

PROCESO DE ELECCIÓN DE PERSONEROS MUNICIPALES EN COLOMBIA Y PROCESO DE ELECCIÓN DE PROCURADORES GENERALES EN BRASIL COMO GENERADORES DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y FOCOS DE CORRUPCIÓN

Fernando Tirano Millán¹

RESUMEN

La elección de Personeros Municipales en Colombia se realiza en virtud de mandato constitucional, establecido en el Artículo 313 de la Carta Magna, en el cual se establece la competencia de los Concejos Municipales o Distritales para la elección de estos servidores públicos. Inicialmente, con la expedición de la Ley 136 de 1994, se estableció en su Artículo 170, que, a partir del año de 1995, los personeros municipales serían: “elegidos por el Concejo Municipal o Distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero”. Sin embargo, mediante Ley 1551 de 2012, se modificó mencionada normatividad, estableciendo un periodo institucional de cuatro (4) años, y a su vez implementando un concurso de méritos para la elección de personeros el cual fue reglamentado a través del Decreto 2485 de 2014, para el caso de Brasil, que posee una figura similar en sus funciones y elección al personero en Colombia, se encuentra que la elección de Procurador General de la Republica, jefe del Ministerio Público, está regulada por el artículo 127 y siguientes de la Constitución Política de la República Federativa de 1988, a pesar de la reglamentación de estas dos elecciones las irregularidades que se presentan en el desarrollo de las mismas llevan a que la conducta de los servidores públicos involucrados, en estos procesos, atenten en contra de la administración pública y se acentúen así los focos de corrupción, configurando delitos que están contemplados en las legislaciones penales de los dos países.

¹ Egresado no graduado de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja, candidato a Magister de la Universidad Santo Tomás Seccional Tunja.

PALABRAS CLAVE

Personeros municipales, concurso de méritos, delitos contra la Administración Pública, delitos contra la administración pública en Brasil, corrupción pública.

ABSTRACT

The election of Municipal Personnel is carried out by virtue of constitutional mandate, established in Article 313 of the Magna Carta, in which the competence of the Municipal or District Councils for the election of these public servants is established. Initially, with the issuance of Law 136 of 1994, it was established in its Article 170, that, as of the year of 1995, the municipal officials would be: "elected by the Municipal or District Council, in the first ten (10) days from the month of January of the respective year, for periods of three years, which will begin on March 1 and end on the last day of February". However, through Law 1551 of 2012, the aforementioned regulations were modified, establishing an institutional period of four (4) years, and in turn implementing a merit contest for the election of representatives. This measure, far from solving the problems raised on the occasion of the free election of the personnel, when establishing a public tender, generated that there were new ways to link servers of this nature, with irregularities in both the qualities and forms of choice. Similarly, by way of reference, the most important aspects in relation to corruption in Brazil will be mentioned, regarding public administration.

KEYWORDS

Municipal staff, merits contest, crimes against Public Administration, crimes against public administration in Brazil, public corruption.

INTRODUCCIÓN

Inicialmente, mediante la legislación que reguló la elección de personeros municipales, la Ley 136 de 1994, por medio de la cual el Congreso de la República dictó normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, no estableció en ningún momento la aplicabilidad de concurso público

alguno para llegar al cargo mencionado. Simplemente, en virtud de la autonomía territorial de los municipios y distritos del territorio nacional y del artículo 313 de la Constitución Política de Colombia, estableció la facultad de los Concejos Municipales a nombrar a los personeros correspondientes.

Mediante la Ley 1551 de 2012, se estableció la reforma al artículo 170 de la Ley 136 de 1994, reglamentando el concurso de méritos para la elección de personeros municipales, lo que conllevó inicialmente, a que se fijara a la Procuraduría General de la Nación, como entidad encargada de realizar el mencionado concurso público; sin embargo, con la Sentencia de Constitucionalidad C – 105 de 2013, se declaró la inexecutable de la expresión “que realizará la Procuraduría General de la Nación”, en virtud de la autonomía de los concejos municipales en la elección de estos servidores públicos, el Decreto 2485 del 2014, reglamentó el concurso de méritos de los personeros municipales.

En Brasil existe una figura similar en sus funciones y elección al personero municipal establecido en Colombia, se encuentra que la elección de Procurador General quien es el jefe del Ministerio Público, está regulada por el artículo 127 y siguientes de la Constitución Política de la República Federativa de 1988.

Mediante el presente Artículo se analizará si los procedimientos establecidos para la elección de los funcionarios referidos en cada país es el mejor para evitar aquellas irregularidades que configuran transgresiones a la normatividad penal y el menoscabo del bien jurídico relacionado con el correcto funcionamiento de la administración pública, se pretende esbozar en un primer momento, la naturaleza jurídica y reglamentación legal de los personeros municipales en Colombia, incluyendo su forma de vinculación, el concurso público establecido desde el año 2014, los criterios que se tienen en cuenta para la elección, así mismo se hará un análisis de las normas de carácter constitucional y legal que sustentan la elección de Procurador General en Brasil.

En segundo lugar se determinarán los delitos que se configuran de acuerdo al procedimiento realizado para la elección de estos funcionarios según las normas de carácter penal de cada país.

De acuerdo a lo estudiado en relación con esta problemática dentro de la administración pública, en Colombia pudieron evidenciarse una pluralidad de delitos que aplican a estas conductas descritas anteriormente: “(i) celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales, (ii) cohecho propio, (iii) cohecho impropio, (iv) cohecho por dar u ofrecer, (v) interés indebido en la celebración de contratos y (vi) concusión” (Echevarría, 2019). Conductas que se revisten de especial importancia cuando de celebración indebida de contratos públicos se trata. Es por esta razón que se abordará el estudio jurídico y jurisprudencial de este asunto en materia penal, en relación con la administración pública y la función pública en Colombia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS PERSONEROS MUNICIPALES EN COLOMBIA.

El Consejo de Estado mediante Concepto marco 06 del 20 de diciembre de 2016 define al personero municipal como aquel servidor público encargado de velar por la protección de los derechos humanos, interés público, vigilancia de aquellas personas que desempeñan funciones públicas y control administrativo en el municipio. (Departamento, Administrativo de la función pública, 23 febrero 2015)

Cabe resaltar que el personero municipal hace parte del Ministerio Público, el cual es un órgano de control, pues así lo dispone la Constitución Política de 1991 en su artículo 117 y así mismo el artículo 118, consagra lo referente a la conformación del Ministerio Público e indica que: “El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, procuradores delegados y agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley”.

