

Sistemas Procesales y Tratamientos Procesales de los Delitos contra la Administración Pública

Eliana Marcela Sandoval Cajicá¹

Resumen

Cuando hablamos de delitos contra la administración pública estamos hablando de cuando el servidor público configura un delito a título de dolo, ya que conoce lo que está haciendo, sabe que es un bien del Estado, sabe que se está apropiando de él y aun así lo hace. Estos delitos se materializan con conductas que atentan contra la función o gestión pública, o contra bienes públicos o también contra los servidores públicos, en razón de tal calidad. (Daza, 2015).

En Colombia dentro del Código Penal se encuentran estipulados una serie de delitos contra la administración pública los cuales se ven consagrados en el Título XV Delitos contra la Administración Pública, que van desde el artículo 397 al 434 de la Ley 599 del 2000, (Congreso de Colombia, 2000), algunos de estos delitos son el Peculado, la concusión, cohecho, celebración indebida de contratos, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, prevaricato, usurpación y abuso de funciones públicas, delitos contra los servidores públicos entre otros.

Dentro del código penal de Brasil, están consagrados una serie de delitos contra la administración públicas los cuales se encuentran estipulados en el Título XI Delitos contra la Administración Pública que se encuentran divididos en dos Capítulos, los cuales son el Capítulo I Crímenes practicados por Funcionarios públicos contra la administración Pública y el Capítulo II Crímenes practicados por particulares contra la administración Pública que van desde el artículo 312 al 337 D del Decreto Ley No 2.828 del 7 de diciembre de 1940. (Presidencia de la República de Brasil, 1940)

De acuerdo a lo anterior y teniendo en cuenta que lo que busca este artículo es una comparación frente a similitudes y diferencias frente al tratamiento y sistemas procesales de los delitos contra la administración pública de Colombia y Brasil, proponiendo un esquema de trabajo dividido en tres capítulos para lograr paso a paso dar claridad y explicación al tema propuesto.

Palabras Claves: delitos, administración pública, servidor público, corrupción.

Abstract

When we talk about crimes against the public administration we are talking about when a public servant configures a crime as a fraud, since he knows what he is doing, he knows that it is a good of the he is appropriating it and yet he does. These crimes materialize with behaviors that attempt against the function or management or against public goods or also against public servants on the grounds of such

¹ Estudiante de Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal, Abogada, elasandoval.c@gmail.com, celular 3043818891.

quality.

In Colombia, within the criminal code, a series of crimes against public administration that range from article – to – of the law- of- some of them are the peculate, the concussion, bribery, improper conclusion of contracts, influence traffic, illicit enrichment, prevarication, usurpation and abuse of public functions, crimes against public servants among others.

Within the code of Brazil, a series of crimes against public administration are enshrined which are stipulated in the title against public administration which are divided into two chapters which are crimes committed by public administration and crimes committed by individuals against the public administration that go from the article – to- of the decree law- of- December-

According to the above and taking into account that what this article seeks is a comparison against similarities and differences regarding the treatment and procedural systems of crimes against the public administration of Colombia and Brazil proposing a work scheme divided into three chapters for achieve step by step to give clarity and explanation to the proposed topic.

Introducción

Se sigue pensando que en la validez de la distinción que frecuentemente se hace entre lo público y lo privado, bien podemos afirmar que el mayor trauma jurídico, económico y social, es el creado por la corrupción dentro del Estado, es decir, la realizada por los servidores públicos. Pero es indudable que, al menos como regla general, la corrupción pública no depende exclusivamente de los servidores. En ella también tiene que ver directa o indirectamente los particulares, casi siempre a título de pertenecientes a una persona jurídica, sociedad, empresa, y excepcionalmente individual. Así entonces el asunto no es exclusivo y excluyente del Estado y sus servidores. (Perez, s.f.)

El problema jurídico realmente es si los tratamientos que se han utilizado en Colombia y en Brasil ha sido efectivos para combatir los delitos con la administración pública, para lo anterior se desarrollaran tres objetivos específicos dentro del presente artículo el primer objetivo es si la corrupción es un fenómeno común en Colombia y Brasil, teniendo en cuenta que el 1 de agosto de 2013, Brasil promulgo la Ley 12.846, una nueva ley contra la corrupción que establece un sistema integral de responsabilidad corporativa e individual por actos de corrupción contra funcionarios públicos brasileños y extranjeros u organismos gubernamentales. La nueva ley contra la corrupción entra en vigencia el 28 de enero de 2014, las empresas que realizan actividades directas o indirectas en Brasil ya se a través de un empleado o contratista independiente, deben prestar especial atención a los contornos de esta ley, las severas sanciones por violaciones y los pasos de recomendaciones para asegurar su pleno cumplimiento. (Varla, Sanlate, & Sedes, 2013)

Durante las últimas décadas, Brasil ha demostrado un serio compromiso para combatir el soborno de servidores públicos en las transacciones comerciales. Durante la década de 1990 Brasil promulgo una mirada de leyes penales para combatir la corrupción, incluyendo la legislación contra el lavado de dinero relacionados con el soborno, fraude de valores, ocultación de activos y abuso de poder económico. En agosto de 2000 Brasil adopto la Convención de la OECD contra el soborno de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales y se convirtió en uno de los signatarios de la Convención de las naciones unidas contra la corrupción en diciembre de 2003. Las normas internacionales anteriormente mencionadas están diseñadas para combatir la corrupción de políticos y funcionarios gubernamentales en las transacciones comerciales. Sin embargo, según la OECD, Brasil no había adoptado medidas necesarias para establecer responsabilidad personal y corporativa por el soborno de un funcionario público extranjero.

Con la promulgación de la ley contra la corrupción, Brasil ahora establece su propia ley jurídicamente vinculante para combatir y perseguir el soborno de funcionarios públicos extranjeros. La ley establece la responsabilidad directa personal y corporativa para actos ilícitos que se cometan contra cualquiera de las tres ramas del gobierno, en todos los niveles del gobierno, y en particular por actos de corrupción cometidos en contra de funcionarios públicos extranjeros, sea que la ofensa ocurra dentro o fuera de las fronteras brasileñas.

La ley tipifica como delito el que una persona o entidad cometa un acto ilícito que va en contra de la administración pública del gobierno nacional o extranjero o contra pactos en los que Brasil es signatario. Los actos ilícitos incluyen:

1. Prometer, ofrecer o dar una ventaja indebida, directa o indirectamente, a un funcionario público o a terceros relacionados.
2. Financiar, subsidiar o patrocinar actos ilícitos.
3. Utilizar a una persona o entidad como intermediario, a fin de ocultar sus verdaderos intereses o la identidad de los beneficiarios de la ley.
4. Obstruir o interferir con la investigación o el enjuiciamiento de entidades o funcionarios del gobierno.

La ley se aplica a aquellos actos ilícitos realizados por cualquier entidad contra la administración pública, incluso cuando tal acto se realiza fuera del territorio de Brasil, independientemente de su forma corporativa o legal, ya sean extranjeros o domiciliados en Brasil, ya sea que el acto ilegal, ya sean extranjeras o domiciliadas en Brasil, ya sea que el acto ilegal sea cometido dentro o fuera del territorio brasileño. La responsabilidad civil se extiende a los directores, funcionarios, empleados ya gentes que cometan, participen o ayuden a la Comisión del acto ilegal, bien sea que el acto se realice en Brasil o en el extranjero.

En los últimos años en Colombia ya son muchas las medidas y mecanismos legales que se han intentado en la lucha frontal a la corrupción, una de ellas la Ley 190 de 1995, precisamente denominada Estatuto Anticorrupción, la Ley 365 de 1997 que busca detener y sancionar con fortaleza comportamientos que directa o

indirectamente concluyen en la corrupción u el articulado severamente punitivo del Código Penal en materia de delitos contra la administración pública, sobre todo frente a peculado, concusión, cohecho, prevaricato, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y celebración indebida de contratos. (Pinzon, Sistemas Penales Comparados)

El segundo objetivo que se va a desarrollar en este artículo será la administración pública y su bien jurídico tutelable en Colombia y Brasil; Ahora definir la administración pública no es tarea fácil, pues ella presenta múltiples dimensiones, la administración pública puede ser entendida en sentidos como “estructura”, como “función” o como “disciplina científica” pero para efectos de estudio se abordaran las dos primeras definiciones que coadyuvan a entender la intervención penal en estos casos.

