

¿El Peculado Culposo como Tipo Penal en Colombia Desborda los Límites del Ius Puniendi?

Ana Luisa Camargo Garcia

**Universidad Santo Tomás
Maestría en Derecho Penal
Bogotá, D.C., Colombia**

2017

¿El Peculado Culposo como Tipo Penal en Colombia Desborda los Límites del *Ius Puniendi*?

Ana Luisa Camargo Garcia

**Monografía de Grado para Optar el
Título de Maestría en Derecho Penal**

Asesor:

Dr. Julio Cesar Montañez Ruíz

Universidad Santo Tomas De Colombia

Maestría en Derecho Penal

Bogotá D.C., Colombia

2017

PÁGINA DE ACEPTACIÓN:

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Bogotá D.C., a los 21 días del mes de junio de 2017

Tabla de contenido

Introducción.....	6
A Propósito del <i>Ius Puniendi</i> en el Estado Social y Democrático del Derecho.....	10
Significado Del <i>Ius Puniendi</i>	11
El Estado Social Y Democrático De Derecho: Su Origen Y Nociones Básicas.....	13
Implicaciones Del Estado Social Y Democrático De Derecho Respecto Al <i>Ius Puniendi</i>	17
Límites Del <i>Ius Puniendi</i> En La Legislación Penal Colombiana.....	24
Límites procedentes del contenido de lo derechos fundamentales.....	26
Límites procedentes del bloque de constitucionalidad.....	29
El Garantismo y sus Implicaciones en la Legislación Penal Colombiana.....	34
El Garantismo: Nociones Básicas.....	35
El Garantismo y el Bien Jurídico.....	42
Delito de Peculado Culposo en Colombia y Otras Legislaciones.....	47
Aproximación Histórica del Delito.....	47
Legislación Penal 1837 a 1873.....	50
Código Penal de 1890.....	51
Código Penal de 1936.....	52
Código Penal de 1980. Decreto 100 de 1980.....	53
Código Penal de 2000. Ley 599 de 2000).....	54
Delito de Peculado Culposo en otras Legislaciones.....	56
Referencia a la Administración Pública como bien Jurídico	67

Análisis del Peculado Culposo y su razón de ser en la Legislación Penal Colombiana.....	75
¿Permanencia o Despenalización de la Conducta?.....	75
De las Sanciones Administrativas.....	84
Sanción Disciplinaria.....	86
Sanción Fiscal.....	90
Reforzar Programas Preventivos en la Administración.....	95
Conclusiones	99
Bibliografía	109

Introducción

El Estado colombiano a partir de 1991 se proclama como un Estado Social y Democrático de Derecho, lo que implica unos deberes y obligaciones en su actuar a través de las ramas del poder público, de tal modo que su quehacer se ajuste a los postulados de este modelo de Estado garantista, fundado en el respeto a la dignidad humana. Acatamiento de postulados que se hace más sólido cuando el Estado, como en el caso del colombiano ha suscrito tratados internacionales que velan porque estos sean respetados y acogidos por la mayoría de los países.

A partir de este compromiso nacional e internacional, el ejercicio de los diversos poderes del Estado deberá estar inmerso en los principios que le dan vida y realidad a este modelo de Estado, por ello y especialmente por la trascendencia de la facultad sancionatoria del Estado, de la potestad que posee de crear conductas catalogadas como delitos y sus consecuencias, deberá someterse sin excepción alguna a dichas exigencias, para poder legitimar su existencia.

De ahí que el interés de este trabajo descriptivo – analítico radique en verificar si esto se está cumpliendo en la legislación penal colombiana, específicamente con la permanencia del delito descrito en el art. 400 denominado Peculado Culposo. Para lograr dar respuesta al problema aquí planteado, esto es, si ¿el peculado culposo como tipo penal en Colombia desborda los límites del *ius puniedi?*, se ha realizado un acercamiento tanto doctrinal como jurisprudencial respecto a temas trascendentales para comprender en debida forma la temática y tener los argumentos suficientes a fin de responder el interrogante aquí expuesto.

Con la revisión doctrinal, legislativa y jurisprudencial aquí realizada se comprobará o no las hipótesis aquí planteadas, las cuales predicen que la existencia del tipo penal descrito en el artículo 400 del Código Penal colombiano es un claro ejemplo de un derecho penal expansivo y que la configuración de la conducta de peculado culposo desconoce los principios de *ultima ratio*, legalidad, necesidad, proporcionalidad y dignidad humana.

Así, en el primer capítulo se aborda el significado del *ius puniendi* en el Estado social y Democrático de Derecho resaltando importantes y tradicionales definiciones dadas por los doctrinantes a la facultad punitiva estatal; luego se alude a la noción de este modelo de Estado y lo más importante se hace referencia a lo que conlleva, a sus contenidos. Con base en esta información se podrá entender y precisar con mayor claridad las implicaciones del Estado social y democrático de derecho frente a la potestad punitiva que ostentan los Estados.

Una vez realizada esta fundamentación teórica, se exponen los límites que tiene este poder sancionador dentro de nuestra legislación interna, especificando aquellos que proceden del contenido mismo de los derechos fundamentales y los que se originan del bloque de constitucionalidad, fuentes de inmensurables garantías para la protección de los asociados ante el poderío de los Estados.

A fin de entender la importancia y trascendencia de los conceptos antes indicados para la legitimidad y justificación de la legislación penal se aludirá en el capítulo segundo a las nociones básicas de la doctrina del garantismo y su relación con el bien jurídico, figuras de gran trascendencia al momento de definir si un comportamiento debe ser considerado como delictivo y por ende objeto de sanción por uno de los instrumentos de control de mayor rigurosidad: el derecho penal.

Habiéndose planteado el deber ser del *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho, los límites o barreras obligatorias para su elaboración y ejecución, así como los requisitos mínimos para que se justifique la intervención del Estado a través del derecho penal, se analiza en el tercer capítulo, la existencia del delito de peculado culposo en Colombia, iniciando desde su primera aparición normativa en la legislación penal de 1837 a 1873, continuando con el código penal de 1890, 1936, 1980, hasta llegar al código penal actual, ley 599 de 2000. En cada una de estas legislaciones se enfoca el interés en el contenido del comportamiento considerado delictivo y las sanciones impuestas al mismo, se comparan entre sí, analizando la complejidad de la conducta como la cantidad y calidad de pena a imponer en cada una de estas etapas legislativas.

Posteriormente y como resultado de este trasegar teórico y jurisprudencial se aborda, en el capítulo cuarto, el análisis del peculado culposo y su razón de ser en la legislación penal colombiana. Para el desarrollo de este tema se analiza la viabilidad de despenalizar dicha conducta, la necesidad de fortalecer las sanciones administrativas y reforzar los programas preventivos en la Administración Pública, todo ello con el fin de proteger la administración pública de este tipo de conducta culposa y sus consecuencias, siempre dentro de los parámetros establecidos por el modelo de Estado imperante en Colombia: social y democrático de derecho.