Dentro del marco normativo que regula todo lo referente al personero municipal, la ley 136 de 1994 en su artículo 178 le asigna ciertas funciones a los mismos, quienes las ejercerán bajo la dirección del Procurador General de la Nación, algunas de estas funciones son: la vigilancia del cumplimiento de la Constitución, leyes, ordenanzas, decisiones judiciales y actos administrativos, defender los intereses de la sociedad, velar porque se ejerzan de manera eficiente y diligente las funciones administrativas municipales, intervenir en procesos civiles y penales según lo establecido en las respectivas disposiciones procedimentales, entre otras funciones que le dan un papel fundamental al personero municipal.

Es de anotar que el personero municipal es un agente del Ministerio Público toda vez que desarrolla funciones determinadas para esta institución, pero éste no hace parte de la estructura de la Procuraduría General de la Nación a diferencia de otros agentes a pesar de que se encuentre bajo la orientación del Procurador así lo ha indicado el Consejo de Estado:

“El Personero Municipal es un agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución y ejerce vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejerce preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales, adelanta las investigaciones correspondientes, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones e intervienen eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales” (Concepto 06 de 2016).

Por otra parte, es importante determinar quién y cómo se eligen los personeros municipales, para tal efecto es de indicar que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 modificó el artículo 170 de la ley 136 de 1994, toda vez que inicialmente no se tenía

en cuenta el concurso de méritos para la elección de personero y le daba dicha facultad al Concejo Municipal, por lo cual, esta elección quedó de tal manera que el Concejo Municipal eligiera al personero previo concurso de méritos y en las fechas establecidas en este artículo, por lo cual, la Procuraduría General de la Nación notificará a los Concejos Municipales y Distritales de los resultados. (Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 54481 de 2019)

Es importante resaltar que se deben cumplir con ciertos requisitos y calidades para ser elegido como personero municipal dependiendo de la categoría del municipio por el cual se aspire a ser nombrado, en este sentido se debe anotar que para los municipios de categoría especial, primera y segunda se debe ser abogado titulado y postgrado, en los municipios de tercera, cuarta y quinta categoría tener por lo menos el título de abogado y para las demás categorías ser egresado de facultades de derecho, sin embargo la normatividad que regula este aspecto deja la aclaración que en la calificación de este concurso se dará prioridad a las personas con título de abogado (Congreso de Colombia, 2012).

El concurso de méritos mencionado deberá regirse por ciertas reglas o etapas, con la finalidad de cumplir con los principios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, por lo anterior, el concurso debe contar con una etapa denominada convocatoria que contará con el reglamento del concurso, etapas y procedimiento administrativo, además la convocatoria deberá cumplir con ciertas formalidades, como fecha y hora del concurso, salario, lista de elegibles y no elegibles, entre otros. Otra etapa denominada reclutamiento y finalmente una denominada pruebas, el Concejo Municipal o Distrital elaborará la lista de elegibles y ocupará el primer puesto quien ocupe el primer puesto de dicha lista. La publicación de las convocatorias se hará efectiva por los medios que permitan su conocimiento por todos los interesados y así permitan la libre concurrencia.

En relación con el estudio de constitucionalidad realizado a la Ley 1551 de 2012, mediante Sentencia C – 105 de 2013, de la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del concurso público de méritos a cargo de la Procuraduría General

de la Nación para designación de personeros municipales, que estaba establecido hasta ese momento por desconocimiento de las competencias de los concejos y autonomía territorial. Es claro que, mediante la citada Ley, el Congreso de la República incurrió en un “vaciamiento de competencias” entre la Entidad Pública cabeza del Ministerio Público y los organismos administrativos territoriales. Es así como en un primer lugar, la Corte Constitucional establece las reglas en virtud de las cuales se estudia este fenómeno a través del denominado “test de vaciamiento”.

Test de Vaciamiento:

Este test, se aplica con ocasión de la autonomía administrativa que la misma Constitución Política de Colombia de 1991, les otorga a las entidades territoriales. Cuando existe desconocimiento por parte del Estado a través de algún organismo público, de estos principios constitucionales, la Corte Constitucional ha fijado una serie de reglas para identificar los casos de vaciamiento de competencias:

“(i) En primer lugar, se produce un vaciamiento de competencias cuando el órgano del ente territorial pierde el control y el direccionamiento de la actividad administrativa que originalmente detenta por atribución constitucional o legal” (Corte Constitucional 2013). Frente a este primer punto, es deber estudiar la relación que debe existir (proporcional) entre la pérdida de control y de dirección de las facultades decisorias que tiene toda entidad territorial con ocasión de lo establecido constitucional y legalmente. “(ii) En segundo lugar, el análisis de vaciamiento debe estar encaminado a determinar si la limitación en las facultades y atribuciones del órgano territorial, repercute en el objeto institucional de la entidad” (Corte Constitucional 2013). Por tanto, entre más restringidas estén las facultades y atribuciones de la entidad territorial, mayor será el vaciamiento de las competencias.

(iii) Finalmente, la evaluación no solo debe estar encaminada a definir el nivel de restricción en las competencias de las autoridades públicas, sino también su justificación y razonabilidad. En este sentido, el desplazamiento o traslado

de funciones puede tener mayor amplitud en cuanto responda a necesidades o a finalidades constitucionalmente legítimas. (Corte Constitucional 2013).

Es claro que, al otorgarle la competencia para la aplicación y desarrollo del concurso de méritos a una entidad de orden Nacional, como lo es la Procuraduría General de la Nación, desconoce en absoluto los presupuestos constitucionales y legales que existen en materia de competencia de entidades territoriales, generando una usurpación de atribuciones jurídicas por el Poder Legislativo que desconoce el Estatuto Constitucional Superior. El asunto de la elección de personeros municipales y distritales es un asunto de carácter territorial, y como lo ha manifestado la Corte: “se pasan por alto dos de los componentes fundamentales de la autonomía territorial: la capacidad para gobernarse por autoridades propias, y la potestad para gestionar libremente los asuntos y las problemáticas locales” (Corte Constitucional 2013). Bastaron dos lineamientos más, otorgados por el Máximo Órgano Jurisprudencial Constitucional, para determinar la vulneración al artículo 287 de la Constitución Política, que refiere que “Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley”.

