista buscará el esclarecimiento de los hechos y las finalidades de prevención del derecho penal pero siempre si se respetan las garantías.

Por otro lado, se encuentra la política criminal *eficientista*. Su nombre se debe a que su finalidad es la eficiencia del derecho penal, sin importar el costo al que se alcance. Es decir, lo importante es verificar los niveles de cumplimiento de las

prohibiciones, por lo que los medios que se utilizan para lograrlo pasan a un segundo plano. Por ello, la intervención del derecho penal se maximiza y, de igual forma, se flexibilizan las garantías, materiales y formales, que surgen de una política criminal garantista.

En resumen, estos modelos de política criminal se diferencian por los medios empleados y los límites impuestos a los mismos para obtener una respuesta infalible y efectiva hacia el delito.

Lo expuesto nos sirve de base para intentar responder a la pregunta por la eficacia del modelo de política criminal que nos hemos planteado para los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública. Así, una pregunta por la eficacia y por la identificación del modelo de política criminal requiere que analicemos los cambios legislativos ocurridos en este bien jurídico en un período determinado, lo cual, unido a las consideraciones dogmáticas ya expuestas para estos delitos, nos permitirá luego encontrar lo que buscaba el legislador colombiano con la intervención penal y lo que se ha alcanzado efectivamente en esta materia.

Así, a continuación, nos encargaremos de realizar una identificación de los cambios e intentos de cambios legislativos propuestos por las diferentes entidades del poder público en Colombia para los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública desde el año 2000 hasta el año 2019.

**Tabla número 1. Tabla con contenido descriptivo**

<b>Año</b>	<b>Ley</b>	<b>Delito (Creación – Modificación - Adición)</b>	<b>Notas</b>
<b>2009</b>	<b>1288</b> del 05 de marzo	El artículo 25 de esta ley modificó la ley 599 de 2000 y creó algunos tipos penales  <b>Creación</b> Artículo 418B – Revelación de secreto culposa	Por medio de la cual se expiden normas para fortalecer el marco legal que permite a los organismos, que llevan a cabo actividades de inteligencia y contrainteligencia, cumplir con su misión constitucional y legal, y se dictan otras disposiciones. Declarada Inexequible,

		Artículo 429B – Revelación de la identidad de agentes de inteligencia	sentencia C 913 del 16 de noviembre de 2010.
2011	1474 del 12 de julio	<p style="text-align: center;"><b>Creación</b></p> <p>Artículo 399A – Peculado por aplicación oficial diferente frente a recursos de la seguridad social integral Artículo 400A – Peculado culposo frente a recursos de la seguridad social integral</p> <p style="text-align: center;"><b>Adición</b></p> <p>Artículo 403A – Fraude a subvenciones Artículo 410A – Acuerdos restrictivos de la competencia Artículo 411A – Tráfico de influencias de particular</p> <p style="text-align: center;"><b>Modificación</b></p> <p>Artículo 68A – Exclusión de los beneficios y subrogados penales Artículo 411 – Tráfico de influencias de servidor público Artículo 412 – Enriquecimiento ilícito Artículo 433 – Soborno Transnacional Artículo 401 – Circunstancias de atenuación punitiva de los delitos de peculado</p>	<p>La ley 1474, por medio de la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, denominada Estatuto Anticorrupción, creó dos tipos penales y adicionó tres más. Por otro lado, en su artículo 33, creó algunas circunstancias de agravación punitiva, respecto a algunos tipos penales.</p> <p>La agravación punitiva que trae el artículo 33, se estableció en catorce (14) tipos relacionados con la corrupción: Art. 246, 250 (numeral 3), 323, 397, 404, 405, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414 y 433.</p> <p>Es importante resaltar que esta circunstancia de agravación punitiva no fue agregada de manera formal en la ley 599 de 2000.</p> <p>Por otro lado, esta ley modificó ciertos elementos del tipo en algunos delitos.</p> <p>Por último, es importante mencionar que el artículo 13 de la ley 1474, modificó el artículo 68A – Exclusión de los beneficios y subrogados penales de la ley 599 de 2000.</p>
2011	1453 del 24 de junio	<p style="text-align: center;"><b>Creación</b></p> <p>Artículo 428 – Abuso de función pública</p> <p style="text-align: center;"><b>Modificación</b></p> <p>Artículo 426 – Simulación de investidura o cargo Artículo 427 – Circunstancias de agravación punitiva de los delitos de usurpación de funciones públicas con fines terroristas (art. 425) y simulación de investidura o cargo (art. 426) y abuso de función pública (art. 428) Artículo 429 – Violencia contra servidor público Artículo 430 – Perturbación de actos oficiales</p>	<p>Por medio de la cual se reforma en Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad.</p> <p>El artículo 426 – Simulación de investidura o cargo, fue modificado respecto al aumento punitivo, se amplió la visión del tipo y se creó una circunstancia de agravación punitiva. Por otro lado, se adiciono un inciso que castiga con la misma pena el uso de uniformes e insignias de personas jurídicas, además se adiciono un tercer inciso donde se estableció una circunstancia de agravación punitiva la cual duplica la pena en casos de ejecución de la conducta con fines terroristas, o cuando la conducta se</p>