De esta forma se alcanzan los objetivos propuestos con este trabajo, como es el precisar los límites que establece la concepción política de Estado Social y democrático de derecho al *ius puniendi* del Estado; realizar una breve reseña del desarrollo legislativo que ha tenido el delito de Peculado Culposo en la normatividad colombiana; plantear los principios establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales que son objeto de vulneración con la existencia de la conducta tipificada como Peculado Culposo y por último, proponer una alternativa para subsanar

los efectos contrarios al bloque de constitucionalidad, generados con la existencia del tipo penal que es objeto de estudio en esta investigación, sin desproteger el bien jurídico de la administración pública.

Con fundamento y en desarrollo de lo aquí planteado se elaborarán unas conclusiones que recopilen una visión sinóptica de todo el trabajo realizado en esta investigación con miras a permitir o facilitar al lector un previo reconocimiento de su contenido y de la propuesta planteada.

Capítulo I

A Propósito del Ius Puniendi en el Estado Social y Democrático del Derecho.

La humanidad en sus diversas etapas ha visto la necesidad de regular el comportamiento de sus integrantes a través de diversas formas, buscando alcanzar una convivencia pacífica y armónica que permita la realización de los pueblos.

Dentro de las formas de regulación de las sociedades se ha ejercido el poder de castigar a aquellos asociados que se alejan del “deber ser” establecido por las colectividades, personas que desconocen sus reglas afectando notoriamente la integridad de los demás miembros de las respectivas comunidades e imposibilitando la coexistencia pacífica.

Ese derecho a castigar como se le conoce en forma general al *ius puniendi*, ha sido objeto de diversas definiciones, a las cuales se hará referencia a continuación, y varía de acuerdo al modelo político de cada Estado, así en el Estado absolutista, en el liberal clásico, en el liberal intervencionista, y en el social y democrático de derecho, el *ius puniendi* ha tenido sus propias características reflejo del momento histórico en que ha existido, siendo de interés para este trabajo el ahondar en el último de los enunciados, por ser el modelo que impera en los textos constitucionales de la mayoría de Estados, incluido Colombia.

A continuación se hace alusión a algunas de las principales definiciones que se dan al *ius puniendi* y a su interpretación dentro del Estado Social y Democrático del Derecho.

Significado del *Ius Puniendi*.

Para buena parte de la doctrina penal, el *ius puniendi* es el mismo derecho a castigar, en el sentido del derecho penal subjetivo, que implica el “Derecho que corresponde al Estado a crear y aplicar el Derecho penal objetivo”, es decir, “el conjunto de normas dirigida a los ciudadanos que les prohíben bajo la amenaza de una pena la comisión de delitos” (Mir, 2014, p. 42 – 43).¹

El maestro Róxin (1997) ha indicado que el *ius puniendi*, se concreta en el “Derecho del Estado a Penar” (p.51); potestad que de acuerdo a lo planteado por este autor y otros estudiosos del derecho penal, representa la más drástica de todas las intromisiones estatales frente a la libertad de los ciudadanos y por eso su aplicación se da respecto a una parte de los bienes jurídicos, pero no de forma general sino solo de cara a agresiones concretas.

Este concepto de bien jurídico ha sido por su importancia y trascendencia en la aplicación del *ius puniendi*, objeto de diversos análisis y discusiones, razón por la cual se ahondará en el capítulo siguiente sobre este particular.

Bajo la misma corriente Cerezo (2006), advierte que solo la “lesión de los bienes jurídicos faculta exclusivamente al Estado a imponer una pena o aplicar una medida de seguridad”. Define al bien jurídico como “todo bien, situación o relación deseados y protegidos por el Derecho”,

¹ En el mismo sentido: BUSTOS RAMIREZ, Juan. Introducción al derecho penal. Bogotá: Temis, 1994. p 18 “el *ius puniendi* es el mismo derecho penal subjetivo y lo podemos definir como la potestad penal del Estado, por medio del cual pude declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Ello es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima”.

precisando que solo serán objeto de dicha protección aquellos que “revistan una importancia social” (p.26).

Fernández (2005), señala que el *ius puniendi*

es una derivación inmediata del imperio o soberanía del Estado (...) por derivación del pueblo.- (...) solo a partir de la Constitución y dentro de ella (...) puede hacerse el derecho penal Derecho que establece entre el Estado y el ciudadano una relación de sujeción muy característica e intensa, ya que no hay sometimiento más representativo que el individuo que soporta una pena criminal.(p. 83)

Y es ese Derecho penal el que ha sido reconocido “como la exteriorización normativa del poder punitivo (*ius puniendi*), cuya aplicación queda sometida a estrictos controles para evitar cualquier tipo de abuso, fundamentalmente los que pueden provenir del propio Estado” (Ferre, Nuñez & Ramírez, 2011, p 62).

De aquí que los legisladores al momento de establecer penas, no pueden desconocer en su actividad la prohibición de exceso al considerar como delito una determinada conducta, teniendo siempre como marco de su función que determinada situación fáctica debe ser abordada y controlada por otras herramientas del ordenamiento jurídico y solo en el caso de que estas no logren proteger el bien jurídico y sea de tal trascendencia, el Estado puede hacer uso de este instrumento.

El Derecho a castigar, monopolio exclusivo del Estado, debe y está sometido a rígidas limitaciones que buscan evitar que el titular del poder abuse del mismo imponiendo un régimen desproporcionado y totalitarista (Serrano, 2005, p. 131-132), desfigurando su razón de ser y desconociendo el principio fundamental del moderno derecho penal: intervención mínima.

Tan trascendental y compleja es esa potestad del Estado que se visualiza como lo han llamado algunos autores por “partida doble, o mejor triple”, al ser el encargado de determinar cuáles son los comportamientos prohibidos y la pena correspondiente (sede legislativa), al encargarse de imponer las consecuencias a quien realiza las conductas antes determinadas como delictivas (sede judicial) y por ser el encargado de que dichas sanciones o consecuencias se hagan efectivas (sede ejecutiva) (Gonzalez & Orts, 2004, pag. 45).

Se observa cómo la definición del *ius puniendi* ha ido elaborándose por la doctrina más destacada del derecho penal, dejando de verse como la escueta facultad de castigar que tienen los Estados, como medio de protección de las víctimas de los acontecimientos relevantes penalmente, para concebirse como un concepto que entraña además de las características de esta facultad los límites y condiciones en que debe aplicarse dentro de las diversas comunidades, impidiendo así que sea un poder absoluto y/o abstracto sino por el contrario limitado y concreto.

Estos límites y condiciones que constituyen los principales elementos constitutivos del *ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho serán desarrollados a continuación, luego de hacer un breve acercamiento a los orígenes de esta concepción de Estado, imperante en la mayoría de las constituciones del mundo.

El Estado Social y Democrático de Derecho: Su Origen y Nociones Básicas

Antes de aludir a la noción de Estado Social y Democrático de Derecho, para hacer referencia a sus contenidos y evidenciar sus implicaciones en la legislación penal de los Estados que así se

han proclamado, es necesario realizar un breve acercamiento a su origen para entender no solo sus bases sino su razón de ser.

Para ello se retomará apartes del acucioso y detallado estudio que realizase el doctrinante IÑAKI RIVERA (2005) en su obra titulada Política Criminal y Sistema penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas.