“Porque, aunque, a la luz de lo dispuesto en el Artículo 118 del texto constitucional, las personerías integran el Ministerio Público y cumplen sus funciones dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, no existe ninguna relación jerárquica u orgánica entre éstas y la Procuraduría General de la Nación, ni aquellas son agentes de ésta

Si lo que pretendía la disposición era adoptar el sistema de méritos, ello ha debido hacerse sin sacrificar la autonomía territorial, dejando en manos de los propios concejos la organización e implementación de los concursos. En otras palabras, no existe ninguna conexidad entre el propósito legítimo de someter la elección de los servidores al modelo meritocrático, y la medida contenida en la disposición demandada de sustraer la elección de los

personeros a los concejos, y transferirla a la Procuraduría General de la Nación”. (Corte Constitucional, 2013).

Lo anterior, en virtud a que, de acuerdo con el Artículo 313 numeral 8, es competencia de los Concejos Municipales “elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine”.

Concurso de Méritos y la Carrera Administrativa

El siguiente cuestionamiento que la Corte entra a revisar, se refiere a la constitucionalidad de la implementación del concurso de méritos como mecanismo idóneo para lograr hacer nombramientos que no sean de carrera administrativa, comenzando por el estudio de este modo de contratación, desde la visión de la carrera administrativa como de los cargos elegidos que no son por elección popular, dentro de los cuales cabe resaltar la elección de personeros municipales, pues aunque la norma y técnica jurídica no especifican la prohibición de elección de cargos que no estén en carrera administrativa mediante concurso de méritos, no resulta ser pues inconstitucional, bajo estos preceptos, estableció la Corte:

“De esta directriz se han derivado dos consecuencias específicas: por un lado, el ingreso y el ascenso a los cargos de carrera debe ser el resultado de procedimientos de esta naturaleza; en estos casos, por tanto, el procedimiento es obligatorio. Por otro lado, con respecto a los servidores públicos que no son de carrera, aunque el concurso no constituye un imperativo, es constitucionalmente admisible, excepción hecha de quienes son elegidos a través del sufragio”. (Corte Constitucional, 2013).

Resulta entonces, a todas luces constitucional, que, a través del concurso de méritos, se realice la elección y contratación de servidores públicos, como personeros municipales o distritales. Lo anterior es tan solo la primera resolución del problema que estudia la Corte, pues es menester recordar que, aunque el concurso de méritos es un mecanismo válido para la elección de personeros municipales, es necesario estudiar si la injerencia de la Procuraduría General de la

Nación es constitucional, pues desde un principio y la expedición de la Ley que estableció tanto la elección de personeros, como la naturaleza de los mismos a través de los preceptos constitucionales, fueron los Concejos Municipales los encargados de realizar la elección y vinculación de mencionados servidores públicos. (Departamento Administrativo de la Función Pública, Concepto 100231 de 2019).

De antemano, no debe olvidarse que, existen dos tesis de interpretación constitucional respecto de la competencia de entidades del orden nacional, y competencias de las entidades territoriales en virtud de la autonomía administrativa. Lo anterior en virtud a que una de las teorías, estipula que puede existir limitación a la competencia de entidades territoriales en función de principios de orden constitucional. Aplicado al caso en concreto, sostiene la Corte Constitucional en un primer momento que, esta teoría aplica al caso en estudio en la medida que las personerías integran el Ministerio Público, el cual debe actuar coordinadamente y bajo la dirección de la Procuraduría General de la Nación, por esto, manifiesta la Corte que “tiene pleno sentido que sea dicha entidad la que dirija los concursos públicos” (Corte Constitucional, 2013)

En efecto, luego del estudio de constitucionalidad establecido por la Corte Constitucional y en aplicación del test de vaciamiento, se determina que, al poner la competencia para abrir el concurso de méritos en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, se desconocen las atribuciones constitucionales y legales establecidas para los Concejos Municipales y Distritales. Para definitivamente establecer la tesis en virtud de la cual se declara inexecutable la competencia de la Procuraduría para adelantar el concurso de méritos de la elección de personeros, se determina de la siguiente manera:

“Cuando la etapa fundamental de un proceso electivo que constitucionalmente se atribuye a una entidad territorial, se transfiere a otra del orden nacional por vía legal, se vacía de contenido la competencia constitucional. Esto significa que la disposición acusada limita la intervención

de los concejos a la formalización y oficialización de una decisión predeterminada por una tercera entidad del orden nacional, como la Procuraduría General de la Nación”. (Corte Constitucional, 2013)

Respecto del concurso de méritos propiamente dicho, como requisito para la contratación y vinculación pública de los personeros municipales y distritales, la Corte es enfática en manifestar que, respecto de la elección de cargos que no son de carrera administrativa, no existe condición constitucional alguna que impida que pueda aplicarse el concurso de méritos para elegir determinados servidores públicos. Considera el Órgano de Cierre, que, de acuerdo a la Constitución y la Ley, corresponde a un ente territorial de elección popular elegir al personero municipal o distrital, y que mediante concurso de méritos puede realizarse tal elección, aunque el órgano que deba surtir el trámite sea de elección popular, tiene plena competencia para llevar a cabo el concurso público. Esta regla, a juicio de la Corte se establece desde dos reglas fundamentales:

En primer lugar, se trata de empleos que no son de carrera, o bien por ser de libre nombramiento y remoción, o bien por estar sometidos a un período fijo, como ocurre con los directores de las Empresas Sociales del Estado, con el personal de las Misiones en el Exterior y con los directores de los establecimientos públicos del orden nacional.

Y segundo lugar, se trata de cargos cuya provisión corresponde, según el derecho positivo, a un órgano de representación popular, como el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes. (Corte Constitucional, 2013)

Que dados los vacíos existentes en la elección de personeros municipales fue necesario que el gobierno nacional a través del Decreto 2485 del 2014 reglamentará el concurso de méritos, allí contempló ciertas reglas, entre las cuales y muy importante, que para realizar el trámite los concejos municipales podrían hacerlo por medio de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal,

potestad que debe ser bien administrada porque de allí depende el éxito del proceso de elección, así mismo contempló las etapas de convocatoria, reclutamiento, pruebas y entrevista, dentro de las cuales prima el mérito, pero deja al final el poder de decisión a los concejales, otorgándoles un 10 por ciento de puntaje que vale la entrevista final.