Respecto a la primera definición la administración pública como *Estructura*, es entendida en sentido formal o subjetivo como el aparato gubernamental o como el conjunto de organismos y funcionarios que realizan los fines del Estado. Por otro lado, la administración pública como función, es entendida en sentido dinámico u objetivo, es decir como el conjunto de conductas humanas o actividades que determinan como se distribuye y ejerce el poder público.

De acuerdo a lo anterior la administración pública se identifica con la propia función pública de la administración. Precisamente lo que diferencia a la administración pública de cualquier otra institución u organización privada es que detenta el monopolio de la coerción o coacción estatal.

La administración pública es una pieza clave e insustituible puesto que a través de ella se da cumplimiento afectivo del interés general. La administración pública representa un complejo de medios materiales y humanos que sirven para la consecución de los fines del Estado. El buen o correcto funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido, pues pretende garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales en condiciones de igualdad.

Finalmente se desarrollará el último objetivo que comprende el delito de enriquecimiento ilícito en Colombia y Brasil y frente al bien jurídico tutelado en el delito de enriquecimiento ilícito, el primer paso lógico en la verificación de la legitimidad de la criminalización de una conducta tipificada como enriquecimiento ilícito estriba en la indagación acerca del bien jurídico cuya protección se pretende. La primera cuestión que surge se refiere a si el comportamiento de enriquecimiento ilícito representa un menoscabo o un riesgo para algún bien imprescindible para el ser humano o para la vida en sociedad. (Gulliani & Scaldon, 2018).

La opción política de criminalizar el enriquecimiento ilícito representa una cuestión sumamente controvertida en el Brasil hoy, de un lado se defiende la medida como irrenunciable de cara a la prevención de la corrupción del otro lado se sustenta su ilegitimidad con argumentos diversos. La pretensión de criminalizar un vasto

conjunto de conductas bajo la denominación de enriquecimiento ilícito no es propiamente una novedad del derecho penal brasileño, el proyecto de ley 4850 d 2016 dirijo por el Ministerio Público Federal, con el propósito de modificar numerosas disposiciones del Código Penal y el Código del Proceso Penal. (Gulliani & Scaldon, 2018).

El primer argumento contrario a la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil, al menos en lo referido al alcance que se le confiere en función de su redacción típica, es de naturaleza trascendente al ordenamiento jurídico interno. No bastaba simplemente con que el legislador señalara cuales bienes jurídicos es específico serían tutelados en razón de la criminalización de la conducta, sino que era además necesario que la fundamentación construida convenciera acerca de la idoneidad tanto de los bienes jurídicos cuya protección se pretendía como de la lesividad del comportamiento prohibido. (Gulliani & Scaldon, 2018).

La corrupción un fenómeno común en Colombia y Brasil.

Desde el punto de vista de la presentación de un servicio público se le define como el comportamiento que se desvía de las funciones naturales del cargo oficial, desempeñado para atender intereses privados, obtener ganancias pecuniarias o posición social o violar las reglas y ejercer influencia privada. (Perez, 2009)

Desde el ángulo de la afectación al interés público, se presenta cuando un funcionario que ejerce un cargo de poder y con responsabilidades, es remunerado con dinero u otros recursos no legales, o es inducido a tomar decisiones que favorecen a quien suministra la remuneración, con lo cual lesiona el interés público o bien común. (Perez, 2009)

La corrupción pública es un fenómeno por el cual un funcionario es movido a actuar de manera diferente a los patrones normativos del sistema de favorecimiento interés particulares. El acto cometido por el funcionario debe ser ilícito según el ordenamiento jurídico, independientemente que constituya un hecho punible castigado por vía penal. El objetivo del funcionario público es la obtención directa o indirecta de beneficios extra posicionales. Sin dudas este es el núcleo central del acto corrupto y que imprime motivación al sujeto de deberes posicionales a que se desvíe de que, por un lado, quiere obtener una ganancia adicional a sus ingresos legales que solo lo conseguirá si se corrompe. (Rojas, 2013)

Siempre habrá un acto de corrupción pública siempre que, de acuerdo a un beneficio extra patrimonial directo o indirecto, un funcionario público se desvíe de sus deberes institucionales y con ello menoscabe el interés público desnaturalizado los fines y objetivos de la función pública que ha garantizado proteger. (Rojas, 2013)

En cuanto a la corrupción pública, se distinguen de ella tres elementos esenciales a saber:

1. Elemento subjetivo o interno: que afecta directamente la formación de la voluntad de la administración y que está constituido por la motivación del sujeto a

realizar el acto corrupto. Implica la intención de vulnerar el interés público pues prevalecen intereses particulares sobre la objetividad de la administración.

2. Elemento adjetivo: según el cual se necesita la intervención de un funcionario público, que abuse de su cargo, bien sea profiriendo un acto administrativo ilegal, omitiendo proferirlo o realizando cualquier otra actuación administrativa. De este modo la corrupción debe constituir una actividad ilícita, pues para que exista un acto de corrupción debe haber un sistema normativo que le sirva de referencia, aunque no siempre entra de una antijuricidad penal.

3. Elemento material: según el cual los actos de corrupción están siempre vinculados a la expectativa de obtener beneficios e un beneficio indebido, sin que sea necesario que constituyan una ganancia de carácter económico, puede ser políticos o profesionales. (Martínez, Análisis jurisprudencial de la corrupción en Colombia y específicamente en la contratación estatal durante el tiempo 2000-2006, 2007)

El concepto de la corrupción centrada en el concepto del servicio público se define como el comportamiento que se desvía de las funciones naturales del cargo público para atender intereses privados, obtener ganancias pecuniarias o posición social, o violar las reglas y ejercer influencia privada. (Marínez, Gusman, & Acevedo, 2007).

La definición a partir del interés público, establece que hay corrupción siempre que un funcionario en un cargo de poder y con responsabilidades sea remunerado con dinero u otros recursos legales, o sea inducido a tomar decisiones que favorezcan a quien suministra la remuneración, y con ello afecte negativamente el interés público. (Marínez, Gusman, & Acevedo, 2007).

El marco normativo sobre el cual ha de desarrollarse la actividad de los servidores públicos se encuentra en nuestra Constitución Política, la cual consagra la prevalencia del interés general, razón por la cual, cuando el servidor público se aparta del dicho principio, el estado no solamente puede, sino que debe cuestionar su responsabilidad, la cual adquiere diversas connotaciones derivadas del estatuto que infrinja por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Marínez, Gusman, & Acevedo, 2007).

Recordemos que la responsabilidad del servidor público resulta compleja puede ser política, civil, fiscal, penal o disciplinaria, generándose esta última en la falta disciplinaria, la que traduce incumplimiento de los deberes, abusos o extralimitación de los derechos y funciones e incursión en causales derivadas de los catálogos sobre sus prohibiciones, impedimentos inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, postulados que en todo momento deben observar los servidores públicos. (Marínez, Gusman, & Acevedo, 2007).

La definición precisa del concepto de corrupción como fenómeno social y jurídico ha sido difícil de concretar. Es complejo delimitar con exactitud todas las conductas que constituyen actos de corrupción, pues varias defunciones doctrinales suelen identificar los elementos esenciales de algunos actos de corrupción, dejando

otros por fuera. (Hernandez, 2018)

Algunas definiciones abordan el fenómeno de corrupción como uno que pertenece en esencia al incumplimiento o desviación de los deberes de un servidor público. Otras no predicen que la corrupción sea necesariamente cometida por un servidor público, pero si requieren que exista necesariamente una afectación al interés público o colectivo. Otras aproximaciones la definen como la violación de deberes de un decisor que toma una decisión de manera desviada para generar beneficios extra-posicionales para sí mismos o para otra persona, sin incluir la afectación al interés público como uno de los requisitos. (Hernandez & Villadiego, 2018)

En Colombia la corrupción se convirtió en un pan de cada día, gramaticalmente la corrupción viene de la palabra corromper, que es echar a perder, estropear, falsear, depravar, fastidiar o mal. También es dañar, trastocar, podrir, sobornar y cohechar, quien realiza la conducta corrupta, es una persona descompuesta, podrida contaminada, indecente, deshonesto y degradado. (Perez, 2009)

Para la convención Interamericana contra la corrupción, es aquel acto cometido tanto por el funcionario público como la persona que ejerce funciones públicas que requiera o acepte o a quien ofrezca u otorgue directa o indirectamente a ese funcionario o a esa persona que ejerza funciones públicas, cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas, a cambio de la realización u omisión de un comportamiento en el ejercicio de sus funciones públicas. (Perez, 2009)

La Ley 412 de 1997 por medio de la cual se aprueba la convención interamericana contra la corrupción, suscrita en Caracas el 29 de marzo de 1996 en su artículo VI actos de corrupción, señala algunos actos de corrupción los cuales son:

1. El requerimiento o la aceptación, directa o indirecta, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas.
2. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones con el fin de obtener ilícitamente para sí o para un tercero.
3. El aprovechamiento doloso u ocultamiento de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.
4. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo. (1997, 1997)

En sentido particular, la corrupción como toda aquella acción u omisión del servidor público que lo lleva a desviarse de los deberes formales de su cargo con el

objeto de obtener beneficios pecuniarios, políticos, o de posición social, así como cualquier utilización en beneficio personal o político de información privilegiada, influencias u oportunidades.