			<p>cometa haciendo parte de un grupo delincencial organizado GDO.</p> <p>Artículo 427 – Usurpación y abuso de funciones públicas con fines terroristas, creo una circunstancia de agravación punitiva entre cuatro (4) y ocho (8) años, en los artículos 425, 426 y 428, cuando la conducta se realice con fines terroristas.</p> <p>Artículo 429 – Violencia contra servidor público, en este artículo se aumentó la pena de cuatro (4) a ocho (8) años.</p> <p>Por último, el artículo 430 – Perturbación de actos oficiales, que tenía una pena principal correspondiente a multa, en este tipo la ley adicciono la pena de prisión que oscila entre dos (2) a cuatro (4) años, de igual forma aumento el valor máximo a ocho (8) años en la agravación punitiva.</p>
<b>2016</b>	<b>1778</b> del 02 de febrero	<p style="text-align: center;"><b>Modificación</b></p> <p>Artículo 433 – Soborno transnacional</p>	<p>Por la cual se dictan normas sobre la responsabilidad de las personas jurídicas por actos de corrupción transnacional y se dictan otras disposiciones en materia de lucha contra la corrupción”, modificó algunos elementos del tipo del artículo 433 – Soborno transnacional, respecto al concepto de servidor público extranjero, en la cual se amplió su definición, donde se adicciono el elemento, “relacionado con el ejercicio de sus funciones” a los actos de corrupción que podría realizar el sujeto activo de la conducta.</p>
<b>2016</b>	<b>1819</b> del 29 de diciembre	<p style="text-align: center;"><b>Adición</b></p> <p>Adiciona el capítulo XII, del título XV “de la omisión de activos, la defraudación y la promoción de estructuras de evasión tributaria”</p>	<p>Respecto a temas que versan sobre reformas tributarias y el fortalecimiento de los mecanismos en la lucha contra la evasión y la elusión fiscal en el sector público.</p>
<b>2018</b>	<b>1943</b> del 28 de diciembre	<p style="text-align: center;"><b>Modificación</b></p> <p>En su artículo 63 modificó el capítulo XII, del título XV “de la omisión de activos, la defraudación y la promoción de estructuras de evasión tributaria”</p>	<p>Por la cual se expiden normas de financiamiento para el restablecimiento del equilibrio del presupuesto general y se dictan otras disposiciones.</p>
<b>2019</b>	<b>2010</b>	<p style="text-align: center;"><b>Modificación</b></p> <p>Artículo 434A – Omisión de activos o inclusión de pasivos inexistentes</p>	<p>Por medio de la cual se adoptan normas para la promoción del crecimiento económico, el empleo, la inversión, el fortalecimiento de las finanzas públicas y la progresividad, equidad y eficiencia del sistema</p>

	del 27 de diciembre	Artículo 434B – Defraudación o evasión tributaria	tributario, de acuerdo con los objetivos que sobre la materia impulsaron la Ley 1943 de 2018 y se dictan otras disposiciones.
<b>2019</b>	<b>2014</b> del 30 de diciembre	<b>Modificación</b>  Artículo 38G – Artículo modificado por el artículo 4 de la ley 2014 de 2019.	La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá en el lugar de la residencia o morada del condenado cuando haya cumplido la mitad de la condena y concurren, excepto en aquellos eventos en que fue sentenciado por alguno de los siguientes delitos... “peculado por apropiación; concusión; cohecho propio; cohecho impropio; cohecho por dar u ofrecer; interés indebido en la celebración de contratos; contrato sin cumplimientos de requisitos legales; acuerdos restrictivos de la competencia; tráfico de influencias de servidor público; enriquecimiento ilícito; prevaricato por acción.

**Fuente:** Elaboración propia a partir de CITA y GONZÁLEZ (2017)

Por otro lado, identificaremos las propuestas de proyectos legislativos contra la corrupción y los delitos contra la administración pública que no lograron convertirse en ley pero que tuvieron trámite y discusión en el Congreso. Para esto, identificaremos sólo las más significativas de los últimos años:

- El 23 de julio del año 2017, el ex Fiscal General de la Nación Néstor Humberto Martínez Neira, presentó ante el Congreso de la República el Proyecto de Ley N° 005, “por medio del cual se adoptaban medidas en materia penal contra la corrupción”. En este proyecto de ley se buscaba fortalecer los instrumentos jurídico penales que permitieran más eficacia en la lucha contra la corrupción, intentaba facilitar la judicialización y sanción tanto de los servidores públicos como de los particulares que fueran declarados autores o partícipes de delitos contra la administración pública. Este fue archivado.
- El 08 de agosto del año 2018, por parte de la ex ministra del interior Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda y la ex ministra de justicia y del derecho Gloria María Borrero Restrepo, se presentó ante el Congreso de la República el

Proyecto de Acto Legislativo N° 12, “por el cual se buscaba adicionar un artículo a la Constitución Política”. Esta reforma constitucional pretendía la imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública. Este fue archivado.

- El 28 de agosto del año 2018, por parte del Procurador General de la Nación Fernando Carrillo Flórez, la ex ministra del interior Nancy Patricia Gutiérrez Castañeda y la ex ministra de justicia y del derecho Gloria María Borrero Restrepo, se presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley N° 117, “por el cual se adoptan medidas para promover la probidad administrativa, combatir la corrupción, establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fortalecer el ministerio público y se dictan otras disposiciones “mensaje de urgencia”. Este fue Archivado.
- El 04 de septiembre del año 2018, por parte de algunos Senadores de la República, se presentó ante el Congreso de la República el proyecto de ley N° 127, “por medio de la cual se tomaban medidas en materia de lucha contra la corrupción”. En este proyecto se intentaba regular con más concreción, estrategias para luchar contra la corrupción, partiendo de los efectos y ventajas de la regulación existente. Este fue archivado.
- El 18 de septiembre del año 2018, por parte de algunos Senadores de la República, se presentó el proyecto de ley N° 164, “por medio del cual se buscaba fortalecer las reglas para la persecución penal efectiva y el reintegro de bienes por parte de procesados y condenados por corrupción y delitos contra la administración pública”. Este proyecto tenía por objeto adoptar medidas para la sanción efectiva de los delitos cometidos contra la administración pública, a través de eliminación de beneficios penales y de la modificación del régimen de inhabilidades para contratar con el Estado, con

el fin de garantizar el principio constitucional de igualdad y transparencia. Este fue archivado.

De acuerdo a los modelos de política criminal identificados y una vez contrastados todos los datos: consideraciones dogmáticas, cambios legislativos y propuestas de cambios legislativos, podemos concluir con dos afirmaciones: (i). que en Colombia existe en un modelo de política criminal que ha variado (entre garantista y eficientista) en atención a ciertos momentos históricos que han representado o querido representar una mayor intervención punitiva con miras a mejorar la eficiencia del sistema penal. (ii). que el modelo que se ha acogido en Colombia para la persecución de estos delitos tiene una tendencia a la maximización del derecho penal buscando generar mayor eficiencia preventiva.