Señala el autor que en las primeras décadas del siglo XX el autoritarismo comenzaba a brotar en Europa aplacando el derecho penal liberal y como ejemplo de ellos se refiere a lo sucedido con el autoritarismo soviético, al fascismo italiano, al franquismo español y al nacionalsocialismo alemán. Indica para cada una de estas lamentables y reprochables formas de ejercer el poder, el desconocimiento de lo que ha llamado otro gran estudioso del derecho, Jiménez de Asúa, los pilares básicos del derecho penal: libertad, igualdad y fraternidad.

Así el autor, retomando los planteamientos de Jiménez de Asúa, describe por ejemplo que al instalarse el bolchevismo en Rusia se dan caracteres antiliberales como la analogía, despreciándose el legalismo y quebrantando el principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege stricte*; se desprecia el principio de fraternidad al aplicar en gran número de ocasiones la pena de muerte. Respecto al derecho penal fascista en la época de Mussolini señala que se convirtió en un instrumento para acentuar su carácter despótico y autoritario, así es como se restaura la pena de muerte, se critica la máxima del principio de legalidad, se reduce el alcance del bien jurídico al considerarlo solamente como un punto de partida para la formulación de los conceptos jurídicos, se eliminan los atenuantes genéricos, se elevan los mínimos de las penas, se posibilita la aplicación retroactiva de la persecución penal.

Refiriéndose a lo vivido con el franquismo español narra que se militarizó la justicia civil, se elevó el índice de encarcelamiento de la época, se impuso la disciplina militar en las cárceles, la afectación de los derechos fundamentales de los reclusos asumió rasgos manifiestamente indignos, se impusieron penas altas por los tribunales y se sancionaron leyes para defender a la sociedad contra determinadas conductas individuales, que sin ser rigurosamente delictivas, eran consideradas como riesgosas para la comunidad (p. 109 y ss)

En cuanto al nacionalsocialismo de Alemania precisa que su Derecho penal se basaba en dos importantes conceptos, el nuevo fin de la pena que no era otro que la eliminación y liquidación de la población considerada dañina al pueblo o a la raza, y la esencia del concepto material del delito que correspondería a la traición o violación del deber de lealtad del individuo para con la comunidad del pueblo alemán, fundamentos estos, que dieron origen a la promulgación de diversas leyes tales como la Ley de Prevención de Descendencia Patológica Hereditaria (p. 131 y ss).

Afortunadamente como lo indica el tratadista IÑAKI, con la caída del nazismo y con la terminación de la segunda guerra mundial se da inicio a la reconstrucción europea y gracias al constitucionalismo social de post guerra se consagra la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho originándose un cambio de paradigma en la estructura del derecho positivo gracias “a las garantías de rigidez de las Constituciones introducidas con la previsión de procedimientos especiales de revisión, además del control de legitimidad de las leyes por parte de los tribunales constitucionales” (p. 158).

Precisa el autor en comentario que de esta forma se retoma el concepto de la Constitución como límite y vínculo de cualquier potestad o autoridad, inclusive el de las mayorías; construyéndose

una estructura de ordenamiento jurídico mucho más compleja, en donde no solo es exigible el carácter positivo de las normas producidas sino también la sujeción al derecho, que viene a ser el rasgo típico del Estado Constitucional. Sujeción que abarca no solo el procedimiento necesario para la producción jurídica sino también en sus contenidos (p. 161). Este sistema es denominado por otros estudiosos, entre ellos Ferrajoli, como garantista y será abordado en el capítulo siguiente.

El jurista Heller concibe en el mismo sentido la función de los Estados, resaltando que esta consiste en brindar seguridad jurídica a los asociados, lo cual conlleva que al interior de la organización política, jurídica y cultural se cristalicen "los principios morales del derecho", concebidos estos como los derechos esenciales del hombre, base fundamental de las normas jurídicas positivas y justificación a su existencia siempre y cuando el Estado mismo sirva a la aplicación y ejecución de dichos principios. (Heller como se citó en Daza, 2011, p. 356).

Estos acontecimientos históricos que dieron origen al modelo de Estado social y Democrático de Derecho han sido igualmente analizados por la Corte Constitucional colombiana dentro de varias de sus sentencias, entre ellas la C-1064/01 coincidiendo con otros estudiosos del tema al indicar que la fórmula del Estado Social de Derecho surge en la posguerra europea como una forma de organización estatal que buscaba corregir las limitaciones que imponía la concepción del Estado de Derecho, en donde los individuos eran considerados de forma abstracta como libres e iguales, independientes en la obtención de sus bienes materiales y culturales, siendo el fin principal del Estado salvaguardar a las personas frente a peligros internos y externos a través de la policía, el ejército y la justicia. (Corte Constitucional. Sente C 1064 de 2001)

Indica la Corporación que dicha concepción comenzó a ser cuestionada en cuanto su real materialización debido a varios factores, entre ellos, la recesión económica de la primera posguerra, la expansión de las ideas socialistas, la creciente industrialización y tecnificación de las sociedades, tomando fuerza el criterio de que el individuo no era realmente libre e igual, debido precisamente a limitaciones naturales y sociales, dentro de las cuales sobresalían las económicas.

Se señala que fueron estas razones las causas principales para que se evolucionara de un estado liberal democrático a uno social, también democrático, animado por el propósito de que los presupuestos materiales de la libertad y la igualdad para todos estén efectivamente asegurados.

Advierte la alta magistratura en dicha providencia que el surgimiento histórico de ese modelo de organización, identificado como Estado Social de Derecho, refleja la convergencia de las ideas socialistas, de la tradición liberal y del pensamiento social cristiano, viniendo a plasmarse en la propia configuración del Estado después de las dos guerras mundiales.

Implicaciones del Estado Social y Democrático de Derecho Respecto al *Ius Puniendi*.

Ahora bien, en cuanto a la repercusión del Estado Social y Democrático de Derecho en el ámbito penal sea lo primero advertir que tiene como quehacer establecer unos límites concretos a la intervención de los Estados, en donde prime el reconocimiento de los derechos humanos dentro de una plataforma democrática y participativa, reconociendo en la existencia del derecho penal una finalidad realmente garantista. (Velasquez, 2009, p 56). Dichos límites han sido concebidos como barreras imposibles de traspasar manteniendo así la violencia generada por la naturaleza misma de

la potestad de castigar del Estado, en su mínima expresión, siempre ejecutable dentro de unos parámetros determinados y concretos.

Acorde con lo anterior, el tratadista Jesús María Silva (2011), advierte que “el reto del derecho penal es, precisamente, situarse en el límite de coacción - estatal – formal mínimamente necesario para contener razonablemente la violencia social informal (expresada en delitos y en reacciones informales a los mismos.)” (p. 79)

Y son precisamente esos límites en que un Estado social y democrático de Derecho puede ejercer legítimamente su potestad punitiva los que han sido clasificados por diferentes estudiosos del derecho penal en diversas formas, algunos los han enumerado de acuerdo al fundamento material y fundamento formal del *ius puniendi*, otros ahondan en el tema partiendo de los apogemas que se derivan de un Estado social, de un Estado democrático y un Estado de Derecho, vistos inicialmente de forma independiente pero que en muchas ocasiones terminan fundándose en más de uno de estos aspectos.

Sin importar el método de clasificación de estos postulados fundamentales terminan coincidiendo en los mismos principios reguladores de la potestad de castigar que poseen los Estados.