Para hablar de corrupción en un sentido general se debe tener en cuenta que hay aspectos determinantes desde su concepto tales como, las conductas desviadas desde el punto de vista moral, ético o normativo de un funcionario o particular aprovechándose del Estado en su función como principal consumidor y su carencia y eficacia en los medios o mecanismo de control. (Martinez, 2007)

La corrupción administrativa, se encuentra establecida como el fenómeno por el cual un servidor público actúa de manera diferente al ordenamiento jurídico establecido, para favorecer intereses particulares, a cambio de una recompensa, desconociendo con su actuar el principio fundamental del Estado social y democrático de derecho, según el cual a la conducta del funcionario debe estar encaminada siempre hacia la realización del interés general. La corrupción administrativa, al igual que la ineficacia, impunidad, en sí, irresponsabilidad administrativa en el ejercicio de la función pública, generan un grave deterioro e inestable de las instituciones; y son flagelos que conllevan la pérdida paulatina de la legitimidad, en cuanto a la forma de gobierno democrático establecida en nuestro ordenamiento. La corrupción administrativa se concentra en el actuar de un funcionario en contra de los principios constitucionales que fundamentan el Estado y que deteriora su estructura y legitimidad frente a los administrados. (Marinez, Gusman, & Acevedo, 2007).

La administración desleal, o administración fraudulenta como se le denomina en otras legislaciones, fue incorporada en el código Penal colombiano en el artículo 250 B a través de la expedición y sanción presidencial de la ley 1474 del 2011, denominada también como Estatuto Anticorrupción, desde allí fue catalogada como un delito contra el patrimonio económico dentro del capítulo tiente al abuso de confianza. La promulgación señala los siguientes:

Artículo 250 Administración Desleal: “El administrador de hecho o de derecho, o socio de cualquier sociedad constituida o en formación, directo, empleado o asesor, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, disponga fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraiga obligaciones a cargo de está causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, incurría en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) hasta mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.” (Correa, 2017).

De esta forma, parcialmente acertada, el legislador colombiano quiso blindar a las sociedades de los actos indebidos de aquellas personas que formal y materialmente, o, de hecho, están encargadas de gestionar los negocios de una persona jurídica. Para el legislador colombiano la gestión fiel y transparente de una sociedad es tan importante que el comportamiento contrario a derecho de un administrador es considerado con un acto de corrupción privada en contra de la propia sociedad que deslealmente administra, y por ello fue reprochado por la vía

penal en el denominado Estatuto Anticorrupción. (Ballesteros, 2017).

La Convención Interamericana contra la corrupción, pretende, fundamentalmente, que los países asignatarios adquieran y cumplan al compromiso de introducir y fortalecer en sus respectivos ordenamientos jurídicos, mecanismos para prevenir, contrarrestar y sancionar la corrupción, específicamente la que proviene de los agentes y funcionarios de Estado, con base en los cuales sea viable diseñar e implementar estrategias eficaces de cooperación y mutua colaboración entre los países partes, que, de una parte fortalezcan las instituciones políticas de los mismos, y de otra, eviten que se siga propagando dicho flagelo, que debilita la democracia y obstaculiza el desarrollo de los pueblos. Pero además, los propósitos y objetivos que enuncia el instrumento objeto de revisión, se ajustan plenamente a los principios fundamentales del Estado social de derecho, modelo de organización jurídico - política por el cual optó el Constituyente colombiano en 1991. (Corte Constitucional Colombiana, 1998).

El contenido del artículo VI de la Convención que se revisa, compromete a los países signatarios a incluir a sus legislaciones internas, como delitos, varias conductas que por sus características constituyen actos de corrupción, conductas cuyos elementos esenciales constituidos, per-se son violatorios de principios fundamentales de Estado social de derechos, e impiden la realización de los fines esenciales del mismo, entre ellos la prevalencia del interés general y la promoción de la prosperidad de la sociedad. Ellos hacen que su inclusión como tipos penales en nuestra legislación interna, encuentre fundamento en los artículos de la Constitución. Encuentra también la Corte, que los actos de corrupción a los que hace referencia la norma de la Convención analizada, coinciden en su descripción con los tipos penales que como delitos contra la administración pública consagra el Código Penal Colombiano, lo que hace que el compromiso que para nuestro país se deriva el contenido del artículo VII de la Convención de la misma, este ya realizado. En esa perspectiva, el artículo VI del instrumento multitea objeto de control de constitucionalidad, se ajusta a todo el ordenamiento de nuestro país. (Corte Constitucional, 1998).

La característica principal de la corrupción pública es que en ella imprescindiblemente participa un funcionario público, entendida esta posición jurídica como cualquier persona que, por medio de elección popular o de acuerdo a los mecanismos institucionales para el acceso a un cargo público, ejerce una función pública prestando servicios que satisfacen los intereses generales de la ciudadanía de un determinado país. (Rojas, 2013).

De forma generalizada este tipo de corrupción ocasiona perjuicios graves a la función pública porque utiliza a las personas cualificadas que forman parte del proceso de formación de la voluntad del Estado como instrumento para la consecución de los fines ilícitos apartándoles de los principios básicos sobre los que se constituye el ejercicio correcto del cargo público como son la legalidad, imparcialidad, la prestación eficiente y eficaz de los servicios públicos para la consecución de los intereses generales. Claramente, la desviación de estos

principios no solo conlleva la prestación deficiente de servicios públicos y la pérdida de confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas sino también convierte en letra muerta los postulados de la función pública. (Rojas, 2013).

Un acto de corrupción consiste en toda actividad en la que un sujeto decisor o se desvía de los deberes que posee según su rol social, o incumple una función específica en un marco de discreción, con el objetivo de obtener una ventaja personal extra posicional. Esta definición tiene la ventaja de comprender tanto a la corrupción que proviene del sector público, como también del sector privado. (Rojas, 2013)

Si bien el primer intento de elaborar un instrumento jurídico de lucha contra la corrupción pública provino de una iniciativa unilateral generada en los Estados Unidos a través de la Foreign Corrupt Practice Act de 1977 a partir de la segunda mitad de la década de los noventa se constató una fértil colección de instrumentos de naturaleza penal contra la corrupción pública, además de otras afines tales como la criminalidad organizada y el blanqueo de capitales que se encuentran vinculadas en relación de funcionalidad, surgidas de consensos regionales o de carácter universal. . (Rojas, 2013)

En cuanto a su noción, la corrupción pública ha sido identificada desde hace tiempo en la frontera entre lo público y lo privado. Se ha destacado que los funcionarios públicos encuentran reguladas sus conductas por determinados principios que caracterizan y exteriorizan los fines de la función social que realizan. El problema surge cuando ciertas personas con intereses privados tratan de influir al funcionario para que se desvíe del correcto ejercicio de su función y atente contra la lealtad que tiene hacia esos fines. (Rojas, 2013)

Muchos autores coinciden que la impresión que causa la corrupción pública en la ciudadanía en general es normalmente un problema acerca de falta o insuficiencia de moral en los funcionarios públicos. Si bien es cierto que en cualquier caso de corrupción pública existe poca resistencia moral en los funcionarios, estamos de igual manera ante una vaga noción del fenómeno o consecuencia, quizás, de la propia inmadurez de la sociedad o de las incidencias negativas sobre ella, porque no es extraño que existen múltiples rostros que hacen casi imposible identificar con claridad los contornos de la esta clase de corrupción. (Rojas, 2013)

La administración pública el bien jurídico tutelado.