Es decir, es cierto que se trata de un modelo que ha querido representar su eficacia en una mayor intervención del sistema punitivo. Esto es, el modelo político criminal establecido se ha enfocado en maximizar el derecho penal, pues se ha creído que, a mayor intervención, mayor prevención de estos delitos.

Por tanto, nuestro objetivo en el capítulo tercero, será valorar los resultados de la maximización en la intervención del derecho penal, a través de una correlación entre el número de noticias criminales y el número de sentencias que se producen, en los mismos periodos de tiempo, por los mismos delitos que escogimos como objeto de estudio empírico en este trabajo.

Coherente con el modelo de política criminal acogido, en Colombia se han impactado fuertemente las consideraciones dogmáticas para estos delitos. Por esto es que el legislador ha valorado la gravedad de estos comportamientos y ha buscado anticipar las barreras de protección del bien jurídico con la creación, cada vez en mayor medida, de tipos penales de peligro.

Así, el sistema penal colombiano ha creado diferentes tipos penales, ha aumentado indiscriminadamente las penas para los delitos ya existentes y ha eliminado subrogados penales para las condenas e incluso por las investigaciones que se adelantan por los delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública. Sin duda, los cambios legislativos y los intentos de cambio demuestran un querer del legislador por prevenir estos hechos. Sin embargo, como se demostrará, se trata de una idea falsa y meramente simbólica: el derecho penal no ha logrado prevenir el fenómeno delictivo en esta materia.

Esto es, hasta el momento, la idea en materia de política criminal ha sido la siguiente: a mayor intervención penal, dogmática y procesal, se ha querido minimizar los hechos delictivos agrupados en el bien jurídico de la administración pública. Por ello, más que afirmar que, a simple vista, se trata de un modelo eficientista, lo cierto es que se ha tratado de un modelo que ha amplificado fuertemente la prohibición y represión punitiva. En síntesis, de todos los medios político criminales posibles, en Colombia se ha acogido, con primacía sobre los demás medios, la vía penal para la prevención eficaz de los delitos agrupados en este bien jurídico, lo que ha obedecido a una falacia según la cual el castigo es la mejor y la única alternativa para disuadir a la sociedad de quebrantar la ley y para reparar el daño ocasionado a ella con la comisión de la conducta punible. Por esto, se hace necesario examinar con detalle que está sucediendo, porque parecería ser que se trata de una política populista que desconoce la realidad de un Estado social de derecho. El Estado colombiano deberá orientar su política criminal a un derecho penal del individuo, fundado en el respeto de los principios, garantías y derechos fundamentales como premisas Constitucionales, donde la justicia de manera institucionalizada coadyuve en pro de la convivencia social.

Así, lo que debemos preguntarnos ahora es: ¿qué tanto ha servido la máxima punición para lograr una efectiva prevención? A esto dedicaremos el tercer capítulo de este trabajo, para lo cual utilizaremos, a modo de correlación, datos obtenidos

de número de denuncias penales comparados con número de condenas, en el mismo periodo analizado, por los delitos escogidos y agrupados en el bien jurídico de la administración pública.

### **3. Análisis de la eficacia del modelo político criminal escogido y propuestas de solución al problema evidenciado**

Para determinar la eficacia del sistema político criminal acogido acudimos a fuentes empíricas que nos permitieran comparar el número, año a año, de las denuncias penales por los delitos escogidos, con el número, año a año, de las condenas por estos mismos delitos. Así, la hipótesis que logramos demostrar en la investigación, con el análisis realizado a la cantidad de denuncias y condenas consultadas en todo el país en la Fiscalía General de la Nación y el Instituto Nacional y Penitenciario INPEC, es que la maximización del derecho penal solo ha aumentado el número de denuncias. Así, la maximización, ni ha logrado prevenir, ni ha logrado una mayor eficiencia del sistema de respuesta penal, pues, como pasará a explicarse, el número de condenas que se producen por los mismos hechos analizados es ínfimo en comparación con el número de denuncias. Con todo, puede afirmarse que en Colombia el modelo político criminal acogido ha sido solo simbólico en la generación de las finalidades preventivas que se ha planteado.

Como lo indicamos desde las primeras páginas de este escrito, hemos seleccionado para el análisis ocho tipos penales: el peculado por apropiación; la concusión; los cohechos propio, impropio y por dar u ofrecer; la violación al régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; el interés indebido en la contratación y la celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales esenciales.

Estos tipos penales se analizarán de acuerdo a las noticias criminales recibidas por la Fiscalía General de la Nación y las condenas presentadas por los mismos delitos,

certificadas por parte del Instituto Nacional y Penitenciario INPEC en el periodo comprendido entre el año 2005 hasta el año 2019.

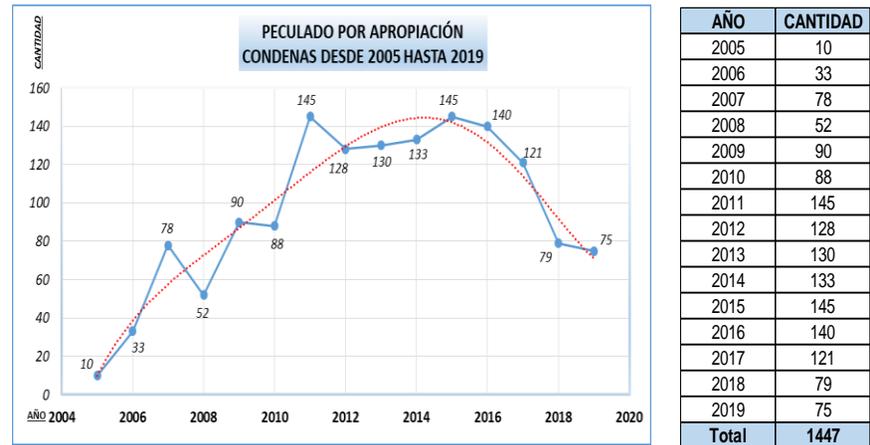
Todos los datos que a continuación se exponen y analizan, fueron recopilados mediante consultas en la Fiscalía General de la Nación y peticiones formuladas al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