PROCURADOR GENERAL EN BRASIL

Que similares condiciones de elección tiene en Brasil el Procurador General, el cual hace parte del Ministerio Público, sus funciones y principales características fueron establecidas en la Constitución Política de la República Federativa de 1988, en el Capítulo IV, DE LAS FUNCIONES ESENCIALES DE LA JUSTICIA, Sección I, Del Ministerio Público, Art. 127, se define que el Ministerio Público es una institución permanente, esencial para la función jurisdiccional del Estado, incumbiéndole la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales y individuales indisponibles.

La elección del Procurador General tiene directa relación con el Ejecutivo, en el entendido que su máxima autoridad es el presidente, él como paso final en la elección designa pero debe recibir confirmación por parte del Senado Federal por mayoría de sus miembros (Art. 128.1 de la Constitución Federal).

EL comienzo de este proceso de elección tiene un primer paso que consiste en que la Asociación Nacional de Procuradores de la Republica presenta al presidente una terna que resulta de la votación directa de todos los miembros del Ministerio Público Federal, mil trescientos procuradores y procuradoras votan en esta elección.

En este caso cualquier procurador o procuradora de carrera, mayor de 35 años, puede presentar su candidatura, aunque no sea afiliado de la ANPR, una vez inscritos y validado el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo, el Comité Electoral de la ANPR promueve y realiza debates públicos entre los/as aspirantes sobre temas como Estructura Interna de la Procuraduría General,

Administración, Relaciones Interinstitucionales, etc., los cuales con transmitidos por webcast e interactuar con los ciudadanos que desean hacer preguntas o comentarios bajo reglas previamente establecidas.

Posterior a los pasos anteriores y uego de la jornada electoral, los tres candidatos más votados se incluyen en la lista, que luego es presentada por la ANPR al Presidente de la República, pudiendo normar cualquiera de los tres.

Sin embargo, podemos decir que nada vincula jurídicamente al Presidente a elegir a uno/a de los integrantes de la terna, pero todo el trámite meritocrático anterior y las exigencias propias por parte de sus pares durante el proceso deliberativo, y el liderazgo que les otorgan los votos de los miembros de su propia institución, son elementos que motivan a que esta práctica como continúe con una expresión de la democracia interna a la cual se le atribuye haber garantizado la independencia del Ministerio Público Federal a lo largo de los años.

Que podemos observar unas claras coincidencias en la naturaleza jurídica entre los personeros municipales en Colombia y el Procurador General en Brasil, su forma de elección es muy similar por cuanto de por medio esta un alto porcentaje de meritocracia y en ambos casos se deja la parte final, muy mínima, pero decisoria a los servidores públicos que gracias a su poder discrecional y fuero interno eligen a su conveniencia.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN RELACIÓN CON LA ELECCIÓN DE PERSONEROS MUNICIPALES

Previo a entrar propiamente al objeto de estudio, es menester tener en cuenta que, en palabras de Chanjan (2017):

Los delitos contra 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 órganos administrativos como tales, sino a la función pública que supone vías procedimentales de actuación administrativa (instituciones) para que todos y cada uno de los miembros de la sociedad puedan resolver sus conflictos sociales o efectivizar sus intereses.

Para entender estos delitos, es menester definir el concepto de Administración Pública, el cual, para algunos doctrinantes como Díaz de León (1998), quien manifiesta la dificultad para definir el concepto mencionado y sin embargo, sitúa a la administración pública en tres diferentes corrientes a saber:

1. La Administración Pública como estructura.
2. La Administración Pública como función
3. La Administración Pública como disciplina científica.

Para algunos autores como Bonnin (2004):

Después de la idea de Estado, la primera que se presenta en la organización social es la de gobierno, es decir, la autoridad creada para dar movimiento al cuerpo político, y una dirección común a todos los individuos para la ejecución de las leyes, las cuales son la expresión de las necesidades y la regla de las relaciones sociales. **Por la naturaleza de su institución, el gobierno es el alma del cuerpo político; por su objeto, él es la administración general del Estado.** En este último sentido el gobierno es la acción que anima al Estado, el punto central hacia el cual revierten sin cesar los movimientos que imprime a todas las partes de la administración.

Para determinar los delitos que aplican en relación con la elección de personeros municipales, es menester comenzar por definir lo que se considera en Colombia como Administración Pública, tanto constitucionalmente como la forma que toma al ser bien jurídico protegido por el Estado Colombiano. La definición doctrinal más acertada (a juicio del escritor) podría enmarcarse en las siguientes líneas:

“El término “administración pública” engloba en su significado a la esfera del gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones antes descritas (la ejecutiva, legislativa y judicial), así como a todas las actividades que el Estado captó con sustento en las más diversas motivaciones, siempre que sea en cumplimiento de actividades públicas, como a su vez siempre teniendo en cuenta el bien jurídico básico, tal lo es la autonomía del sujeto, sobre el cual giran todos los demás”. (Donna, 2006, p 113)

Es decir que, lo anterior tiene una intrínseca relación, con lo que constitucionalmente en Colombia se considera como Función Pública; de acuerdo a la Carta Magna de 1991, en su artículo 113, las Ramas del Poder Público en Colombia son la Legislativa, la Ejecutiva y Judicial, determinando así grosso modo todas las autoridades, entidades, dependencias públicas que hacen parte y que generan Administración Pública. En ese orden de ideas, en el Artículo 121 ibidem se establece que: “Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la Ley”. Todo lo anterior para llegar por fin a la definición de Función Pública, entendida de acuerdo al artículo 122 eiusdem: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”. De la misma manera, se establece el concepto de Función Administrativa, que constitucionalmente es entendida de acuerdo al Artículo 209 Superior como:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia,

economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley. (Asamblea Constituyente, 1991)

La corrupción pública enloda la administración pública, de tal manera que se hace necesario para el legislador crear normas penales que garanticen, restrinjan, prevengan y castiguen las conductas desplegadas con el ánimo de malversar los fines, recursos e intereses de un Estado a través de la Función Pública, es así que se tienen dos sentidos en lo que respecta a la definición de corrupción:

Primero, el sentido económico de la corrupción. Se la caracteriza de este modo porque el elemento puesto en juego es el dinero. En el acto corrupto intervienen dos partes: el corruptor y el corrompido. Uno realiza una tarea o función, mientras que otro necesita o requiere el servicio.