La administración consiste en la actividad funcional del Estado que no es la que legisla y no es la que imparte justicia, por su naturaleza esta se encarga de desarrollar las actividades propias de la administración a través de sus servidores públicos. Según lo señalado por Diego Beltrán se confirma la posición doctrinal pública, el objeto de proteger se concreta en la transparencia la integridad, la idoneidad y la rectitud u honradez. (Potevin & Narvaez, 2004)

Como se observa, esa definición es amplia y abarca cualquier tipo de bien que

entra a ser parte del Estado, sin tener en cuenta como adquiero esa calidad, definición con la que estamos de acuerdo pues de esta forma se evitan confusiones con respecto a lo que podría el servidor entrar a conceptuar que es y que no es bien público. (Potevin & Narvaez, 2004)

Recordemos que la responsabilidad del servidor público resulta compleja puede ser política, civil, fiscal, penal o disciplinaria, generándose esta última en la falta disciplinaria, la que traduce incumplimiento de los deberes, abusos o extralimitación de los derechos y funciones e incursión en causales derivadas de los catálogos sobre sus prohibiciones, impedimentos inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, postulados que en todo momento deben observar los servidores públicos. (Marinez, Gusman, & Acevedo, 2007).

El marco normativo sobre el cual ha de desarrollarse la actividad de los servidores públicos se encuentra en nuestra Constitución Política, la cual consagra la prevalencia del interés general, razón por la cual, cuando el servidor público se aparta del dicho principio, el estado no solamente puede, sino que debe cuestionar su responsabilidad, la cual adquiere diversas connotaciones derivadas del estatuto que infrinja por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (Marinez, Gusman, & Acevedo, 2007)

La administración pública queda lesionada o de algún modo en peligro ante la práctica de delitos como los de corrupción pasiva o concusión, por ejemplo, a conducta realizada por el funcionario público y el perjuicio causado al funcionamiento de la administración pública. Tales conductas al menos existen un nexo entre el acto tipificado y la ofensa al bien jurídico tutelado, algo que no refleja de igual modo en la propuesta la criminalización contenida en el proyecto de ley en cuestión. (Gulliani & Scaldon, 2018).

Podemos sostener que la administración pública aparece como institución creada por el Estado, para servir de mecanismo de conexión entre la sociedad civil y el Estado, EL estado, como ente abstracto, cumple sus fines sociales, antes indicados, a través de la administración pública. La administración pública posibilita que el Estado cumpla sus fines prestacionales. (Chanjan R. , 2017).

Aunque cuando no existe un mandato constitucional expreso y específico de criminalización de conductas que atentan contra el funcionamiento de la administración pública, existen preceptos en la Constitución a partir de los cuales se puede interpretar que el legislador tiene el deber de reprimir penalmente ciertas conductas que afectan el correcto funcionamiento de la administración pública. (Chanjan R. , 2017).

El concepto de la administración pública debe ser reconducido al ejercicio de la función prestacional pública. Por ellos los delitos que atentan contra la administración pública tiene como rasgo distintivo que se cometen en el ejercicio de la función pública. ¿Sin embargo, que se entiende como función pública? En la doctrina penal existen diversas concepciones de la función pública, la concepción

material teleológica, la concepción formal y la concepción ecléctica o mixta. (Chanjan R. , 2017).

La función teleológica señala que la función pública es aquella que tiene por finalidad el interés colectivo o el bien común. Es la función que siento ejercida por un ente perteneciente a la estructura del Estado, tiene por finalidad el bien común o el interés general colectivo, mientras que, otra sostiene que siempre que se cumpla con una finalidad colectiva social. La función pública puede desempeñarse un ente privado o estatal. (Chanjan R. , 2017).

La administración pública, sin duda alguna ostenta unas fortalezas y unas debilidades. Las primeras se traducen precisamente en el marco normativo, por consiguiente, la legitimidad y credibilidad del Estado Social y democrático de derecho es consecuencial al cumplimiento y materialización del ordenamiento jurídico. (Marinez, Gusman, & Acevedo, 2007).

La persecución penal de los delitos contra la administración pública ha sido justificada desde el derecho penal en el correcto funcionamiento de la administración pública, a su vez, se entiende que ello puede ser entendido también desde la perspectiva constitucional. Así la intervención en derechos fundamentales que implica esta clase de delitos persigue la oportuna represión de actos que atentan contra los principios constitucionales derivados esencialmente del Título XV Delitos contra la Administración Pública. (Julio Alberto Rodríguez, 2004).

Como se había nombrado anteriormente el código brasileño, los delitos de los funcionarios públicos contra la administración en general comprenden entre otros el delito de corrupción pasiva, peculado doloso y culposo y la prevaricación. Mientras que la corrupción activa pertenece a los delitos de particulares contra la administración en general. Se han incorporado los artículos 337 B y 337C al Título XI del Código Penal, dedicado a los delitos contra la Administración Pública. En Brasil existe una organización no gubernamental denominada Transparencia Brasil que se ocupa de los problemas de la corrupción. Con la ley 10.763/03 se han efectuado algunas modificaciones en cuanto a los delitos contra la administración pública. Las penas máximas de los crímenes de corrupción han sido aumentadas a 12 años de prisión y se ha condicionado la progresión del régimen de cumplimiento de la pena a la reparación del perjuicio causado, o a la devolución del producto del ilícito, con los incrementos legales correspondientes, establecidos por la ley. (Latina)

En Brasil se espera incluir el nuevo tipo penal en el capítulo I del capítulo IX, precisamente en la sección destinada a los delitos cometidos por un funcionario público contra la administración. Al final de la misma, aparece un artículo específicamente alusivo a los delitos, previstos que contiene la referencia no solo de funcionario público, sino también de las personas que consideran, para fines penales. (Gulliani & Scaldon, 2018)

La Constitución Federal de Brasil, establece principios y directrices que rigen la conducta de los funcionarios públicos, existiendo asimismo leyes de naturaleza

administrativa que prevén los deberes y límites que se imponen a todos aquellos que se encuentran en ejercicio de funciones públicas. (Chagas, s.f.).

En el ordenamiento jurídico brasileño existen diversos mecanismos tendientes al cumplimiento de las normas de conducta, que se aplican en funcionamiento de la conducta observada por el funcionario público en el ámbito de la administración pública y del poder judicial. Como se indicó anteriormente el Código Penal de Brasil en su título XI Capítulo I, tipifica en los artículos 312 a 326 los delitos cometidos por funcionarios públicos contra la administración en general, entre los cuales los de corrupción pasiva, peculado, concusión, prevaricato, aquiescencia criminal, violación del secreto funcional patrocinio irregular de trámites administrativos y utilización irregular de ingresos o rentas públicas. (Presidencia de la República de Brasil, 1940).

Además, es de anotarse que el Código Penal Brasileño utiliza, como criterio de ordenación sistemática de los delitos allí previstos, el bien jurídico vulnerado por las conductas consagradas de cada sección. Esto facilita desde un punto de vista práctico, la organización y coherencia interna del código penal, así los delitos contra la vida se encuentran agrupados en un mismo capítulo, delitos contra el patrimonio en otro y así sucesivamente. Ayuda a la interpretación de los mismos tipos penales, la determinación clara del bien jurídico tutelado permite la fácil verificación de la vulneración en el caso en concreto. (Gulliani & Scaldon, 2018)

En el Capítulo II están tipificados los delitos cometidos por particulares contra la administración en general, los cuales van desde el artículo 328 a 331 A entre los cuales están los de corrupción activa, contrabando o malversación, usurpación de funciones públicas, tráfico de influencias y omisión de pago de contribuciones de previsión social, y en el capítulo II A están tipificados los delitos cometidos por particulares contra la administración pública extranjera, artículos 331B al 337 C corrupción activa en transacciones comerciales internacionales y tráfico de influencias de transacciones comerciales extranjeras.

Los delitos contra la administración pública pueden ser considerados delitos de sujeto activo calificado en la medida en que en ellos se observa, establecen en virtud de unos deberes especiales atribuidos a los servidores públicos por mandato legal, como lo son los principios y valores consagrados en la Constitución política para el ejercicio de la función estatal. En consecuencia, es de señalar que la administración pública puede ser lesionada por la conducta delictiva de sus propios representantes, es decir “desde dentro” y su autodenominado por la doctrina penal como el *intraneus*, sería un servidor público, mientras que los particulares que concurren en la comisión de los delitos de sujeto calificado lo harían en calidad de intervinientes, es decir, de coautores de la conducta punible. (Observatorio transparencia y anticorrupción, s.f.)

En el presente texto adoptaremos la postura de acuerdo con la cual el bien jurídico de relevancia penal en los delitos de Título XV Delitos contra la Administración Pública del Código Penal Colombiano y Título XI delitos contra la

administración pública en Brasil es el correcto y regular funcionamiento de la administración pública, aun así sigue siendo un concepto amplio por lo que es importante entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado constitucional y de Derecho pueda cumplir con su rol prestacional. (Montoya, 2016).