**Gráfica número 1.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **PECULADO POR APROPIACIÓN Art. 397 C.P**



Fuente: Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

**Gráfica número 2.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **PECULADO POR APROPIACIÓN Art. 397 C.P**



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

En la gráfica N° 1, se aprecia un generalizado aumento en el número de noticias criminales de 2005 a 2019 (en la mayoría de periodos). Particularmente, pueden identificarse los siguientes cambios significativos en la tendencia: en el periodo comprendido entre 2011 y 2013 se generó el mayor número de noticias criminales. Este aumento puede obedecer a la creación de la Ley 1474 del 12 de julio del año 2011, por medio de la cual se crearon, se adicionaron y se modificaron algunos delitos agrupados en el bien jurídico de la administración pública. Por otro lado, en el período también se creó la Ley 1453 del 24 de junio del año 2011, por medio de la cual modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Infancia y Adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. También, se presentó un aumento en el número de noticias criminales entres los años 2017 y 2018. En este periodo se creó la Ley 1943 del 28 de diciembre del año 2018, por medio de la cual se modificó el capítulo XII del título XV relacionado con la omisión de activos, la defraudación y la promoción de estructuras de evasión tributaria. Por otro lado, en

el año 2018 se realizaron elecciones presidenciales y del Congreso de la República para elegir Senadores y Representantes a la Cámara y se presentó cambio de gobierno, lo cual, sin duda alguna, impacta los procesos de maximización del derecho penal. Esto, se debe a que en las jornadas de elección popular se presentan más conductas delictivas que atentan contra el bien jurídico de la administración pública y contra los mecanismos de participación democrática, por los intereses de carácter político que mantienen algunos ciudadanos o candidatos, lo que conlleva a un aumento de denuncias penales por estos delitos.

En la gráfica N° 2, se alcanza a identificar que la cantidad de condenas no es correlativa con el número de denuncias por los mismos años. Solo el **(7.7%)** de los procesos analizados en el periodo se traducen en condenas por el delito de peculado por apropiación.

**Gráfica número 3.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **CONCUSIÓN** Art. 404 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

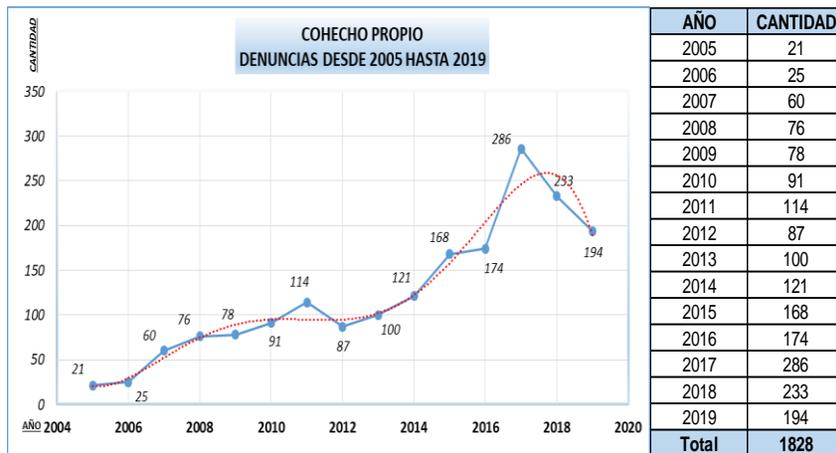
**Gráfica número 4.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **CONCUSIÓN** Art. 404 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

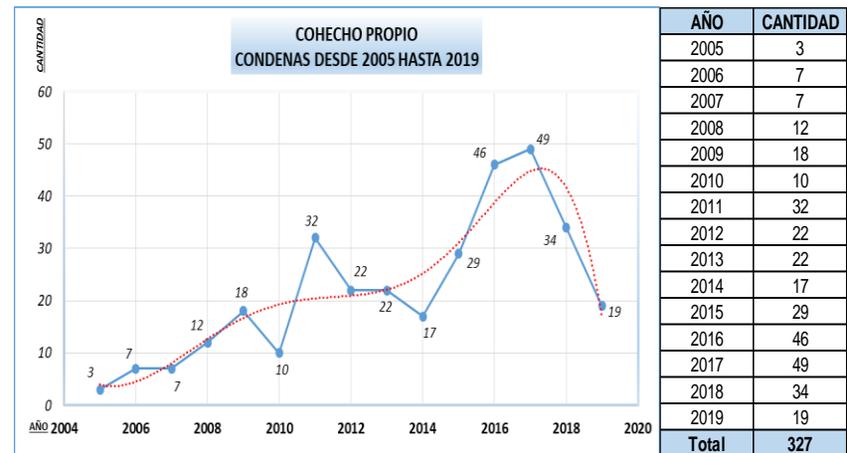
En la gráfica N° 3, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales desde el año 2005 hasta el año 2019. Los sustentos de ello los mismos ya analizados para la gráfica 1. Por su parte, en la gráfica N° 4, se alcanza a identificar que la cantidad de condenas tampoco es correlativa con el número de denuncias por año. Solo el **(10.5%)** de los procesos analizados se traducen en condenas por el delito de concusión.

**Gráfica número 5.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **COHECHO PROPIO** Art. 405 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

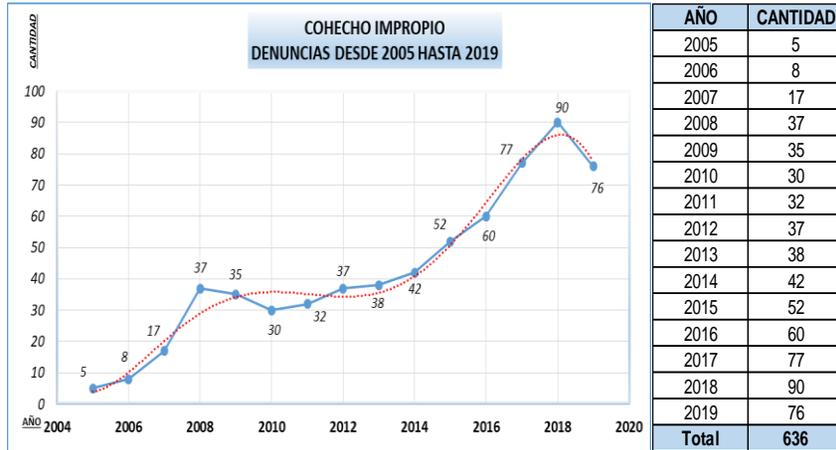
**Gráfica número 6.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **COHECHO PROPIO** Art. 405 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