En segundo lugar, el sentido amplio de la corrupción. Esta definición señala que en el momento en que una función es alterada de su cauce normal hay corrupción, por tanto, existe corrupción en aquellos actos que se realizan de manera indebida y fuera de la norma. En esta versión se obtienen beneficios en múltiples situaciones que están más allá de lo estrictamente económico. Actos de corrupción en este sentido amplio serían: el nepotismo, el acoso, la deslealtad, el abuso de autoridad, la incapacidad para el cargo, entre otros. (Bautista, 2009)

Con base en estas últimas premisas, el Congreso de la República expidió la Ley 489 de 1998, por medio de la cual se reguló el ejercicio de la función administrativa, la estructura de la misma, define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración pública. Así, por su carácter vinculante, es menester mencionar lo estipulado en el Artículo 39 de la Ley 489 de 1998, que,

aunque no establece la integración de la Administración Pública desde la visión de todas las ramas del poder público, establece toda la rama Ejecutiva como gran parte de la Administración Pública, que resulta pertinente por ser esta rama donde se ubica tanto la elección como el concurso de méritos que permite elegir a los personeros.

“ARTÍCULO 39.- Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado Colombiano (...)”.

A pesar de existir el concurso de méritos, existen claros ejemplos donde la contratación de estos servidores públicos se realiza de manera irregular. De acuerdo a la Fiscalía General de la Nación, los delitos que se presentan producto de la elección irregular de personeros municipales o distritales:

- Interés indebido en la celebración de contratos.
- Cohecho por dar u ofrecer
- Cohecho propio
- Cohecho impropio
- Celebración de contratos sin cumplimiento de requisitos legales.
- Concusión

Aunque no es muy frecuente, eventualmente se presenta otro delito que, sin ser un delito que proteja el bien jurídico de la Administración Pública, si es un delito que media en la finalidad de la conducta de atentar contra la Función Pública y, en últimas, contra la Administración Pública:

- Destrucción supresión u ocultamiento de documento público.

Al respecto, la Ley 599 de 2000 (Código Penal Colombiano):

Artículo 404. Concusión. El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

En este caso, el sujeto calificado activo de la conducta, abusando de su cargo, es decir, por extralimitación de sus funciones, constriñe o induce a persona indeterminada, al respecto la Corte Suprema de Justicia (2018) ha afirmado que al ser un delito de mera conducta: “no se exige que el compromiso prometido sea realizable, toda vez que solo requiere que el funcionario judicial, por su cargo o por su función, ejecute las maniobras necesarias para lograr que la víctima acceda a sus pretensiones”. Es decir, basta con el requerimiento para obtener beneficio o dádiva, para que este tipo penal se configure desde la imputación objetiva de la conducta.

Este tipo penal se configura cuando uno o varios de los concejales aprovechando la cercanía de los puntajes de varios candidatos que han llegado a la entrevista, superando las etapas meritorias de convocatoria, reclutamiento y pruebas, constriñe o induce a cualquiera de esos candidatos a darle o prometer darle al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos para incidir de manera intencional en los puntajes finales para que sea elegido.

Artículo 405. Cohecho propio. El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales

mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Este tipo penal, como se observa, vuelve a ser de tipo sujeto activo calificado, en virtud del cual el servidor público recibe utilidad para retardar u omitir acto propio a su cargo, o ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales en este caso en aras de omitir los requisitos legales del concurso de méritos, es decir y como ejemplo podemos tomar el caso de aquel presidente de junta directiva de un concejo municipal que omite contratar a una entidad idónea para realizar en concurso, como lo establece el Decreto 2485 de 2014.

Artículo 406. Cohecho impropio. El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a ciento veintiséis (126) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de cuarenta (40) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

En este caso, como en el anterior, el servidor público recibe utilidades para ejecutar un acto propio de sus funciones. Dentro de este tipo penal, en el inciso segundo se establece un atenuante, causa o hecho punible de menor punibilidad, y establece al servidor público que recibe utilidades de persona (indeterminada) que tenga interés en el asunto bajo el conocimiento del sujeto activo calificado de la conducta, sin embargo, es claro que un concejal tiene como servidor público la función de elegir personero e intervenir en las etapas del concurso, especialmente en otorgar puntaje

por una entrevista a cada candidato, aquí recibe dinero para equilibrar los puntajes e incidir en el candidato con el cual tiene un acuerdo económico para finiquitar la elección en su favor.

Artículo 407. Cohecho por dar u ofrecer. El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Al respecto, en relación con este tipo penal, es claro que el sujeto activo de la conducta ahora pasa a ser un sujeto activo indeterminado, en virtud del cual no importa la calidad que tenga, cualquier persona puede cometer este delito, que atenta contra el bien jurídico de la Administración Pública. Es decir, de acuerdo a lo anterior un sujeto determinado da u ofrece utilidad o beneficio alguno, a servidor público para:

1. Que el servidor público retarde u omita un acto propio del cargo, o por el contrario ejecute un acto contrario a las funciones que reglamentaria, legal o constitucionalmente deba ejecutar (cohecho propio).
2. Que el servidor público realice un acto que deba ejecutar en cumplimiento de sus funciones (cohecho impropio)

Es claro entonces, que este tipo de cohecho, aplica, sanciona y va dirigido al particular que ofrece dádivas, utilidades, beneficios o promesa remuneratoria a un servidor público para que mediante acción u omisión realice acto propio o contrario a sus funciones, o deje de realizar actos que estén en cabeza del servidor. Por lo tanto, es viable manifestar que el delito de cohecho “se estructura por el hecho de que alguien de u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, como también cuando éste la recibe” (Corte Constitucional), por las características del proceso de

elección de personero los interesados son muchos y los intereses son más amplios, es decir, aquí el investigado puede ser un particular, aquellos candidatos que pretendan comprar una elección o particulares que secunden tales intereses.