El fundamento o razones político-criminales que inspiran la sanción penal de conductas que atentan contra la administración pública exige, en primer lugar, entender el papel de la administración pública en el Estado moderno, pues es dentro de esta organización en la que se enmarca aquella. En efecto lo característico de esta clase de delitos, a diferencia de un homicidio, es la infracción de deberes jurídicos propios de la condición de funcionario estatal y el abuso de poderes públicos que deben ejercitar los órganos de la Administración, dichos poderes como es evidente, emanan de la existencia y legitimidad del Estado de la sociedad. (Chanjan, 2017).

La administración pública, como bien jurídico protegido por el derecho penal, incluye el bien jurídico definido por la Comisión Andina de Juristas de la siguiente manera, activo de cualquier tipo, mueble o inmueble, tangible o intangible, cuya propiedad quede acreditada en el Estado. (Potevin & Narvaez, 2004)

Según la perspectiva anterior de bien jurídico, no se protege a la administración en sí misma, como un conjunto de órganos o instituciones, sino que se protege a la administración pública en sentido funcional, respecto a los objetivos constitucionales que a través de ella se persiguen. El bien jurídico es el desempeño correcto de los deberes y funciones de los servidores, funcionarios y empleados públicos asumen o se les delega con la finalidad de administrar al Estado. (Montoya, 2016).

El bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública, es supraindividual, es decir:

1. Su titularidad es compartida por la sociedad en su conjunto
2. Es indispensable por un sujeto privado (Montoya, 2016).

En relación con la titularidad del bien jurídico afectado por los delitos de corrupción, existen dos grandes posturas:

1. El Titular del bien es el Estado. Esta es la posición dominante y en este sentido, el sujeto pasivo específico sería la entidad estatal afectada en el caso concreto. Los titulares son los Ciudadanos. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general. Una postura contenida en esta tesis es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo. (Montoya, 2016).

2. Los titulares son los Ciudadanos. Esto en la medida en que los delitos contra la administración pública generan un daño, y afectan los derechos de los administrados y de la colectividad en general. Una postura contenida en esta tesis es la que considera que la conducta penalmente relevante de un delito contra la administración pública genera, al menos, un peligro para la vigencia de un derecho subjetivo. (Montoya, 2016).

Al determinar el bien jurídico tutelado por el derecho penal se presentan dificultades por el contenido y la naturaleza, que este conlleva. La definición de la administración pública, no solo abarca un bien patrimonial, también inciden otros bienes tutelados como son los principios de la administración. (Potevin & Narvaez, 2004).

El bien jurídico tutelado en la administración desleal de sociedades no puede ser el simple patrimonio económico y las dificultades que además se desprenden de la redacción del tipo penal de administración desleal en derecho colombiano; para ello; se analizara en primer lugar los elementos del tipo penal de cara a las exigencias señaladas por el legislador colombiano para la configuración de la conducta penal.

1. Los sujetos activos calificados: se trata de un tipo penal de sujeto activo calificado, en la medida en que solo puede serlo determinada persona que actúe dentro de una sociedad en calidad de administrador de derecho o, de hecho, socio, empleado, directivo y asesor, de una sociedad constituida o en formación.

2. El administrador: en términos legales, la doctrina ha indicado que son administradores las personas encargadas de la gestión social, lo cual incluye o comprende las funciones de administrar los bienes y negocios de la sociedad y la representación de esta frente a terceros. (Ballesteros, 2017).

Como ya se señaló, los bienes jurídicos son aquellos que el derecho penal debe o pretende proteger en última instancia, la protección de bienes jurídicos legitima la intervención del derecho penal, sin embargo, para establecer que función cumple el bien jurídico en el sistema penal es necesario, primero, darle contenido a dicho concepto. (Chanjan R. , el correcto funcionamiento de la administración pública, fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública , 2017)

El concepto de bien jurídico- penal debe contener tanto el aspecto ontológico-subjetivo referente al individuo y a la protección y garantía de sus derechos humanos, como el aspecto normativo- objetivo referente a las valoraciones sociales y a los fines preventivos del derecho penal. El bien jurídico entonces es un objeto valorado, supone una realidad social valorada y regulada por normas jurídicas. Del mismo modo el bien jurídico es apreciado en tanto cumple una función social, es decir, en tanto posibilita la participación igualitaria en sociedad. (Chanjan R. , 2017).

Como se nombró anteriormente los delitos de la administración pública protegen un bien jurídico institucional denominado correcto funcionamiento de la

administración pública. La administración pública se protege penalmente en tanto función administrativa que resulta indispensable para el funcionamiento del sistema social. Como se adelantó, aquí no se protege a los organismos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses. (Chanjan R. , 2017).

El correcto funcionamiento de la administración pública es un bien jurídico general, en los delitos funcionariales que luego es concretizado en cada figura delictiva, constituyéndose, así, el auténtico bien jurídico específico del delito funcional respectivo. (Chanjan R. , 2017)

En el bien jurídico correcto funcionamiento de la administración pública es un bien jurídico general o bien jurídico mediato, para todos los delitos contra la función pública, el cual sería útil para lo siguiente:

1. Entender las razones político-criminales que fundamentan o legitiman la intervención penal en el ámbito de la administración pública.
2. Cumple una función de sistematización de todos los tipos penales funcionales específicos.
3. Puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena concreta, en la medida que el delito puede incidir mediatamente sobre el correcto funcionamiento de la administración pública, además de menoscabar el bien jurídico directamente protegido. (Chanjan R. , 2017).

Sobre este punto, se ha reconocido en la doctrina penal principalmente cuatro teorías en cuanto al objeto de protección de los delitos contra la administración pública 1. La teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública 2. La teoría protección de la fidelidad del Estado (deber del cargo) 3. La teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública 4. La teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración publican, los cuales serán inmediatamente desarrollados:

2.1 La teoría del quebrantamiento de las expectativas en la administración pública.

Primero se debe señalar que la misma no reconoce como objeto de tutela a un bien jurídico conforme los hemos definido, el objeto de prohibición de los delitos contra la administración pública sería la decepción de la expectativa de una institución básica de la sociedad como lo es el deber de velar por la sujeción a la ley de aquellos que es vinculados a la administración pública en tanto los delitos de infracción de deber se centrarían en asegurar las expectativas de los funcionarios cumplan con su deber de observar las normas estatales para una correcta administración de las funciones públicas.

2.2 La teoría protección de la fidelidad del estado (deber del cargo)

Plantea que la tutela penal en los delitos contra la administración pública recae

sobre la fidelidad al Estado o el deber de funcionario en su cargo público fue originalmente formulado en Alemania. Según esta teoría el injusto de los delitos de funcionarios se fundamenta en la infracción de un deber específico de la función pública, de la manera que la conducta ilícita del funcionario, considerando como sometido a la estructura estatal, quiebra la confianza depositada en él.

Lo que plantea esta teoría es reducir el fundamento de punición de estos delitos a un incumplimiento de los deberes administrativos que se le imponen en el ejercicio del cargo, es decir, se tiene una lectura formal del bien jurídico protegido.

2.2 La teoría de la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública

Plantea que el prestigio, dignidad o buena imagen de la administración pública como el bien jurídico genérico protegido por estos delitos. El comportamiento irregular del funcionario público constituirá un antaño contra el prestigio que toda la administración pública debería tener de cara a sus administrados.

Los delitos funcionariales deber ser perseguido y sancionados en tanto que enlodan la reputación de la administración frente a la población, el fundamento de la protección penal no se ubica en la fuente de prestigio o buena imagen de la administración, sino al prestigio, dignidad o buena imagen en sí.