Tratadistas como Santiago Mir Puig (2014) han indicado que el deber ser de un *Estado de Derecho* impone el sometimiento de la facultad de castigar al Derecho, surgiendo el primer límite derivado precisamente del principio de legalidad respecto al actuar de los legisladores y demás agentes que ejercen la función punitiva. Emanan así la obligatoriedad de acatar este principio no solo

como exigencia para garantizar la seguridad jurídica sino también que el miembro de una sociedad no pueda verse afectado por la aplicación de sanciones que no estén aceptadas por el pueblo dándose cumplimiento al postulado que inspira las legislaciones de los países civilizados, esto es, *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Agrega el autor que el Estado de Derecho al tener como principio fundamental la supremacía de la ley, tanto para los gobernados como para los gobernantes, no solo conlleva a que la ley surja de la expresión de la voluntad popular sino que lleva necesariamente a que el principio de no hay crimen sin pena y sin ley, se complemente necesariamente con que dicha ley cumpla unos requisitos como el ser escrita, estricta, cierta y previa. (p. 104, 106).

Señala además, que el principio fundamental implica, una garantía criminal, penal, de ejecución y jurisdiccional, que consiste respectivamente en que el principio de legalidad obliga a que el delito por el que se sanciona se halle determinado por la ley al igual que la pena que le corresponde y su ejecución; que la existencia del delito y la imposición de la pena se determine por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido (106, 107). No sobra recordar que dicho proceso, según el tratadista Bustos Ramirez (1994), debe ser público y oral, donde exista una defensa libre, con el derecho a no autoincriminarse, y a que se presuma su inocencia mientras no sea condenado por un juez de la república con el cumplimiento de todas las formalidades legales y constitucionales (p.37, 38).

La existencia de un Estado Social exige para que el Derecho penal se considere justificado el deber de proteger a la sociedad, perdiendo su validez si su injerencia es inservible para evitar la realización de conductas punibles (Mir, 2014, p. 116); aquí el *ius puniendi* está relacionado con la

defensa social, y se funda en la regulación de las relaciones, de la convivencia entre los miembros de una sociedad. (Bustos, 1994, p. 22).

El carácter social de un Estado impone que el *ius puniendi* sea utilizado solamente cuando sea realmente necesario para evitar la ocurrencia de delitos y no exista otro instrumento menos dañoso para alcanzar dicho fin (Mir, 2014, p.117). “Debe buscar el mayor bien social con el menor costo social [es decir lograr] la máxima utilidad posible para las posibles víctimas (...) con el mínimo sufrimiento necesario para los delincuentes” (Mir, 2014, p. 118).

Precisamente por ser el derecho penal la herramienta de regulación social más trascendente, en razón a su origen legislativo y a su contenido, delitos y sanciones, se configura como la *ultima ratio*, es decir primero deberá hacerse uso de otros medios de protección jurídica, como la administrativa, civil o disciplinaria, entre otras y solo si no son suficientes ante la gravedad de la conducta se podrá acudir al derecho penal. (Ramirez, 2007, p 42, 43)

En consideración a la manera tan directa y personal como se desarrolla la agresión estatal mediante el control penal, se hace obligatorio que solo se recurra a él como última instancia y su aplicación se restrinja a conductas específicas, que por su relevancia social son considerados bienes jurídicos idóneos de protección penal. Surge entonces el bien jurídico como demarcación real a la actividad del Estado, precisando las conductas que son relevantes dentro de la relación social y cuáles producen un daño real. De este modo se restringe la posibilidad de un derecho penal arbitrario o autoritario por parte del Estado (Bustos, 1994, p. 24 -29)².

² Véase MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción Al Derecho Penal. 2da edición. Montevideo – Buenos Aires: IB de F, 2003, p. 107 (...) El principio de intervención mínima, quiere decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico

Así, para que un interés social, de carácter individual o colectivo, obtenga el reconocimiento de bien jurídico penal debe poseer la suficiente trascendencia para explicar de forma razonable la salvaguardia por parte del ordenamiento penal a través de su encuadramiento legal como conducta punible. De esta forma el derecho punitivo no puede consagrar hechos punibles ni sanciones penales que no se fundamenten en la existencia de un determinado objeto de protección, estándole prohibido de acuerdo a su real naturaleza defender ideas morales, estéticas o políticas (Ramírez, 2007, p. 46).

La relevancia del bien jurídico penal se visualiza en los dos sentidos en que se entiende en la actualidad “de una parte, desde un punto de vista político criminal, como todo lo que merece ser protegido por el derecho penal [*de lege ferenda*]; y de otra, desde el ángulo dogmático, como el objeto efectivamente tutelado por las normas vulneradas en concreto o como dice la Ley, “el bien jurídicamente tutelado” [*de lege lata*]” (Velasquez, 2009, p. 121, 122). Si estos dos aspectos son concordantes y aplicados en el proceso de producción y ejecución de la ley, los miembros del conglomerado podrán tener la tranquilidad de que se están respetando principios exigibles dentro de un Estado que se denomine social.

Ahora bien, la condición ***democrática de un Estado*** exige que el contenido del derecho penal sea acorde a las calidades de su destinatario, es decir al ciudadano titular de una serie de derechos que responden al principio de la dignidad humana, de la igualdad que debe existir entre los hombres y de la materialización de aquellos principios que deben estar al servicio efectivo de todos los ciudadanos, entre ellos, el principio de humanidad, el de culpabilidad, el de proporcionalidad y la resocialización. (Mir, 2014, p. 122)

son objeto de otras ramas del derecho, de ahí que la subsidiaridad, accesoriedad o secundariedad del derecho penal no es más que una de las consecuencias que se derivan del principio de la intervención mínima.

El principio de humanidad o dignidad humana es, otro de los límites materiales del *ius puniendi*, gracias al cual se somete el poder punitivo al respeto de la integridad e indemnidad personal, aspectos estos básicos para entender la determinación de la pena. Exige que los instrumentos utilizados por el legislador respeten y velen siempre por la dignidad concreta de la persona, es decir, no pueden convertirse en medios que incrementen la desigualdad, miseria y necesidad de los miembros del conglomerado social al que van dirigidos. (Bustos, 1994, p. 28 a 30)

Dentro de este contexto es preciso rescatar el planteamiento de Berdugo, en el entendido de que el derecho penal debe considerar los derechos formales de los ciudadanos y sus desigualdades materiales al momento de determinar el fundamento de responsabilidad, la razón de ser de las sanciones penales, durante la conminación, imposición y ejecución, de las técnicas de interpretación y durante el establecimiento de parámetros de la criminalización y descriminalización. (Berdugo citado en Serrano, 2005, p. 134)

El principio de la culpabilidad representa garantía del ciudadano frente a la facultad sancionadora del Estado, de ahí que la responsabilidad penal sea personal e intransferible, es decir, no se podrán imponer penas sin culpabilidad y estas no deben rebasar el grado de culpa del agente. En caso contrario se desconocería el derecho de toda persona a la dignidad humana al convertirla en un simple instrumento en el ejercicio de la acción penal de un Estado. (Garzón, 2004, p. 64,65)

Con la existencia de este principio la pena respecto al injusto penal sólo puede ser atribuida a la persona que actúa con culpabilidad y en la medida en que se dé esta, es decir de acuerdo a los niveles de responsabilidad existentes. De ahí que se imponga la idea de la proporcionalidad a la

hora de tasar la pena en concreto, permitiendo señalamientos iguales frente a análogos grados de culpabilidad, y diversos frente a diferentes grados de responsabilidad. (Velasquez, 2002, p.55)

El principio de proporcionalidad es definido por MUÑOZ CONDE como el símbolo de justicia inherente a todo el derecho, en el que cada uno recibe de acuerdo a sus merecimientos, siendo los desiguales tratados de forma diferente; así las penas deben ser proporcionadas a la entidad del delito cometido y éstos no pueden ser sancionados con penas más graves que la propia entidad del daño producido por la conducta punible. (Muñoz, 2003, p. 134).