Artículo 409. Interés indebido en la celebración de contratos. El servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

En primer lugar, es dable determinar, que este delito goza de una estructura particular, ya que, en primer lugar, el sujeto activo es calificado, lo que quiere decir que, si y solo si, un servidor público es el único llamado a responder en calidad de autor o coautor de la conducta mencionada. Además de esto, el delito no fue diseñado con el objetivo principal de proteger el patrimonio público, en palabras de la Corte Suprema de Justicia “para que la gestión contractual se realice en los ámbitos de transparencia e imparcialidad”. (Corte Suprema de Justicia, 2008). Sin embargo, los particulares también pueden responder por delitos donde el sujeto activo es calificado y se exige que esa calidad sea la de servidor público; en este sentido, establece el Código Penal en su Artículo 30, la figura de interviniente dentro de la conducta y, hace referencia a la persona que, sin tener las calidades exigidas por el tipo penal, comete la conducta en calidad de autor o coautor. En este caso responde en base a la pena principal pero disminuida.

Este delito se presenta generalmente al momento de contratar la entidad que tenga las características que orden el Decreto 2489 del 2014, porque las personas encargadas de contratar, los miembros de las juntas directivas de los concejos municipales, adelantan los procesos contractuales y contratan a aquellas entidades que no tiene la experiencia ni cumplen los requisitos exigidos, con el único objetivo

de poder manipular el concurso en favor del candidato de su predilección o con el cual ya tienen pactado acuerdos económicos a cambio de tales beneficios.

Artículo 410. Contrato sin cumplimiento de requisitos legales. El servidor público que por razón del ejercicio de sus funciones tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses, multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a doscientos dieciséis (216) meses.

Este es, por excelencia el tipo penal más relevante del capítulo de la ley punitiva que protege el bien jurídico de la administración pública. Como bien se ve, posee un sujeto activo calificado, a su vez, técnicamente es denominado “tipo penal en blanco”, debido a que, menciona la celebración de contratos sin el lleno de requisitos legales esenciales. Al respecto, debe remitirse a las leyes que hablen acerca de contratación estatal, en primer lugar, pues el contrato al que se refiere la norma penal es de aquellos donde una de las partes dentro de la relación contractual sea el Estado. Es por ello que se le denomina tipo penal en blanco, pues para su aplicación en debida forma (imputación objetiva), es necesario determinar el tipo de contrato, los requisitos esenciales de acuerdo al mismo, forma de liquidación y disolución. Estos presupuestos se encuentran fuera del ordenamiento penal, y pueden estudiarse dentro de la Ley 80 de 1993 (por ejemplo). En resumen, un tipo penal en blanco es aquel que se constituye cuando para lograr la imputación objetiva de la conducta es necesario remitirse a leyes y ordenamientos nacionales, fuera de la ley penal.

Son amplias las exigencias del Decreto 2489 del 2014 y las demás normas que regulan el concurso para elegir personero, pero el fenómeno radica en que para elegir a su candidato predilecto o con el cual se han hecho compromisos económicos se omiten ciertos requisitos legales y los procesos contractuales que se

adelantan para la mencionada elección son celebrados de manera indebida y con intereses fraudulentos que afectan a la administración pública.

Los controles legales en relación con la contratación pública en Colombia son ineficientes, generando sobre todo el interés indebido en la celebración de los mismos. Estos estamentos delictuales se dan desde la etapa electoral, ya que muchos ejemplos de corrupción respecto de la elección de personeros se dan desde la elección de los concejales, donde particulares otorgan excesivas cantidades de dinero en la candidatura de los elegibles para luego cobrar estos favores a través de la vinculación y contratación de servidores que no cumplen ni con los requisitos exigidos y en muchas ocasiones ni siquiera pasan a satisfacción los exámenes aplicados para el cargo en específico.

DELITOS EN RELACIÓN CON LA ELECCIÓN DE PROCURADOR GENERAL EN BRASIL.

En Brasil, el Código Penal está establecido mediante Decreto Legislativo No. 2848 del 7 de diciembre de 1940. Los delitos contra la administración pública están establecidos en el Título XI, Capítulo I. entre los más destacados y que pueden servir de punto de comparación para el tema que en este artículo se prioriza, está el peculado, establecido en el Artículo 312, aceptación de sobornos establecido en el artículo 317, Tráfico de influencias estipulado en el artículo 332, soborno, del artículo 333. En este sentido, aunque los tipos penales tienen definiciones y títulos diferentes, en atención a la naturaleza y bien jurídico protegido, son similares a los establecidos en Colombia.

Por otro lado encontramos que estos delitos giran en torno a intereses económicos que buscan en primer término interferir en las votaciones que para elegir Procurador General en Brasil deben hacerse, los funcionarios que votan tienen intereses burocráticos y políticos que fácilmente incitan al tráfico de influencias, al soborno para votar y lógicamente a incurrir en peculado a costa de su actuar como

funcionario que puede votar, se aprovechan de su investidura para recibir beneficios.

Quien toma la decisión final en Brasil para elegir al Procurador es el presidente quien a su vez es orientado por intereses políticos, por presiones y por la corrupción que azota al Brasil desde siempre y con mayor propiedad en estos últimos años.

Es muy fácil que se configuren todos estos delitos en un elección, en la cual, tienen que ver más de mil personas, no es fácil controlar, más cuando la legislación no está muy sólida en el sentido de que al final se deba respetar estos procedimientos, se deja mucha potestad al presidente de la República.

La Corrupción en Brasil

Con relación a la corrupción, desde su estructura gramatical se entiende como “un fenómeno de desnaturalización o desviación de ciertos parámetros de comportamiento. En este sentido, la corrupción pública implica una degradación de lo público en lo privado” (Lombana, 2014). En este sentido, como se ha mencionado y establecido anteriormente, desde ámbitos privados con ocasión de una actividad o interés personal, social o político, se busca transgredir la administración pública, considerada como función pública y función administrativa, para Jaime Lombana, litigante y tratadista colombiano:

La corrupción pública desvía el interés general hacia intereses privados (personales, corporativos o partidistas), desconociendo normas jurídicas o éticas. De esta manera, la corrupción confunde las esferas públicas y privadas mediante la inserción de intereses privados como motivo de los actos públicos. (Lombana, 2014).