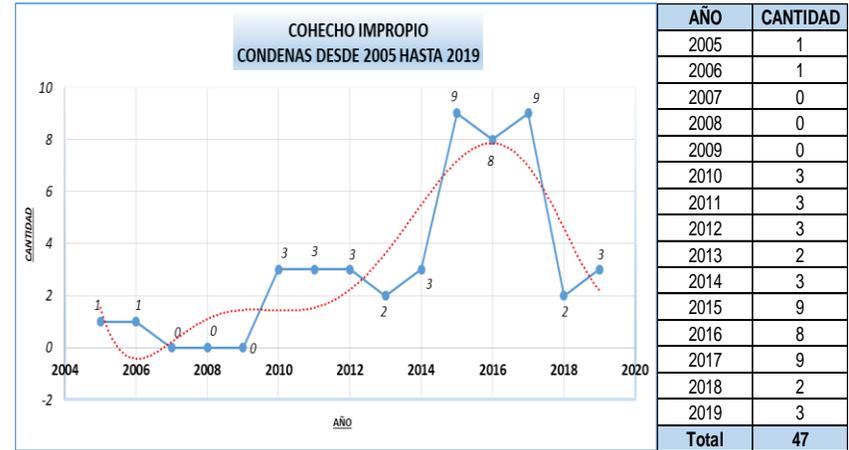
En la gráfica N° 5, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales, desde el año 2005 hasta el año 2019. En el año 2017 se generó un gran número de noticias criminales. Este aumento puede obedecer a la existencia de mayores canales de comunicación o de denuncias entre los sectores públicos y los organismos de control. En la gráfica N° 6, se alcanza a identificar que la cantidad de condenas no es correlativa con el número de denuncias por año. Solo el **(17.1%)** de los procesos analizados se traducen en condenas por el delito de cohecho propio.

**Gráfica número 7.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **COHECHO IMPROPIO** Art. 406 C.P



**Fuente:** Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

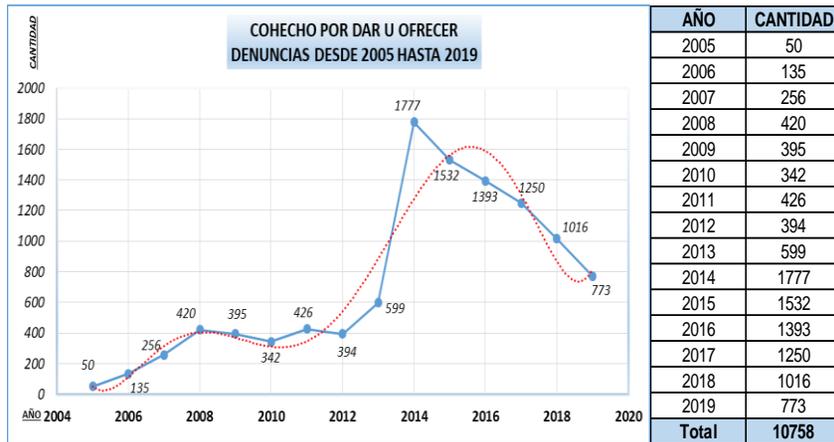
**Gráfica número 8.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **COHECHO IMPROPIO** Art. 406 C.P



**Fuente:** Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

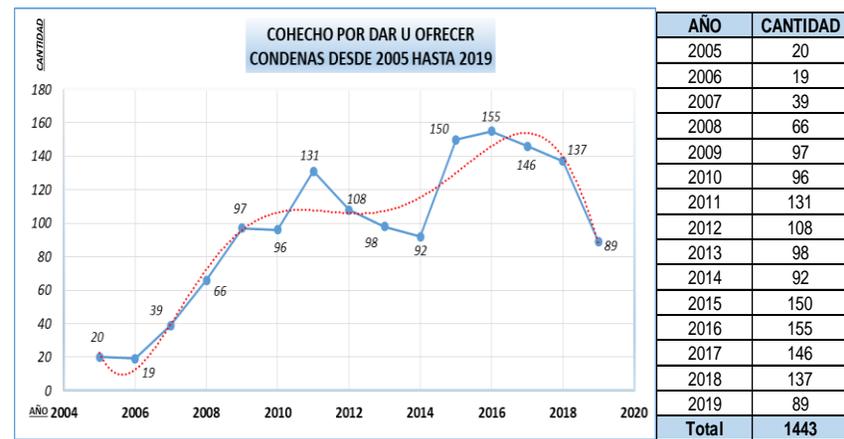
En la gráfica N° 7, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales, desde el año 2005 hasta el año 2019. En la gráfica N° 8 se alcanza a identificar que la cantidad de condenas tampoco es correlativa con el número de denuncias por año. Solo el **(10%)** de los procesos analizados se traducen en condenas por el delito de cohecho impropio.

**Gráfica número 9.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **COHECHO POR DAR U OFRECER** Art. 407 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

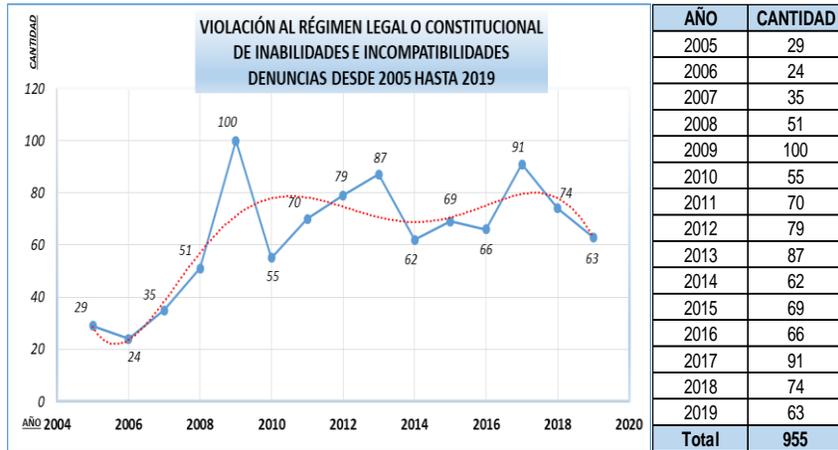
**Gráfica número 10.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **COHECHO POR DAR U OFRECER** Art. 407 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