Dichos límites, entonces, se pueden sintetizar en principios de validez no solo a nivel legal y constitucional sino universal, como son el de legalidad, de necesidad, que conlleva el de intervención mínima (subsidiariedad y fragmentación), protección de bienes jurídicos de una importancia fundamental y que afecten las condiciones de vida social, dignidad humana, culpabilidad y proporcionalidad.

No hay que olvidar que la cantidad de principios limitadores y su efectividad en el contexto social reflejan el grado de avance jurídico de un Estado tanto a nivel nacional como mundial, convirtiéndose en barreras que evitan el desconocimiento abrupto y grotesco del derecho internacional de los derechos humanos y permiten acercarnos a un verdadero orden justo (Zaffaroni, 2005, p. 96, 97).

Resulta necesario examinar detenidamente la normatividad colombiana para extraer de su contenido, de los principios generales que consagra y de su espíritu, el conjunto de postulados que

constituyen el marco en el que el legislador penal puede y debe tomar decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.

Límites del *Ius Puniendi* en la Legislación Colombiana.

La Constitución Política de Colombia en su preámbulo establece las bases en que se inspira, los fines hacia los cuales debe tender el ordenamiento jurídico, el marco en el que los diferentes organismos del Estado deben actuar y lo que garantiza su contenido. Es el precepto a partir del cual deben desarrollarse las actuaciones de los poderes del Estado y deben soportar toda interpretación que se haga a la norma constitucional y legal³.

Se indica en el Preámbulo que la Constitución tiene como razón de ser el fortalecer la unidad nacional, asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad, la paz dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justos.

Aspectos todos estos que por su trascendencia e importancia han dado origen a pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto al efecto jurídico o vinculante del preámbulo. Dicho organismo indicó en sentencia C – 479 de 1992,

³ Constitución Política de Colombia. Preámbulo: “El pueblo de Colombia, en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:”

“Lejos de ser ajeno a la Constitución, el preámbulo hace parte integrante de ella. Las normas pertenecientes a las demás jerarquías del sistema jurídico están sujetas a toda la Constitución y, si no pueden contravenir los mandatos contenidos en su articulado, menos aún les está permitida la transgresión de las bases sobre las cuales se soportan y a cuyas finalidades apuntan. (...)

Juzga la Corte que el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaure y, por tanto toda norma –sea de índole legislativa o de otro nivel- que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios. (...)“ (Corte constitucional, Sent C-479 de 1992)

Este Estado social y democrático de derecho tiene como fines esenciales, entre otros, el servicio a la comunidad, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (Constitución Política de Colombia, art. 2).

El modelo de Estado que proclama Colombia en su Carta Política implica la cabal protección de bienes jurídicos y derechos inalienables de las personas, siendo la dignidad humana e integridad del infractor límites de la defensa de las colectividades; con su carácter social la Constitución perfecciona, en el campo de la dominación pública, la voluntad con la razón. Únicamente el uso proporcionado del poder de castigar del Estado, dentro del marco de derechos y libertades constitucionales permite alcanzar la materialización de un orden justo, siendo su base la dignidad y la solidaridad humana. (Corte constitucional, Sent C-70 de 1996).

Como se indicó en el capítulo anterior esta facultad para castigar, por ser ejercida en un Estado Social y Democrático de Derecho, implica unas limitaciones dadas por derechos fundamentales así como por los principios de legalidad, necesidad, protección de bienes jurídicos, proporcionalidad, dignidad humana, culpabilidad, entre otros, los cuales no solo están explícitamente señalados en la

legislación penal sustantiva y adjetiva, en la constitución como norma de normas sino también en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia.

Límites procedentes del contenido de los derechos fundamentales

Dentro de los fines del Estado consagrados en la constitución están el garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de los cuales están los derechos fundamentales, que como lo ha manifestado el órgano supremo a nivel constitucional, no solo hacen referencia a los expuestos explícitamente en la carta política o en los tratados internacionales sino que cubija todo derecho que por su categoría sea inherente al género humano (Corte constitucional, Sent T 240 de 1993).

La denominación derechos fundamentales refiere a los derechos más relevantes, trascendentales y significativos de los individuos, salvaguardados por las Constituciones de los diversos Estados modernos y oponibles no solo al Estado mismo sino también a los particulares; tienen el carácter de principios y por ello “tales normas deben entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo a las posibilidades fácticas y jurídicas” (Alexi, 2010, p. XXVII-XXX).

Los derechos fundamentales han sido definidos por la Corte Constitucional colombiana como

(...) los que corresponden al ser humano en cuanto tal, es decir, como poseedor de una identidad inimitable, caracterizada por su racionalidad que le permite realizar sus deseos y

apetencias libremente, de ahí que se le reconozca una dignidad –la dignidad humana- que lo colocan en situación de superior en el universo social en que se desenvuelve, y por ello, es acreedor de derechos que le permiten desarrollar su personalidad humana y sin los cuales esta se vería discriminada, enervada y aun suprimida. (Corte constitucional, Sent T-418 de 1992).

El núcleo básico de un derecho fundamental puede entenderse como el ámbito inmaterial del derecho cuyo obediencia es obligatoria tanto para las autoridades como para los demás miembros de la agrupación social; consiste en aquella parte del contenido del derecho fundamental que es definitivamente imperioso para que de forma real y segura se tutele los intereses jurídicamente protegibles (Corte Constitucional. Sent T-426 de 1992). Un derecho “será fundamental cuando funcionalmente este dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella” (Corte Constitucional, Sent T-227, 2003).

En la normatividad nacional, tanto en la Constitución Política como en la legislación penal, existen disposiciones que protegen los derechos de cualquier persona frente al poder sancionatorio del Estado, una de ellas es precisamente el artículo 29 de la Carta Política, en la que se consagra el debido proceso como derecho fundamental de aplicación obligatoria a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Así las cosas, la investigación de conductas punibles “no puede realizarse a cualquier precio, ya que el fin no justifica el empleo de medios que suponen la negación del Estado de Derecho mismo. De esa manera, la injusticia de la conducta delictiva que se atribuye al imputado o

procesado, no podría justificar la injusticia cometida por el propio Estado para averiguar la verdad” (Corte Suprema de Justicia, Sent rad.33621, 2010).