Uno de los mayores desequilibrios en la democracia en Brasil, es el caso de ODEBRECHT, en el cual la suprema mandataria Dilma Rousseff, se vio inmersa en uno de los escándalos de corrupción más recordados; además de uno de los operativos de gran conmoción que dio como resultado el descubrimiento de la corrupción disfrazada detrás de una de las más importantes empresas en Latino

América, la más importante en Brasil, la empresa Petrolera Petrobras, siendo la misma que durante años fue el orgullo del país, la misma que mientras en la prensa y los medios de comunicación masiva informaban que era la dejaba las mejores utilidades en el país en los últimos años, alardeando y haciendo mención de ser la “mejor”, mientras que el interior de la misma paralelamente desviaban de forma organizada y metodología una cantidad de su producción para realizar pagos a políticos, empresarios y colaboradores de la red de corrupción más sonada en su momento, sobornos con el dinero blanqueado, otra parte de esta “producción” era trasferido a otras empresas ficticias y negocios en el extranjero; la misma que simulaba grandes mercados de importación y exportación de sus productos, sin ser estas producciones reales, simulaciones que eran utilizadas simplemente para esconder y justificar las salida de dineros blanqueado. Todo descubierto por un operativo que dio a conocer la corrupción que se estaba desarrollando en la empresa petrolera, fue llamado “lava jato” un golpe para la corrupción.

Esta red de corrupción involucra a casi la totalidad del parlamento de Brasil, incluyendo al expresidente Lula da Silva, el proceso al cual se dio apertura por los presuntos beneficios por parte de Odebrecht, dicho mandatario también se vio inmerso el escándalo de corrupción donde se le imputaron delitos de lavado de dineros y ocultamiento de patrimonio, por si fuera poco la presidenta para la fecha Dilma Rousseff, lo nombra como Ministro, con el fin de que este no fuera procesado, ya que en el país los miembros del estado cuentan con el beneficio de fuero político, por otro lado se solicitó la apertura de 83 investigaciones a los a los parlamentarios que presuntamente reciban dineros por parte de la empresa petrolera Petrobras y Odebrecht a cambio de firmas a favor de las mismas.

Brasil es un país donde la dictadura se encuentra instalada desde hace 21 años, donde la democracia desde entonces esta inclinada a los máximos mandatarios y en contra de los derechos de los habitantes, uno de las inclinaciones más evidentes es que los mandatarios cuentan con un fuero político que les impide ser procesados, como en el caso anteriormente nombrado de Lula da Silva, aunque, este fue

investigando a los días de su nombramiento como Ministro por parte del tribunal Supremo, pero aquí no termina todo con el desarrollo de las investigación, se desencadenó un sin número de contravenciones y tropiezos, como el juez que inicialmente llevaba las investigación de Petrobras el cual falleció en el desarrollo de la problemática.

“En Brasil se creó una forma de extraer confesiones de aquellos detenidos bajo prisión preventiva: amenazar con extender el mismo tratamiento a las esposas e hijos de los acusados. En 2013, grabaciones hechas en un cajero de una empresa de lavado de coches (un lavado automático, un Lava Jato) en Brasilia llevó a la prisión a un contrabandista poseedor de una larga ficha criminal. Mantenido en Curitiba, en la región Sur, para proteger su familia, ese “cambista” pasó a revelar la escala del sistema de corrupción de Petrobras, en la que él había sido uno de los principales intermediarios en la transferencia de recursos entre contratantes, directores y políticos dentro y fuera del país” (Gentili, 2016).

Pero a la fecha después de años de investigación, de hallazgos nada sucede, la impunidad sigue, debe tenerse en cuenta que una de las razones de que no se concrete una condena ejemplar a la corrupción en el país, es el que los altos cargos ostentan un fuero que le impide ser condenados, si se quiere lograr un remedio, este sería eliminar o abolir dicho fuero, implementar más operativos como “lava java” , que si bien no se logró condenas para altos mandos del estado , si se logró la detención de grandes empresarios y testaferros de la red de corrupción, una de las capturas más importantes es la del empresario Marcelo Odebrecht, quien era el presidente de la constructora que desvió la mayor cantidad de dineros en el país.

Retomando la dictadura en el país, otro gran ejemplo es el presidente Temer, quien desencadenó la ira de la población brasileña, que por si no bastara con el escándalo de corrupción en los que se vieron inmersos dos de sus ex máximos mandatarios, sino que además aumenta la edad para jubilarse y desmejorar los derechos de los trabajadores, un país en decadencia por la pésima administración de sus últimos

mandatarios, en la actualidad la política en el país está desestabilizada, donde si bien se lleva cabo procesos sobre aforados políticos, congresistas, ministros el resultado de estos no es beneficiosos para los ciudadanos por el contrario afecta en gran medida el desarrollo de los derechos del país y la toma de decisiones presidenciales. Hace unos meses las investigaciones se extendieron a todo el gobierno, las listas involucran a los partidos a partidos políticos

“En una sociedad donde el Estado es quien controla y regula las principales actividades de economía e incluso supedita a sus decisiones aspectos importantes del ámbito privado de las personas, la búsqueda de favores y otorgamiento de estos a cambio de dinero o de lealtad política algo ocurren frecuente” (Revista Enfoques, 2013).

Brasil es uno de los países que ejerce control, donde por ejemplo la Petrolera Petrobras fue uno de los impulsos en materia económica más importantes para el país, aunque este impulso simplemente fue disfraz para la problemática de corrupción más sonada en el país y el mundo.

Para entender el tema de corrupción en el país se tendrá en cuenta diversas perspectivas.

Sobre la corrupción se han planteado diversas teorías explicativas (Revista Enfoques, 2013).

Escuela Legalista Moral: Que afirma que la impunidad en la que quedan los casos de corrupción, es la que ha llevado al daño de la moral pública. Esta moral debería ser restituida mediante la revaluación del Estado de Derecho, y el castigo de todos los casos de corrupción, sin importar el estado social de los infractores (corruptor y corrompido). Implementar las políticas de prevención y castigo requiere modificaciones legales para hacerlas más eficientes, por eso la lucha contra la corrupción es ante todo un asunto de mejorar y difundir leyes y darles el valor que les corresponde. (Ciencia Política y Administración Pública, 2003)

En Brasil la impunidad más evidente se da en el gran beneficio con el que cuentan los políticos al tener un fuero que les impide ser procesados, al ostentar estos cargos en el estado.