2.3 La teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública:

Lo que se tutela es la función o tarea constitucional de la administración pública, que consiste en servir con eficacia, coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad a los intereses sociales generales. Se entiende la administración pública como un bien jurídico de tipo funcional y no estático. Se protege la administración pública, no porque esta merezca ello por su propia existencia, sino porque cumpla determinados fines sociales amparados por la Constitución. (Chanjan R., el correcto funcionamiento de la administración pública fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública, 2017)

El ámbito en donde ocurre la mayor parte de los casos de corrupción es en la función pública, y el conjunto de actos corruptos que acontecen en dicha organización estatal es usualmente denominado corrupción pública. Este apartado se centrará exclusivamente en la actuación desviada de aquellos sujetos que tienen la condición de funcionario público. (Pichler, 2013)

Si bien es cierto que como categoría genérica se tiene a la administración pública como bien jurídico tutelado, lo que se afecta con la perpetración de las conductas típicas de este delito son la funcionalidad, el prestigio, la dignidad y la confianza de la función pública, y la actuación de los agentes que la integran. Enriquecerse no es un comportamiento es el resultado de la comparación entre el estrado patrimonial en el momento y el estado patrimonial en el momento; esto constituye un hecho jurídico en el sentido en materia civil, pero un hecho en materia

penal, porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta. (Perez L. J., 2012)

De acuerdo a lo anterior y al no evidenciarse un contenido del injusto, en términos de lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos, estaríamos frente a manifestación de derecho penal de autor, incompatible con la exigencia constitucional de lesividad que se aduce en la norma jurídica. (Perez L. J., 2012)

El delito de Enriquecimiento Ilícito en Colombia y Brasil.

El enriquecimiento ilícito es una conducta que en un alto porcentaje de los países del mundo ha sido tipificada como delito, cuyo sujeto activo es un servidor público, que se vale de su rango y del ejercicio de sus funciones para incrementar ilegítimamente su propio patrimonio, causando graves daños al Estado y a la sociedad. Esta práctica como todas las conductas que impliquen corrupción, vulnera los principios fundamentales del Estado social del derecho y atenta contra los valores que rigen, por lo que tipificarla como delito, como compromete a los países signatarios el artículo de la Convención que se analiza, encuentra pleno fundamento en los mandatos del ordenamiento superior colombiano. (Corte Constitucional, 1998).

La opción de criminalizar el enriquecimiento ilícito representa una cuestión controvertida en el Brasil de hoy, de un lado se defiende la medida como irrenunciable de cara a la prevención de la corrupción, por otro lado, se sustenta la legitimidad con argumentos diversos. La pretensión de criminalizar un vasto conjunto bajo la denominación de enriquecimiento ilícito no es propiamente una novedad del derecho penal brasileño. Desde el 2005 se tramitan proyectos de ley, transcurridos más de 10 años, hasta hoy ninguna de las múltiples pretensiones legislativas gana vida propia, tornándose en ley. (Gulliani & Scaldon, 2018)

El proyecto de ley 4850 de 2016 ilustra la elaboración teórica que se alude, dirigido por el Ministerio Público Federal, con el propósito de modificar numerosas disposiciones del Código Penal y el Código del Proceso Penal. La criminalización del enriquecimiento ilícito sería, solo una medida entre otras tantas, sugerida como necesaria para la superación de tal disfunción lo cual concluye tras una atenta de la justificación brindada al mencionado proyecto de ley. (Gulliani & Scaldon, 2018)

Frente a los argumentos contrarios a la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil, al menos en lo referido al alcance que se le confirió en función a su redacción típica es de naturaleza trascendente al ordenamiento jurídico interno. Básicamente no se trata de una razón construida a la luz de la interpretación de las normas que integran el marco jurídico brasileño, sino de una externa, proveniente de otro país y que justamente por eso, es limitada en su fuerza de convencimiento. (Gulliani & Scaldon, 2018).

Por lo dicho se procede a continuación con la narración de la doble experiencia portuguesa en lo que se refiere a la criminalización del enriquecimiento ilícito. La

primera de ella data del año 2012, cuando tras aprobarse su penalización, las normas contentivas de la conducta, una como delito especial y la otra como delito común, fueron sometidos a control preventivo de constitucionalidad a solicitud del presidente de la República. El legislador portugués aguardó tres años para tramitar una nueva propuesta de criminalización, en la cual empleo una denominación diferente pues en lugar de hablar de enriquecimiento ilícito prefirió esta vez el término injustificado. (Gulliani & Scaldon, 2018)

Los argumentos desarrollados a continuación, todos contrarios a la criminalización del enriquecimiento ilícito en Brasil, son inherentes a su marco jurídico, se erigen con base en la interpretación de las normas que componen el ordenamiento brasileño, por lo que se les otorga mayor fuerza. El primer paso lógico en la verificación de la legitimidad de la criminalización de una conducta tipificada como enriquecimiento ilícito estriba en la indagación acerca del bien jurídico cuya protección se pretende. La primera cuestión que surge se refiere a si el comportamiento de enriquecimiento ilícito representa un menoscabo a un riesgo para algún bien imprescindible para el ser humano o para la vida en sociedad. (Gulliani & Scaldon, 2018).

Ha de recordarse que Brasil, suscribió tanto a la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, como la Convención Interamericana contra la corrupción, instrumentos internacionales que impusieron a los Estados partes la obligación de al menos contemplar la posibilidad de insertar en su ordenamiento jurídico, el delito de enriquecimiento ilícito. Esta circunstancia se menciona expresamente en la justificación del PL 4.850 de 2016 lo cual quiere decir que el propósito de cumplir con las obligaciones asumidas internacionalmente con miras a la eliminación de la corrupción, se aduce como una de las motivaciones determinantes el impulso legislativo en comento. (Gulliani & Scaldon, 2018)

Sin embargo, la redacción típica presentada en el proyecto de ley no circunscribe la configuración del enriquecimiento ilícito a casos en que sea constatable la práctica anterior de actos de corrupción o de cualquier otro delito previo. No exige siquiera el patrimonio discrepante sea fruto de una infracción penal antecedente, como ocurre en el caso del delito del lavado de dinero, dejando margen para una interpretación amplia del tipo penal que incluya fuentes patrimoniales no estrictamente ilícitas. (Gulliani & Scaldon, 2018)

Además, es de anotarse que el Código Penal Brasileño utiliza, como criterio de ordenación sistemática de los delitos allí previstos, el bien jurídico vulnerado por las conductas consagradas de cada sección. Esto facilita desde un punto de vista práctico, la organización y coherencia interna del código penal, así los delitos contra la vida se encuentran agrupados en un mismo capítulo, delitos contra el patrimonio en otro y así sucesivamente. Ayuda a la interpretación de los mismos tipos penales, la determinación clara del bien jurídico tutelado permite la fácil verificación de la vulneración en el caso en concreto. (Gulliani & Scaldon, 2018)

En el caso bajo examen se tiene que el PL 4.850 de 2016 propone la

incorporación del enriquecimiento ilícito en el capítulo I del Título XI del Código Penal Brasileño, cual es la sección destinada a los delitos cometidos por un funcionario público contra la administración pública, al lado de conductas delictivas como la corrupción pasiva, el peculado y la concusión. El legislador concibe la conducta como ofensiva de este bien jurídico, la justificación que acompaña a la propuesta legislativa asimismo plantea a diversos pasajes un juicio de desvalor consistente en la probable conexión del enriquecimiento ilícito con otros delitos cometidos en detrimento de ese mismo bien jurídico, lo que, sumado a su clasificación como delito especial, permite inferir que desde la óptica del legislador se asevera que habría allí una ofensa al funcionario de la administración pública. (Gulliani & Scaldon, 2018)

A pesar de la consideración de los argumentos ofrecidos en el PL 4.850 de 2016, así como de la previsión de que la conducta no se sujetaría al castigo previsto si ella constituye delito sancionado con pena mayor, es necesario cuestionar si el enriquecimiento ilícito no sería tan solo un delito subsidiario, una especie de red de seguridad, para garantizar la punición de otro hecho delictivo, la propia corrupción. El hecho de la conducta descrita en el tipo penal de enriquecimiento ilícito no constituya, en efecto, una violación al bien jurídico administración pública, lo haría incompatible con los principios de un Estado democrático de derecho, al comportar una restricción constitucionalmente ilegítima de la libertad individual. (Gulliani & Scaldon, 2018)

El enriquecimiento ilícito, tal como se describe en el PL 4.850 de 2016, configura un delito especial, únicamente susceptible de cometerse por quien ostente la calidad de servidor público o la persona que se le equipare, exceptuando los casos de coautoría y participación. El infortunio que representa la expresión escogida por el redactor del proyecto para designar la calidad elemental que debe revestir el autor del hecho delictivo, el servidor público ya que la figura consagrada a lo largo del Código Penal brasileño para situaciones similares es de funcionario público no de servidor público. (Gulliani & Scaldon, 2018).