En el artículo 29 de la carta magna, se desarrolla el principio de legalidad como marco de actuación en el proceso penal. Se indica que una persona solo puede ser juzgada conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con el cumplimiento de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Con este principio fundamental queda prohibida la retroactividad de la ley salvo que le sea favorable al procesado y se exige que la tipificación de las conductas prohibidas sea previa a su realización, descritas de forma clara y precisa, sin dejar espacios de duda respecto a la materia de prohibición, la consecuencia de su realización, los pasos de investigación, juzgamiento y ejecución de la decisión judicial.

El imperativo constitucional del debido proceso, de asegurar la plenitud de las formas propias de cada juicio, entre otros derechos, garantiza que el imputado “solo podrá ser condenado si su responsabilidad se demuestra con prueba legal y oportunamente recolectada, esto es, rodeada de las garantías propias de un Estado de Derecho” (Corte Suprema de Justicia, Sent rad.33621, 2010).

Tan claro es para el órgano supremo constitucional que los derechos fundamentales y los principios enunciados en la Carta Política, son limitadores de la facultad punitiva del Estado colombiano que en varios de sus pronunciamientos, entre ellos la sentencia C-70 de febrero 22 de 1996, analiza su papel como limitadores de la facultad punitiva del Estado colombiano.

Advierte el cuerpo colegiado en la mencionada sentencia, que en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, el órgano legislativo debe actuar dentro de los parámetros constitucionales, así por ejemplo le está prohibido establecer la pena de muerte, el destierro, la prisión perpetua, someter a alguien a tratos crueles o inhumanos, entre otras, y le corresponde la obligación de propender a la realización de los fines sociales del Estado, entre los cuales tenemos el garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la constitución y velar por mantener un orden justo. (Corte Constitucional.Sent. C-70 de 1996)

El mismo efecto de cumplimiento obligatorio existe para las autoridades colombianas con respecto a dar prevalencia en el ejercicio de sus funciones a los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción. (Constitución Política de Colombia, art. 93 y 250)

Límites procedentes del bloque de constitucionalidad

El máximo órgano constitucional en concordancia con lo planteado por la doctrina señala que las constituciones no solo se componen del articulado que obra explícitamente en ellas sino que es mucho más amplia ya que están compuestas por otras disposiciones plasmadas en instrumentos internacionales. (Corte Constitucional. Sent. C-027 de 1993).

Así las cosas, nuestra carta política se erige para la protección de los derechos humanos, advierte la prevalencia de los valores y principios sobre su consagración positiva y consigna en su articulado una serie de mecanismos de protección de los derechos fundamentales como es el

artículo 93, en donde se consagra la primacía en el orden interno de los tratados y convenios internacionales ratificados por el congreso, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción.

Se incorpora al derecho interno el *ius cogens* en materia de derecho internacional humanitario sin requerir ratificación, exigiendo su acatamiento universal e imperativo, al establecer en su artículo 250-2 que durante los estados de excepción “no podrán suspenderse los derechos fundamentales [y] en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario” (Corte Constitucional. Sent C-027 de 1993)

También hacen parte integrante y principal del bloque de constitucionalidad, el cual es fuente de derecho obligatorio para todos los asociados, no solo los tratados internacionales que consignan derechos intangibles, es decir, cuyo quebrantamiento está prohibido durante los estados de excepción, sino también los convenios sobre derecho internacional humanitario de que trata el artículo 214 de la Constitución política, como es el Convenio de Ginebra. La Corte igualmente ha admitido que de acuerdo al inciso segundo del mencionado artículo 93, forman parte del bloque de constitucionalidad incluso aquellos tratados internacionales que consignan derechos humanos que puedan ser restringidos durante los estados de excepción, así sea solo para realizar la interpretación de los derechos en ellos consagrados, es decir como un mecanismo interpretativo para calificar la normatividad interna. (Corte Constitucional. Sent 067 de 2003).

Se indica en el artículo 93 de la Constitución Nacional:

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de

conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Adicionado. Acto legislativo 2 de 2001, art. 1. El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él. (Constitución Política, art. 93)

Entre los tratados y convenios internacionales a los que alude la norma se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica; Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, entre otros.

La Declaración Universal de Derechos humanos dentro de su articulado proclama la igualdad, el respeto a la dignidad humana, el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de la persona. Igualmente indica como limitantes al ejercicio de los poderes del Estado, la prohibición de la esclavitud, de servidumbre, a los tratos crueles, inhumanos y degradantes; al respeto al debido proceso, a la presunción de inocencia, al derecho de la intimidad (art. 1 al 12).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ley 74 de 1968 al igual que la Convención Americana de Derechos Humanos, ley 16 de 1972, traen igualmente como una de las exigencias para que una persona pueda ser condenada, la preexistencia de la conducta considerada delictiva ya sea a nivel nacional o internacional, así como de la pena a imponer, protegiendo el beneficio de aplicar una sanción más favorable, así su creación sea posterior al momento de la

realización de la conducta (art. 15 numeral 1 y art. 9, respectivamente). También incorporan en su articulado el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de cualquier clase de discriminación (art. 3 y 26; art. 24, respectivamente).

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha ocupado de fijar límites al poder punitivo del Estado, entre ellos, el respeto a los derechos humanos, resaltando su importancia cuando el “Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción”

Estos instrumentos internacionales han servido de inspiración para plasmar y consagrar en el texto constitucional principios, derechos y libertades que obligan al poder público en ejecución del derecho a castigar no solo a abstenerse frente a posibles violaciones de los derechos como la libertad, sino a operar proactivamente a fin de velar por la salvaguarda del debido proceso y la eficacia de derechos que en la experiencia pueden ser vulnerados dentro de los procesos penales. Por ello, el Estado legislador debe materializar los derechos constitucionales en el proceso de creación de leyes y el Estado investigador, acusador y Juzgador debe explicar el Derecho siempre a través de la reflexión de los derechos constitucionales. (Bernal, 2004, p.28)

Luego de aludir a estos límites del *ius puniendi* se concluye que su fundamento es constitucional, así se observa desde el primer artículo de la Carta Política que Colombia se proclama como un “Estado Social de Derecho, organizado en forma de republica unitaria,

descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana”.

Precisión que ha desarrollado la Corte constitucional en varios de sus pronunciamientos, entre ellos, sentencia 939 del 31 de octubre de 2002, donde señala:

En suma, al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneos para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva.⁴

Es precisamente bajo el ejercicio del poder punitivo que el estado Colombiano ha tipificado la conducta de peculado culposo como punible desde las primeras legislaciones penales, introduciéndola en los diversos códigos penales que han tenido vigencia en nuestro territorio nacional, agravando sus consecuencias jurídicas, como se verá en un próximo capítulo.

⁴ Otras. C-420 de 18 de mayo de 2002 y C 355 de 10 de mayo de 2006.

Capítulo II

El Garantismo y sus Implicaciones en la Legislación Penal Colombiana

Como se ha visto, luego de que el mundo observa y padece el accionar de los Estados totalitarios, en donde el poder no tenía límites y se desconoce de forma abrupta y grotesca los pilares de cualquier sociedad civilizada, entre ellos, la dignidad humana y los derechos fundamentales inherentes a la esencia humana, surge como medio de superación el Estado Social y Democrático de Derecho, modelo que establece los términos mínimos que deben ser observados y acatados el accionar de quienes tienen en sus manos el poder de los pueblos.