Escuela Económica Liberal: El abuso en los cargos públicos se debe a la excesiva intervención del Estado en la economía y en la sociedad. Por lo tanto, la solución debe ser la implementación de programas de privatización de todo el patrimonio público, así como la desregulación de la economía en otros sectores. Tesis de la Instrumentalización del Estado: En contraposición a la anterior, señale a los grupos económicos poderosos quienes instrumentalizan el Estado, siendo ésta la causa principal de la corrupción. La solución para esta postura, no se encuentra en la privatización, sino en el incremento de la transparencia y el fortalecimiento de las formas de participación y control del sector público. (Ciencia Política y Administración Pública, 2003)

Un abuso en los cargos políticos donde los mandatarios utilizan sus puestos para obtener beneficios y adicionalmente ejercer la corrupción sin tener represarías por sus actos.

Teniendo en cuenta lo expuesto para el caso de corrupción pública en Colombia, los sistemas de contratación estatal son el foco principal para el menoscabo de la función pública y administrativa de un Estado. Esto con ocasión de la desviación o desnaturalización de los objetivos públicos para fines privados de diversa índole. Es claro que dentro de los sistemas de mérito, se presenta, bien sea la celebración indebida de contratos estatales, el interés indebido en la celebración de los mismos, o en muchas ocasiones el tipo penal de cohecho en sus distintas modalidades.

CONCLUSIONES

A pesar de las diferencias en los procedimientos para la elección de funcionarios como el personero municipal en Colombia y el Procurador General en Brasil, hay una coincidencia muy clara que consiste en que no debe existir una mixtura en tales

procesos o concursos de elección, por cuanto debe ser totalmente méritocrático, sin dejar espacios para que los servidores públicos decidan a través de entrevistas o poderes discrecionales que van en contra del sentido real de las Constituciones y la Ley en los dos países.

Más allá de una Constitución, la ley y decretos reglamentarios, se debe partir de las bases para la construcción de valores que rijan el actuar del ser humano, reflejado en los servidores públicos de los Estados, debemos procurar el fortalecimiento de aquellos principios básicos que rigen la ética, la honestidad y el respeto por lo público para que ejercicios como la elección de funcionarios surtan los efectos deseados y alejados de cualquier brote de corrupción.

Aunque la elección de personeros, actualmente está sometida a concurso de méritos, es claro que la regulación en esta materia solo ha generado que el fenómeno de la corrupción pública segregue sus efectos en las entidades del Estado a través de múltiples maniobras, permeando incluso la forma de contratación y sistema de elección, desde la misma cúpula de control político que, por orden constitucional es el organismo territorial encargado de elegir al personero municipal o distrital.

La corrupción pública genera un menoscabo patrimonial para el Estado, además de la tergiversación e irregularidad tanto en la Función Pública como en la Función Administrativa.

Es claro que existe autonomía territorial, y que las entidades de orden público nacional pueden en ocasiones, con objeto del cumplimiento de determinados fines constitucionales, obtener competencias territoriales, la regla general debe predicarse desde la descentralización administrativa, so pena de un vaciamiento de la competencia que, desde la Constitución Política de Colombia de 1991, se otorga a las entidades territoriales.

REFERENCIAS

Indacochea, U. (2019). La elección del Procurador General de la República en Brasil: Una costumbre a prueba. Blog Fundación Justicia de las Américas.

Mariangela Gama de Magalhães Gomes, Derecho Penal Brasileño, Profesora Asociada de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y Presidente del Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, 2001.

Rogério Lauria Tucci, El Proceso Penal en Brasil, Profesor de *Derecho Procesal Penal* de la Facultad de *Derecho* de la Universidad de São Paulo, 1984.

Constitución Política de la República Federativa del Brasil, 1988.

La Corrupção”, en DE FIGUEIREDO DIAS, J.: Comentario Coimbreense do Código Penal: parte especial, t. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

Constitución Política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

Bautista, O. (2009). Ética para corruptos: una forma de prevenir la corrupción en los gobiernos y administraciones públicas. España: Editorial Desclée de Brouwer.

Bonnin, C. (2004). Principios de administración pública. México: FCE - Fondo de Cultura Económica.

Castro, C. (2017). La corrupción pública y privada: causas, efectos y mecanismos para combatirla. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Chanjan, R. (2017). El correcto Funcionamiento de la administración pública: Fundamento de incriminación de los delitos Vinculados a la corrupción pública. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena, expedientes D-9237 y D-9238. Sentencia C – 105 de 2013. Magistrado Ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Bogotá D. C., seis (6) de marzo de dos mil trece (2013).

Concepto Procedimiento para la elección de Personero Municipal. Departamento Administrativo de la Función Pública. Colombia: Bogotá D.C. Rad. 20159000116812 del 23 de febrero de 2015.

Concepto 54481 de 2019. Departamento Administrativo de la Función Pública. Colombia: Bogotá D.C. Rad.:20192060010982 de fecha 14 de enero de 2019.

Concepto 100231 de 2019. Departamento Administrativo de la Función Pública. Colombia: Bogotá D.C. Rad 20192060105292 de fecha 21 de marzo de 2019.

Constitución Política de Colombia. 1991. Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

Cruz, E. (2017). Delitos en particular. México: Universidad Autónoma de México.

Decreto 1083 de 2015, Presidente de la República de Colombia. Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública. 26 de mayo de 2015.

Díaz, C. (1998). Administración pública contemporánea. México: Facultad de Contaduría Pública y Administración Universidad Autónoma de Nuevo León.

Donna, E. (2006). Derecho penal. Parte General. T1. Argentina: Editorial Rubinzal Culzoni.

Echevarría, M. (2019). Delitos de los funcionarios públicos. España: EDITORIAL Dykinson.

Gentili, P. (2016). Golpe en Brasil. Buenos Aires, Argentina: Editorial Octubre.

Ley 136 de 1994, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Diario Oficial No. 41.377 de 2 de junio de 1994.

Ley 599 de 2000, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide el Código Penal. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

Ley 906 de 2004, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Diario Oficial No. 45.658 de 1 de septiembre de 2004.

Ley 1551 de 2012, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Diario Oficial No. 48.483 de 6 de julio de 2012.

Lombana, J. (2014). Corrupción, cohecho y tráfico de influencias en España y Colombia. Colombia: Editorial Universidad del Rosario.

Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública, Universidad Central de Chile Chile, núm. 1, 2003, pp. 155-167.