En Brasil se espera incluir el nuevo tipo penal en el capítulo I del capítulo IX, precisamente en la sección destinada a los delitos cometidos por un funcionario público contra la administración. Al final de la misma, aparece un artículo específicamente alusivo a los delitos, previstos que contiene la referencia no solo de funcionario público, sino también de las personas que consideran, para fines penales. (Gulliani & Scaldon, 2018)

En cuanto a la subsidiaridad del delito del enriquecimiento ilícito está relacionada con la necesidad político - criminal de cubrir espacios o ámbitos desprovistos de regulación y por lo mismo susceptibles de impunidad, por deficiencias probatorias o restricciones descriptivo. Comprensivas de los tipos penales básico o principales. Desde esta perspectiva, la subsidiaridad no siempre y necesariamente va guardar concordancia con los principios de legalidad y determinación de las conductas, lo que hace que en su formación se acuda por lo general a cláusulas abiertas de tipicidad que hacen difícil la labor de la interpretación

y pueden permitir desbordamientos de criminalización. (Perez L. J., 2012)

El delito de enriquecimiento ilícito acrecerá de descripción de acción típica, no describe conducta alguna, pues habría surgido para evitar que delitos contra la administración pública que cometían funcionarios o servidores públicos queden en la impunidad por problemas de probanza. (Perez L. J., 2012)

Ante la perjudicial impresión social que generaba el absolver a funcionarios públicos a quienes se detectaba un apreciable patrimonio sin justificación, por no poder probar el delito que permitió dicha acumulación, se optó por crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito. Como vemos la ratio legis permite establecer el carácter subsidiario de este supuesto típico. (Perez L. J., 2012)

El enriquecimiento ilícito, se tratarse de un tipo penal de peligro abstracto, sería solo aplicable ante la falta de otro delito contra la administración pública. La doctrina nacional predominante reconoce el carácter subsidiario del delito en análisis, el mismo que operaría para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que conlleva como expresión practica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio de la función y razonablemente no sea justificado. (LOPEZ, El delito de enriquecimiento ilícito y su tratamiento en la doctrina y normal sustantiva , 2012)

Se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un cohecho o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del enriquecimiento ilícito, sino de las otras figuras delictivas. Pero además si se admitiera la total autónoma del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de non bis in ídem, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, una por delito de enriquecimiento ilícito y otra por el delito principal contra la administración pública. (Perez L. J., 2012)

La administración publica queda lesionada o de algún modo en peligro ante la práctica de delitos como los de corrupción pasiva o concusión, por ejemplo, a conducta realizada por el funcionario público y el perjuicio causado al funcionamiento de la administración pública. Tal conducta al menos existe un nexo entre el acto tipificado y la ofensa al bien jurídico tutelado, algo que no refleja de igual modo en la propuesta la criminalización contenida en el proyecto de ley en cuestión. (Gulliani & Scaldon, 2018).

Lejos está de ser identificable de qué modo el acto de poseer o usufructuar bienes, derechos y valores, para citar solo dos de los verbos nucleares contenidos en la redacción del tipo penal del enriquecimiento ilícito, crea, autónoma y automáticamente una lesión o un peligro de lesión a la administración pública. Parece que la formulación del tipo penal logra es describir una situación moralmente

cuestionable y no efectiva conducta humana voluntaria que ponga en riesgo o afecte el funcionamiento del supuesto bien jurídico protegido. (Gulliani & Scaldon, 2018).

El objetivo que se propone la Convención Interamericana de Corrupción al solicitar de los países signatarios la tipificación como delito de la conducta analizada, coincide con los postulados y fundamentos del Estado social de derecho, que como tal impone un paradigma ético a todas las personas, sean estos servidores públicos o particulares en consecuencia, mientras el legislador colombiano procede expresamente a tipificar el soborno transnacional como delito, el Estado podrá legítimamente y sin contrariar el ordenamiento superior, brindar asistencia y cooperación a los demás países miembros de conformidad con las disposiciones de nuestro ordenamiento interno. Para la Corte Constitucional el compromiso que adquiere el país, de prohibir y sancionar la conducta que el instrumento objeto de revisión se denomina soborno transnacional, se ajusta a las disposiciones de nuestro ordenamiento superior, al igual que el compromiso de colaboración al que se obliga el Estado, dentro del marco de la ley, mientras el legislador procede a tipificarlo como delito. (Corte Constitucional, 1998).

Las normas de la Convención referidas por la comisión de conductas tipificadas en nuestra legislación como delitos de corrupción, con posterioridad a la vigencia del Acto legislativo que reformo el artículo 35 de la Carta Política, son acordes con al disposiciones de nuestro ordenamiento superior, es decir, que es posible la extradición de toda persona acusada de haber cometido dichos delitos o condenado por su comisión, tal como lo prevé el artículo XIII del instrumento que se revisa, de conformidad con las disposiciones de los tratados públicos que al efecto celebre nuestro país, o en su defecto de la ley. Por lo dicho, no encuentra la Corte en las normas de la Convención que se refiere a la extradición por la comisión de delitos de corrupción, ninguna violación o desconocimiento de las disposiciones del ordenamiento superior. (Corte Constitucional, 1998).

En sentido contrario, en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que este sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional. Debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuren a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, bienes y ventajas patrimoniales o apropiarse de bienes o derechos. (Perez L. J., 2012)

El Código penal colombiano busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico- penalmente a funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicio a la nación. El patrimonio el punto de atención de la norma penal, no obstante que el sujeto público se haya enriquecido ilícitamente con dinero del Estado o de procedencia particular y que de su incremento significativo patrimonial como dato material se concluye la existencia objetiva del delito, sino la necesidad de controlar los intereses desmedidos del funcionario y servicios públicos. (Perez L. J., 2012)

El autor del delito de enriquecimiento ilícito solo puede serlo el sujeto público que durante el ejercicio de sus funciones incrementa ilícitamente su patrimonio. No abarca al particular, ni al sujeto público que se enriquece al margen del cargo o función, contexto de acciones este último cubierto por otras figuras delictivas, civiles, administrativas o de irrelevancia penal. (Perez L. J., 2012)

Los sujetos públicos para ser merecedores de la sanción penal deberán enriquecerse teniendo una función o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden:

a. La ilicitud de la conducta funcional

En relación al delito de enriquecimiento ilícito es importante la delimitación de la expresión, ejercicio de sus funciones, de la normal penal debe efectuarse con un criterio amplio y restringido a la vez, extenso en el sentido de tomar en cuenta aquellas situaciones no previstas en otros tipos penales dado el carácter subsidiario del enriquecimiento ilícito y restringido en orden a descartar la relevancia penal de aquellas conductas totalmente desvinculadas de la función, es decir el funcionario actúa como particular

- Fundamental para la lesión del bien jurídico no es que el funcionario infrinja la reglamentación sobre atribución de competencias, sino que tenga la posibilidad de facto de llevar a cabo el acto, por ello concluye que deben considerarse actos realizados en el ejercicio del cargo
- Aquellos para los cuales el funcionario es objetiva, territorial y materialmente competente
- Los que estando al margen de su competencia para efectuarlos, no son completamente ajenos a la órbita de sus competencias por lo que de facto pueden llevarlos a cabo: resultan facilitados por su posición en la administración y su ejecución corresponden al órgano o entidad de la administración donde el presta servicios, siempre que pueda entablarse una relación entre el acto delictivo y las genéricas funciones por el desempeñadas.

La expresión ejercicio de sus funciones permite que sean punibles también aquellos casos en los que el funcionario o servidor público actúe excediéndose de las facultades y prerrogativas propias del cargo, así como en las situaciones en las que fuera del ejercicio de sus funciones actúe premunido de esas facultades, es decir se vale de su cargo para sus propósitos lucrativos, aun cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete.

3.2 La infracción del deber vinculado a la función

El enriquecimiento ilícito no puede entenderse como un tipo de derecho penal de autor, la prohibición penal no se erige contra el funcionario o servidor público por el simple hecho de ostentar esa cualidad, sino por su posición de custodia frente a los bienes de la administración pública, por el especial deber derivado de la función.