Es absolutamente claro que la existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho implica unos límites al ejercicio del poder, especialmente trascendentes en la materialización del poder punitivo, siendo reconocidos y hechos explícitos no solo en las Constituciones y legislaciones de los diversos países que han acogido este modelo de Estado, sino también en tratados y/o convenios internacionales.

El análisis de estos parámetros ha llevado a que diversos estudiosos del *ius puniendi* centren su atención en la fuente de donde proceden, en los instrumentos donde se registran, siendo la constitución uno de los objetos de mayor reflexión, dándose posturas teóricas que aluden a modelos rígidos y modelos flexibles, dentro de las cuales surgió la teoría del garantismo del maestro Luigi

Ferrajoli, la cual ha sido examinada por diversos estudiosos, siendo claro que respecto a ella “podrá disentirse en todo o en parte, pero de la que (...) ya no se podrá prescindir” (Gascón, 2006, p. 222)

El Garantismo: Nociones Básicas

Antes de hacer alusión a los postulados, conceptos y principios invocados por la teoría del Garantismo, es necesario aludir a los planteamientos teóricos que respecto a los límites constitucionales del delito y su consecuencia penal han realizado varios teóricos.

Maestros, como Massimo Donini⁵ han indicado que fue Bricola quien planteó inicialmente que es en la Constitución donde se encuentran plasmados los bienes jurídicos más trascendentes, respecto a los cuales la ley penal estaba facultada para tutelar siempre y cuando fuera forzoso intervenir con la pena e igualmente era allí de donde provenían los medios para tutelarlos; aquellos que no tuviesen ese carácter constitucional, al menos implícitamente, eran catalogados como ilegítimos. Advierte el tratadista que actualmente nadie se acoge literalmente a este modelo fuerte planteado por Bricola, por considerarlo asfixiante, sin que esto indique que alguien se atreva a oponerse a dicha teoría, solo se rechaza algunos planteamientos por considerarlos absolutos. (Massimo citado en Luzán, 2010, p.1064)

Puntualiza que maestros como F. Mantovani, Ferrajoli, Mazzacuva, Moccia y Donini, entre otros, comparten con otros matices la necesidad de que exista en la Carta fundamental pronunciamiento respecto al ilícito penal y sus consecuencias, y actualmente, también se acepta la

⁵ MASSIMO DONINI. Principios Constitucionales y Sistema Penal. Modelo y Programa. p. 88 a 91. EN LUZON PEÑA, Diego Manuel. Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir. 1ª. Edición. España: La Ley, 2010. P, 1064

necesidad de que se dé en principios superiores de carácter internacional o supranacional, advirtiendo que allí se encuentran numerosos parámetros de valor positivo, y no solo negativo que rigen el poder coercitivo en lo penal.

Agrega que adicional a este modelo riguroso ha surgido el denominado modelo débil, el cual ha sido objeto de críticas por no presentar planteamientos alternos y por mostrar los presupuestos constitucionales y el contenido de principios básicos como la reserva absoluta de la ley, la culpabilidad, el criterio de racionalidad que obliga al legislador en el campo penal, entre otros, con menos rigurosidad dando cabida a desconocer su exigencia constitucional, haciéndolos manipulables y moldeables de acuerdo a los intereses políticos del momento.

Concluye el autor que “para ambas orientaciones el valor de los principios que se imponen sobre las reglas ordinarias ya no se refiere, ahora, sólo a la Constitución, sino también a los otros principios superiores a la ley ordinaria que se encuentran en las fuentes internacionales (Tratados, normativas de la Comunidad Europea, principios consolidados de las jurisdicciones internacionales: Corte de la Justicia de la CE, Corte Europea de Derechos Humanos, etc.)” (Massimo citado por Luzan, 2010, p. 91), situación que es aceptada por todos aquellos Estados que así se proclaman.

Así las cosas, los principios y límites que impone el bloque de constitucionalidad regulan e imponen el deber ser respecto al uso de la violencia generada por parte del Estado a través del *ius puniendi*. Recordemos que no solo la materialización de un delito genera violencia sino que la pena también la forja, razón por la cual el modelo de derecho penal consagrado en nuestra carta política orientado hacia el individuo, solo se justifica en tanto límite a esa violencia y como

garantía de la mencionada limitación; siendo esta la razón de ser de la teoría del garantismo (Sotomayor, 2006, p.2).

Garantismo que ha sido definido por FERRAJOLI, como la palabra “con la que se designa un modelo de derecho orientado a garantizar derechos subjetivos [a través] de unas técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, [distinguiéndose] diversos tipos o significados de garantismo [como el] patrimonial (...); garantismo liberal y específicamente penal, para designar las técnicas establecidas para la defensa de la libertad, sobre todo la libertad personal, frente a intervenciones policiales o judiciales arbitrarias (...).”(Ferrajoli citado por Sotomayor, 2006, p.3)

Donde mayor contundencia y desarrollo teórico - práctico ha tenido la figura de garantismo ha sido afortunadamente en el ámbito penal, como respuesta a los contundentes legados del fascismo y posteriormente a las múltiples legislaciones de estados y/o normas de excepción y de emergencia, creadas precisamente para desconocer o minimizar los límites establecidos por la Constitución y por la legislación al ejercicio del poder punitivo. El Garantismo tiene como objetivo el reducir la violencia de este aterrador poder, limitando la facultad que tiene el legislador de configurar conductas como delito y reduciendo, con el mismo objetivo anterior, el libre arbitrio de los operadores judiciales, convirtiéndose así las garantías en fuente de justificación del derecho penal, “como alternativa a la anarquía en las reacciones ante la ofensa – desde la venganza privada hasta las reacciones informales y arbitrarias de los aparatos públicos – que se produciría en ausencia del derecho penal”.(Ferrajoli citado por Sotomayor, p. 4, 5)

Dichas garantías se visualizan en múltiples principios, que como se ha visto son infranqueables barreras tanto en el contenido sustancial como procesal de la mayoría de

legislaciones penales entre ellas, la colombiana: ultima ratio, subsidiariedad, fragmentariedad, taxatividad, materialidad, lesividad, culpabilidad, debido proceso, presunción de inocencia, contradictorio, entre otros.

De acuerdo al planteamiento del tratadista, para que se conserven incólumes estas garantías cuya realización justifican y legitiman la razón de ser de las conductas punibles y sus respectivas consecuencias jurídicas se hace indispensable que la voluntad de las mayorías representada en el poder legislativo no sea entendido como el canal para desconocer dichos límites de justicia y buscar la realización de leyes que solo satisfagan a las mayorías sino que por el contrario es la herramienta para proteger los derechos de aquellos rotulados como delincuentes, buscando siempre el punto de equilibrio entre la reacción estrictamente necesaria y racional de la comunidad ante el agresor, con sanciones justas y proporcionales.

De ahí que Ferrajoli indique dentro de sus planteamientos la necesidad de que la Democracia no se siga entendiendo en el sentido tradicional de considerar que lo que entienden por justo y necesario las mayorías es lo correcto, situación que ya ha quedado históricamente demostrada, que no siempre lo es, solo hay que ver el actuar de los Estados fascistas y totalitarios.