En la gráfica N° 9, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales, desde el año 2005 hasta el año 2019. Particularmente, pueden identificarse los siguientes cambios significativos en la tendencia: en el año 2014 se generó el mayor número de noticias criminales. Este aumento puede obedecer a las elecciones presidenciales y del Congreso de la República que se llevaron a cabo en este año. También se presentó cambio de gobierno. En la gráfica N° 10 se alcanza a identificar que la cantidad de condenas no es correlativa con el número de denuncias por año. Solo el **(8.7%)** de los procesos analizados se traducen en condenas por el delito de cohecho por dar u ofrecer.

**Gráfica número 11.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **VIOLACIÓN AL RÉGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES** Artículo 408 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

**Gráfica número 12.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **VIOLACIÓN AL RÉGIMEN LEGAL O CONSTITUCIONAL DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES** Artículo 408 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

En la gráfica N° 11, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales, desde el año 2005 hasta el año 2019. En la gráfica N° 12 se alcanza a identificar que la cantidad de condenas no es correlativa con el número de denuncias por año. Solo el **(19.0%)** de los procesos analizados se traducen en condenas por el delito de violación al régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades.

**Gráfica número 13.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS** Artículo 409 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de [fisacalia.gov.co/datosabiertos](http://fisacalia.gov.co/datosabiertos)

**Gráfica número 14.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **INTERÉS INDEBIDO EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS** Artículo 409 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

En la gráfica N° 13, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales, desde el año 2005 hasta el año 2019. En la gráfica N° 14 se alcanza a identificar que la cantidad de condenas correlativa con el número de denuncias. A lo sumo, del número de denuncias por año aproximadamente solo el **(7.0%)** se traducen en condenas por el delito de interés indebido en la celebración de contratos.

**Gráfica número 15.** Cantidad de noticias criminales por año, desde 2005 hasta 2019. **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** Artículo 410 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de fisacalia.gov.co/datosabiertos

**Gráfica número 16.** Cantidad de condenas por año, desde 2005 hasta 2019. **CONTRATO SIN CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES** Artículo 410 C.P



Fuente: Elaboración propia a partir de Inpec. Derecho de petición

En la gráfica N° 15, se aprecia un aumento en el número de noticias criminales, desde el año 2005 hasta el año 2019. En la gráfica N° 16 se alcanza a identificar que la cantidad de condenas no es correlativa con el número de denuncias por año. Solo el **(3.1%)** de los procesos analizados se traducen en condenas por el delito de contrato sin cumplimiento de requisitos legales.

De todos los datos analizados puede concluirse la no eficacia de los modelos de criminalización primaria y secundaria utilizados para la persecución penal de los delitos contra la administración pública. Ante la verificación de la hipótesis planteada, hemos querido ir un paso más adelante y proponer, a partir de la identificación del problema, una posible mejora a la prevención del fenómeno, sin que suponga desconocer garantías fundamentales y sin que suponga (pues ya se demostró que ha sido una estrategia que no ha cumplido los fines), una maximización del derecho penal. Veamos:

Comencemos por afirmar, a modo de premisa, que el principio de legalidad para los servidores públicos opera en forma diversa que para los particulares. El servidor público tiene prohibido hacer todo lo que no esté expresamente permitido. En oposición, el particular tiene permitido hacer todo aquello que no encuentre expresamente prohibido.

Bajo este entendimiento, siempre resultarán legítimas todas las identificaciones de deberes que se establezcan a los servidores públicos con miras dificultar la comisión de actos de corrupción. Esto no necesariamente significa una mayor punición penal. A lo que hacemos referencia es a lo siguiente: se deben identificar los focos de peligro que anteceden a los atentados contra la administración pública y, desde allí, establecer controles (deberes) de actuación para los servidores públicos. Un ejemplo de esta situación podría ser la obligación que se imponga a los servidores públicos para que exhiban documentos privados relacionados con sus fuentes de ingresos y recursos. Esto, aunque es paradójico (pues implica una intromisión en la esfera privada de los servidores públicos), estaría legitimado como un acto de política criminal preventiva (no punitiva), con miras a reducir las posibilidades de comisión de delitos contra la administración pública. Esta situación, en Colombia, cada vez encuentra mayor regulación, sobre todo a partir de la Ley 1712 de 2014.

Esto es, la prevención no necesariamente se alcanza con una maximización de la intervención penal, pues alcanzamos a demostrar que, aunque el número de denuncias por estos delitos ha aumentado, eso no ha significado una disminución de los hechos delictivos. Es decir, la política criminal que proponemos supondría una mayor intervención en el servicio o la función pública, aunque no suponga una mayor intervención penal. Esta mayor intervención se alcanzaría con una mayor identificación de controles o deberes para todas las actuaciones de servidores públicos.

Por otro lado, nuestra investigación demostró que también ha existido una ineficacia del sistema punitivo en su fase de criminalización secundaria. Esto, pues el número de condenas es manifiestamente inferior al número de investigaciones que existen por los mismos hechos. Lo anterior no supone un querer aumentar las condenas sin ningún tipo de fundamento, pues sería un ideal ilegítimo: la sola eficiencia por la eficiencia. Lo que se propone aquí es distinto. Se trata de una mejora del sistema de intervención punitiva en la fase de criminalización secundaria. Es posible que muchas de las investigaciones se inicien sin mayores elementos de prueba, lo que constituye un represamiento de las investigaciones mientras estas avanzan. También es posible que muchísimos procesos se inicien y culminen en absoluciones, lo que nos lleva a concluir que, en muchos casos, se ha utilizado la fuerza simbólica del derecho penal, pero sin representar evidentes exigencias de intervención en casos concretos. El llamado, pues, en últimas, es a repensar la intervención del derecho penal solo a casos con sólidos fundamentos probatorios.