Su configuración como delito de peligro abstracto trae consigo la necesidad de vincularlo a una exigencia de efectiva peligrosidad ex ante, la cual reposa precisamente en la vinculación típica del enriquecimiento con el ejercicio de la función. (Perez L. J., 2012)

El sujeto pasivo en el delito de enriquecimiento ilícito es el Estado, frente a la posición de que el particular es sujeto pasivo secundario si otorga una ventaja privada, ello no debe admitirse porque de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o participe de otro delito contra la administración pública en cuyo caso no podrá recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento indebido. (Perez L. J., 2012)

Frente al incremento patrimonial penalmente relevante, es necesario un incremento patrimonial y/o gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración privada de bienes y rentas, este incremento debe ser notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, lo que permite apreciar la atipicidad de los incrementos mínimos o de poca entidad desde la perspectiva de los ingresos legítimos del funcionario o servidor. (Perez L. J., 2012)

Constituye todo incremento patrimonial del sujeto, incremento de activos, bienes y derechos estimables en dinero, o también en la disminución de los pasivos, gravámenes o deudas del sujeto. En ambos casos, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial. (Perez L. J., 2012)

Hablando de la conexión causa. Temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio de las funciones, sino un nexo de imputación jurídico-penal, el incremento patrimonial de ser objetivamente atribuible al ejercicio de la función pública, ya sea como funcionario o servidor. No está comprendido en el tipo el enriquecimiento anterior. Aunque se haya motivado en el desempeño del cargo. (Perez L. J., 2012)

La comisión del delito de enriquecimiento ilícito puede presentarse en ejecución inmediata y sin intervalo de tiempo, así como también en acciones de enriquecimiento similares u homogéneas en diversos momentos, pero vinculadas por la misma resolución criminal. (Perez L. J., 2012)

El dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad del incrementar el patrimonio ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del pre valimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud. (Perez L. J., 2012)

La estructura del enriquecimiento ilícito como delito de infracción de deber, bajo la configuración formal de delito especial propio, determina que la condición esencial de la autoría es la vinculación del deber funcional, de forma que autor serlo

únicamente quien es funcionario o servidor público y actúe en ejercicio de sus funciones. (Perez L. J., 2012)

Solo puede ser autor el intraneus, porque ostente el dominio del hecho, sino porque le compete una obligación específica cuya infracción, deja de lado esa prestación positiva con el bien, ese deber de cuidado especial, solidario e institucionalmente garantizado que deriva de la asunción de la función pública. (Perez L. J., 2012)

Desde esta perspectiva no puede hablarse en estricto de una coautoría entre intranei sino al sumo de una autoría accesorio. La figura de la autoría mediata resultaría aquí innecesaria, pues el infringe el deber especial que le incumbe induciendo a otro a producir la acción descrita en el tipo ya es autor, directo o inmediato, dado que el deber lo infringe al poner en marcha el suceso que producirá el daño patrimonial. (Perez L. J., 2012)

Todos los países que han decidido incluir el delito de enriquecimiento ilícito en el catálogo penalmente relevantes, lo hacen con el indisimulado propósito de sortear las dificultades probatorias que suelen encerrar la comisión de los delitos cometidos por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones.

Que la administración pública es un valor merecedor, necesitado y digno de ser protegido penalmente es algo que apenas si necesita ser señalado, conviene matizar, no obstante, que debe entenderse por tal de conformidad con lo mantenido por un sector doctrinal mayoritario, el bien jurídico, por tanto, dentro de la legalidad, sin perjuicio de que dicho bien común genérico deba ser individualizado en relación con cada uno de los delitos que forman parte de esta categoría.

Conclusiones

- En los últimos años en Colombia y Brasil ya son muchas las medidas y mecanismos legales que se han intentado en la lucha frontal a la corrupción, con la Ley 365 de 1997 y la Ley 190 de 1995, Brasil con la promulgación de la Ley 12.846 del 1 de agosto de 2013.

- El buen funcionamiento de la administración pública es un interés o valor constitucionalmente protegido, y que tiene como finalidad garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en condiciones de igualdad.

- La función pública, esencia del bien jurídico-penal protegido por los delitos funcionariales, debe ser entendida a efectos penales conforme a la teoría teológica intermedia. O sea, como función proyectada al interés colectivo o social y realizado por órganos estatales o instituciones que por delegación del Estado.

- La forma en que está estructurado el tipo penal de enriquecimiento ilícito en el PL 4.850 de 2016 su criminalización no sería legítima desde un punto de vista

constitucional y dogmático-penal, pero por in inherente complejidad, merece recibir tratamiento aún más profundo y detenido.

– Se debe entender que el delito de enriquecimiento ilícito supone la voluntad de incrementar el patrimonio ilícitamente por ende la comisión del delito de enriquecimiento ilícito puede presentarse en ejecución inmediata o sin intervalo de tiempo, como también en diversos momentos.

– La administración pública es un valor necesitado y merecedor de ser protegido penalmente y que sin perjuicio de dicho bien común genérico deba sr individualizado en relación con cada uno de los delitos que forman parte de esta categoría.

Bibliografía

1. Ballesteros, C. F. (2017). *Analisis de la admnsitracion desleal y la corrupcopn en el sector privado a la luz de la legislacion colombiana y el derecho comparado*. Bogotá.
2. Chagas, d. F. (s.f.). *Respuestas al cuestionario de seguimiento de la implementación de la Convención Interamericana contra la corrupción*. Obtenido de oas.org: www.oas.org/juridico/spanish/bra_res4.pdf
3. Chanjan, R. (2017). *El correcto funcionamiento de la administracion pública fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*. Obtenido de revistas.uexternado.edu.co: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210>
4. Chanjan, R. (2017). *El correcto funcionamiento de la administracion pública fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*. Obtenido de revistas.uexternado.edu.co: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/5210>
5. Correa, F. O. (2017). *Analisis de la admnsitracion desleal y la corrupcion en el sector privado a la luz de la legislacion colombiana y el derecho comparado*. Bogota .
6. Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C- 397 DE 1998*. Obtenido de corteconstitucional.gov.co: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-397-98.htm>
7. Corte Constitucional Colombiana. (1998). *Sentencia C- 398 de 1998*. Obtenido de corteconstitucional.gov.co: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-398-98.htm>
8. Daza, P. M. (2015). *Delitos contra la Administración Pública*. Recuperado el 11 de 2019, de blogspot.com: <https://derechopublicomd.blogspot.com/2015/04/delitos-contra-la-administracion-publica.html>
9. Gulliani, R., & Scaldon, E. (2018). *Refelxion sobre la criminalizacion del enriquecimiento ilicito en Brasil. analisis de la legitimidad constitucional y dogmatico penal del proyecto de ley 4850 de 2016*. Obtenido de

- publicaciones.eafit.edu.co:
<http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/5185>
10. Hernandez, C., & Villadiego, B. J. (2018). *Propuestas de política para la lucha contra la corrupcion*. Bogota.
 11. Rodriguez, D. T. (2004). *Compendio Jurisprudencial sistematizado, prevencion de la corrupcion penal*.
 12. Martinez, S. E., Gusman, S., & Acevedo, G. (2007). *Analisis jurisprudencial de la corrupcion en colombia y especificamente en la contratacion estatal durante el tiempo 2000-2006*. Bogotá.
 13. Martinez, S. E. (2007). *Analisis jurisprudencial de la corrupcion colombiana y especificamente en la contratacion estatal durante 2000- 2006*. Bogota.
 14. Montoya, V. Y. (2016). *Manual sobre delitos contra la administracion publica*. Obtenido de idehpucp.pucp.edu.pe: <http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-Delitos-contra-la-Administraci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>
 15. Observatorio transparencia y anticorrupción. (s.f.). *La noción de interviniente en la legislación penal y la jurisprudencia*. Obtenido de anticorrupcion.gov.co: <http://www.anticorrupcion.gov.co/Documents/documentos-analisis-observatorio/nocion-interviniente-legislacion-penal-jurisprudencia.pdf>
 16. Perez, L. J. (2012). *El delito de enriquecimiento ilicito y su tratamiento en la doctrina y norma sustantiva*. Obtenido de derechoycambiosocial.com: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493218.pdf>
 17. Perez, P. A. (2009). *Sistemas Penales Comparados*. Bogotá: Temis S.A.
 18. Pinzon, A. O. (s.f.). *Sistemas Penales Comparados*.
 19. pischler, J. p. (2013). *tratamiento juridico penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la funcion publica*. salamanca.
 20. Potevin, L., & Narvaez, E. C. (2004). *Derecho eonal y el servidor publico*. bogota.
 21. Presidencia de la Republica de Brasil. (1940). *Decreto-lei N° 2848 de 7 de dezembro de 1940: Código Penal*. Obtenido de ilo.org: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=66721
 22. Rojas, P. P. (2013). *Tratamiento juridico penal de los incrementos patrimoniales injustificados en la funcion publica*. Salamanca.
 23. Varla, J. C., Sanlate, G. D., & Sedes, D. (22 de Agosto de 2013). *Nueva Ley Contra la Corrupción de Brasil: todo lo que un Empleador Multinacional debe saber*. Obtenido de Litter: www.littler.com/publication-press/publication/nueva-ley-contra-la-corrupcion-de-brasil-todo-lo-que-un-empleador