Así, no se generaría esa gran desproporción entre número de denuncias y número de condenas. Es que, como lo señala el profesor Silva (1996), para que el ordenamiento jurídico logre ser eficaz en su control, debe contar también con la eficiencia individual. El eficiente sin garantías solo generaría una intervención simbólica del derecho penal. La intervención simbólica, como ya lo hemos visto, no previene nada.

Una tercera proposición que surge de nuestra tesis es la necesidad de establecer mecanismos de control (autorregulación) a los sectores públicos y privados con miras a evitar la comisión de actos delictivos. Esto es, se cree necesaria la exigencia de obligaciones de *compliance* y procesos de autorregulación empresarial para todas las entidades del Estado y para todos aquellos que, directa o indirectamente, se relacionan con él.

De una forma más concreta, consideramos que algunas exigencias que se han hecho para las personas jurídicas de derecho privado, a través de las obligaciones que consagra la circular jurídica básica de la superintendencia o las tres resoluciones que desde 2016 se han formulado en la Superintendencia de sociedades para exigir programas de ética empresarial con miras a la prevención del soborno transnacional, se extiendan a todo el Estado y a los contratistas o personas naturales que deseen contratar con él. Ahora, si bien se reconoce que en el sector público existen regulaciones generales para este punto, como ocurre con el Código de Integridad, lo que aquí se propone es que se establezcan y uniformen procesos y protocolos específicos en todas las entidades que desarrollen modelos de *compliance* con obligaciones y sanciones efectivas a su incumplimiento.

Bajo estas consideraciones, por ejemplo, podrían existir deberes de denuncia y canales de comunicación internos para los servidores públicos sujetos a sanciones (diferentes a las penales que ya existen) en caso de verificarse su incumplimiento.

Es esto lo que viene estudiándose en el mundo bajo el nombre de “whistleblowing” en el sector público. Respecto a este tema, como lo dispuso recientemente el Parlamento de la Unión Europea (2019), quienes se encuentren vinculados a una organización pública o privada, o estén en contacto con ellas en el contexto de sus actividades laborales, cuando tengan conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público en ese contexto, deberán informar sobre estas infracciones que resulten perjudiciales para el interés público y actuarán como denunciantes (whistleblowers). Esto, permite detectar, investigar y enjuiciar de manera efectiva las infracciones del Derecho de la Unión, mejorando así la transparencia y la rendición de cuentas.

Así, se deberá potenciar la aplicación del derecho introduciendo canales de denuncia efectivos, confidenciales y seguros, que garanticen la protección efectiva de los denunciantes, protección ésta que se hace necesaria para la mejor aplicación

del Derecho en materia de contratación pública y otros asuntos relacionados con la administración pública. Esto, pues se ha demostrado que los denunciantes se sienten más seguros denunciando los hechos irregulares que conocen por canales internos dentro de la organización u entidad en la que trabajan que acudiendo directamente a las autoridades públicas encargadas de la investigación penal.

Todas las propuestas tienen que ver, en este sentido, con la intervención en fases previas al derecho penal, pues se ha evidenciado que el modelo de política criminal acogido no ha resultado eficaz para prevenir los hechos delictivos agrupados en el bien jurídico de la administración pública.

#### **4. Conclusiones**

Como conclusiones del presente artículo de investigación podríamos afirmar lo siguiente:

El Estado a través de la administración pública, busca proteger las garantías constitucionales y legales de todos los ciudadanos. Para efectos penales, el bien jurídico colectivo de la administración pública se fundamenta en la protección del ejercicio de la función pública. Esta función se materializa en el conjunto de actividades que realiza el Estado y que se encuentran destinadas al cumplimiento de los fines que le son propios, regulados en la misma Constitución Política, específicamente en su artículo 2, buscando, por un lado, asegurar los mayores niveles de eficacia en la garantía efectiva de los principios, deberes y derechos, y por otro lado, buscando que los servidores públicos y demás órganos del Estado cumplan en debida forma con las finalidades de la función pública que le ha sido asignada constituyéndose esto en el principio de eficiencia. Lo anterior, con el objetivo de lograr una mejor atención a la ciudadanía y la buena optimización de los bienes y recursos públicos.

Todo bien jurídico se lesiona o se pone en peligro efectivo cuando un determinado comportamiento altere o afecte su valor funcional, de comunicación y subsistencia delegada a determinado sistema social en conjunto. En este sentido, los tipos penales agrupados en el bien jurídico colectivo de la administración pública merecen especial atención por parte del Derecho Penal, pues, como se ha dicho, las responsabilidades de los servidores públicos no tendrían consecuencias solamente en el ámbito penal, sino que también se generalizarían en otros órdenes jurídicos responsabilidades disciplinarias y administrativas. El fundamento del castigo penal, radicaría en la afectación del deber funcional por parte del servidor y en la verificación de la lesión efectiva al cumplimiento de las finalidades que representa en servidor como parte del Estado, ya que la sociedad espera de este un comportamiento apropiado de protección y garantía respecto a sus deberes legales establecidos en el bien jurídico objeto de estudio.

El tratamiento dogmático que se ha dado a los delitos contra la administración pública (delitos de sujeto activo calificado; de peligro y con un marcado énfasis en la afectación al deber funcional como fundamento del injusto) guarda una cercana relación con el modelo político criminal que ha guiado la intervención del derecho penal en este campo. Sin embargo, si bien la política criminal ha maximizado la intervención penal, ello no ha generado niveles de prevención o eliminación de estos comportamientos. Es decir, la política criminal no ha sido eficaz para prevenir estos delitos. Se requiere atacar los hechos delictivos mediante medios legítimos. No obstante, la política criminal siempre estará limitada para hacerle frente a estos hechos mediante la intervención penal, por lo que se deberán evaluar los medios que se utilizan para que sean eficaces en la reacción contra la criminalidad, respetando los derechos, principios y garantías fundamentales.

Se ha demostrado que, aunque exista mayor intervención penal, eso no supone que haya más prevención. Bajo este panorama, el artículo propone un modelo de política criminal no necesariamente penal para la prevención de estos hechos. Esta

propuesta se basa en la identificación y concreción de más deberes para el Estado y para los particulares que contratan con él, fundamentados, sobre todo, en la exigencia de modelos de *compliance*, donde se deberán establecer más canales de denuncia efectivos y eficientes en las instituciones públicas, pero que garanticen la seguridad de los denunciantes, cuando éstos pongan en conocimiento asuntos o irregularidades en los sectores público y privado que tengan relación con el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones.

## 5. Bibliografía

- Amézquita-Toro, J. (2017). *Control penal de la corrupción falacia y utopía de la política criminal (tesis doctoral)*. Barcelona: Universitat de Barcelona.
- Arboleda Vallejo, M. (2019). *Manual de Derecho Penal especial, décimo sexta edición*. Bogotá: Leyer.
- Aristóteles. (1988). *Política*. Madrid: Gredos.
- Beristain, A. (1969). Resultado y delitos de peligro. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, 445-465.
- Borja Jiménez, E. (2003). Sobre el concepto de política criminal. Una aproximación a su significado desde la obra de Claus Roxin. *ADPCP*, 114-150.
- Caro, J. (2006). Sobre la autoría en el delito de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*, 91-110.
- Cerezo Mir, J. (2006). "Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo", en *Temas fundamentales del Derecho Penal, Tomo III*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Cita Triana, R. A. (2012). *Delitos de peligro abstracto en el Derecho Penal colombiano*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Cita Triana, R. A. (2017). *La proporcionalidad de las penas en la legislación penal colombiana*. Bogotá: Ibañez.
- Corigliano, M. (2005). *Delitos de peligro. La frontera de lo punible en el derecho penal. Derecho y cambio social*.
- Corte Constitucional, Sentencia C-563 (Corte Constitucional 7 de Octubre de 1998).
- Corte Constitucional, Sentencia C-646 (Corte Constitucional 20 de Junio de 2001).

- Corte Constitucional, Sentencia C-939 (Corte Constitucional 31 de Octubre de 2002).
- Corte Constitucional, Sentencia C-826 (Corte Constitucional 13 de Noviembre de 2013).
- Corte Constitucional, Sentencia T 762 de 2015 (Corte Constitucional 15 de Diciembre de 2015).
- Corte Constitucional, Sentencia C-452 (Corte Constitucional 24 de Agosto de 2016).
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia Radicado 25536 (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 27 de Julio de 2006).
- Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 1937 (Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea 23 de octubre de 2019).
- Duque Pedroza, A. F. (2015). *Perspectivas y retos del proceso penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Duque Pedroza, A. F. (2017). Tipos penales de lesión - peligro: Posibilidad y legitimidad en la construcción del injusto penal . En R. V. Posada Maya, *Estudios críticos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* (pág. 137). Bogotá: Ibañez.
- Fabian-Caparrós, E., Ontiveros-Alonso, M., & García, N. (. (2012). *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Ferrajoli, L. (1995). *Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la Nación. (10 de Marzo de 2020). [www.fiscalia.gov.co/datosabiertos](http://www.fiscalia.gov.co/datosabiertos). Obtenido de [www.fiscalia.gov.co/datosabiertos](http://www.fiscalia.gov.co/datosabiertos): [www.fiscalia.gov.co/datosabiertos](http://www.fiscalia.gov.co/datosabiertos)
- Instituto Nacional y Penitenciario INPEC. (2020). *Respuesta a Derecho de Petición 81401*. Bogotá: INPEC.
- Luhmann, N. (2009). *La política como sistema*. México: Universidad Iberoamericana.
- Meini, I. (2018). Función pública y funcionario público en derecho penal. *Revista de derecho penal*, 151-164.

- Méndez, C. (1993). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal parte general 10° edición*. Barcelona: Reppertor.
- Miraut, L. (1996). *La justificación de los delitos de peligro abstracto (tesis doctoral)*. España: Universidad de la Laguna.
- Muñoz-Conde, F. (2013). Dogmática jurídico penal y política criminal. Una relación conflictiva, pero necesaria. *Revista brasileira de ciências criminais*, 95-117.
- Ortiz de Urbina, Í. (2006). Delitos contra la administración pública. En R. Ragués, & M. S.-S. Castiñeira, *Lecciones de derecho penal : parte especial* (págs. 303-329). Barcelona: Atelier.
- Prieto-Sanchís, L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid: Iustel.
- Ramírez, Y. (2014). *Breve estudio de ilicitud sustancial en el derecho disciplinario colombiano (tesis de maestría)*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rivera Beiras, I. (2005). *Política criminal y sistema penal*. Barcelona: Anthropos.
- Roxin, C. (1992). *Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal parte general fundamentos: La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.
- Roxin, C. (2006). Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 5-24.
- Sánchez-Ostiz, P. (2012). *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez-Vera, J. (2014). Delito de infracción de deber. En R. Robles-Planas, & J. Silva-Sánchez, *La responsabilidad en los "delitos especiales"* (págs. 288-316). Buenos Aires: BdeF.
- Santana-Vega, D. M. (2000). *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson.
- Silva Sánchez, J. M. (1996). *Eficiencia y Derecho Penal*.
- Silva Sánchez, J. M. (1997). *Política criminal y nuevo Derecho Penal*. Barcelona: Bosch.

- Solano Vélez, H. D.-B. (2019). *Temas de Derecho Penal parte general. Teoría general del derecho penal*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Soto Navarro, S. (2005). Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos. *ADPCP. VOL. LVIII*, 888-893.
- Stratenwerth, G. (2007). La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. En R. Hefendehl, *La Teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 365-372). Madrid: Marcial Pons.
- Suárez, A. (2000). El sujeto activo en los delitos contra la Administración Pública. *Derecho Penal y Criminología*, 13-42.
- Torres, W. (2005). Autoría en los delitos de infracción de deber. *Derecho Penal y Criminología*, 79-102.
- Uribe Garcia, S. (2013). *Delitos contra la Administración Pública*. Medellín: Unaula.
- Vargas, J. (2006). Posición de garante de los miembros de la fuerza pública. *Prolegómenos – Derechos y Valores*, 211-226.
- Vargas-Pinto, T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Navarra: Thomson Arazandi.