Por ello el tratadista indica que la dimensión de la democracia debe ser vista desde otra óptica, desde una constitucional o de derecho en la que lo trascendental y fundamental no es quien puede decidir, en este caso las mayorías, sino qué es lo que no puede decidir ninguna mayoría o dejar de no decidir, ni siquiera por unanimidad. Solo de esta forma se podrá lograr que el derecho penal corresponda, sea afín y acorde al Estado Constitucional de derecho, justificando su existencia en la reducción de la “cantidad y calidad de la violencia en la sociedad: no solo la violencia de los

delitos, sino también la prevención de las reacciones informales frente a los delitos y la minimización de las penas”, en donde prima “la igualdad de los ciudadanos -sean desviados o no desviados- y la garantía de sus derechos fundamentales, ante todo la vida y la libertad personal, que no pueden ser sacrificados a ninguna voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público”.(Ferrajoli citado por Sotomayor, 2006, p. 5 a 8)

Pese a que la “Democracia constitucional designa un complejo sistema de separaciones y equilibrios, de límites y contrapesos, de garantías para la tutela de los derechos de todos, de técnicas de control y reparación frente a sus violaciones” (Ferrajoli citado por Sotomayor, 2006, p. 11), este concepto viene siendo desconocido por los representantes de los poderes del Estado, quienes por calmar a la comunidad ante sus temores y reclamos sociales, prefieren caer en la creación masificada de delitos y en el aumento punitivo de los ya existentes, ocultando así la falta de verdaderas políticas sociales que permitan disminuir la ocurrencia de conductas punibles, brindando un concepto falso de seguridad entre los miembros de la comunidad y satisfaciendo, con fines electorales, la indebida injerencia en este tema de los medios masivos que no solo asumen el rol de jueces sino también de parlamentarios.

Sea el momento para resaltar que la falta de aplicabilidad de la democracia constitucional y de las garantías, la proliferación de tipos penales e incrementos punitivos, que esto conlleva, no solo tiene como causa la real estructura jurídica y política de los Estados sino también la demanda de amplias capas sociales de mayor protección, llevando al aterrador fenómeno de la expansión punitiva. (Silva, 2011, p. 7).

Mayor protección que se viene exigiendo como respuesta irracional al miedo y a la inseguridad que se vive en muchos países del mundo y que termina siendo aceptada por los legisladores, y utilizado como argumento para justificar los

agravamientos punitivos cuyo único objetivo y efecto es el aumento del consenso de electores.- Se revela, a propósito, un grave e inquietante contradicción, que frecuentemente (...) tortura a nuestras democracias: el uso demagógico, declaratorio y coyuntural, del derecho penal, dirigido a reflejar y, sobre todo, a alimentar el miedo como rápida fuente de consenso, trámites políticos y medidas contrarias a conceptos liberales, no solo indiferentes a las causas estructurales de los fenómenos criminales e ineficaces para su prevención, sino también promotoras de un sistema desigual y muy lesivo para los derechos fundamentales (Ferrajoli en Basilico, Ferrajoli, Torres & Zaffaroni, 2013, p. 57)

Precisamente por esa cruda realidad se hace necesario referenciar a continuación apartes de los pronunciamientos más relevantes que sobre el tema hace Ferrajoli, en su obra *Derecho y Razón* (2009), a fin de apoyar las voces que rechazan esta postura irracional en detrimento de todos los miembros de la sociedad, incluyendo a aquellos que hoy la alaban y adoran como su símbolo de protección. (p. 851 a 854)

Así entonces, el garantismo ha sido desarrollado, por su máximo exponente, en tres grandes acepciones, como: Estado de Derecho (modelo normativo del derecho penal), teoría del derecho y crítica del derecho (teoría jurídica de la validez y de la efectividad) y como filosofía del derecho y crítica política.

El Estado de Derecho se refiere a que el mencionado garantismo penal se refleja en un “modelo normativo de derecho” por estar sujeto al principio de legalidad, caracterizándose por un sistema de poder mínimo, una técnica de protección con la capacidad de reducir la violencia y de maximizar la libertad y un sistema de sujeciones respecto a la potestad punitiva del Estado, en

salvaguarda de los derechos de los ciudadanos. Solo cuando el sistema penal se encuadra y ejerce su función cumpliendo con los parámetros de este modelo, se puede afirmar que es garantista, lográndose el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo.

Dentro de la teoría jurídica de la validez y la efectividad, indica el maestro Ferrajoli que el garantismo manifiesta un acercamiento teórico que mantiene separados en el derecho, el ser del deber ser, en donde se enfoca la divergencia entre lo establecido, lo normado y lo aplicado o practicado. Este tipo de teoría sirve para revelar si el sistema penal es válido o inválido, efectivo o inefectivo. Así el garantismo opera como saber jurídico que permite vislumbrar la legitimación y deslegitimación interna del derecho penal, constituyéndose así en una perspectiva que llama al análisis crítico y a la duda respecto a la vigencia de la ley y su realización en la praxis.

Respecto a la tercera de sus acepciones indica que el garantismo designa una “filosofía política”, mediante la cual se exige que tanto el derecho como el Estado se justifique, de manera externa, de acuerdo a los bienes e intereses que se tiene por objeto tutelar. Aquí lo imperante será el análisis externo de los fines de legitimación y deslegitimación en cuanto a la ética y a la política se refiere; se entiende separados el derecho y la moral, la validez y la justicia, el ser y el deber ser del derecho, constituyéndose la justificación externa en necesaria para cimentar doctrinas políticas que admiten justificaciones no absolutas sino contingentes, parciales y *a posteriori*.

Con base en lo brevemente expuesto, se entiende por qué otros autores que han profundizado sobre el tema definen de forma sencilla pero completa al derecho garantista, como el conjunto de “instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por otros individuos y (sobre todo) por el poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento

de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas (Gascón citada en Sotomayor, 2006, p. 13).

Dentro de dichos límites vinculantes está la figura del bien jurídico presupuesto esencial de cualquier derecho penal que se denomine democrático, aspecto que como se deduce de la teoría del garantismo, constituye una figura a examinar continuamente en procura de que con el uso de dicha denominación no se termine desconociendo en la práctica el principio de *ultima ratio* y por ende de subsidiaridad y fragmentariedad del derecho penal, aspectos que como se ha mencionado deben ser objeto de incesante análisis al momento de la configuración y permanencia en la legislación penal, verificándose no solo su validez sino también lo justa que es, lo coincidente con el deber ser del derecho y su ajenidad a criterios morales o a decisiones de mayorías absolutas y arbitrarias que desconocen la razonabilidad y ponderación exigidas en la creación de figuras delictivas y en la aplicación de las penas.

El Garantismo y el Bien Jurídico

Recordemos que dentro de la teoría del garantismo se ha hecho explícita la necesidad y exigencia, de que el derecho y Estado, se justifiquen de acuerdo a los bienes e intereses que se tiene por objeto tutelar, dentro de los demás límites constitucionales (entendido como bloque) y legales que rigen el *ius puniendi* en un Estado social y democrático de derecho.

Tal es la importancia del instrumento del bien jurídico que es considerada por gran parte de la doctrina como el objeto del derecho penal, convirtiéndose su protección en su finalidad.

Así, autores como Gimbernat defienden este planteamiento definiendo el bien jurídico como todo interés, que es valorado positivamente por el ordenamiento en razón a que consiste en un derecho subjetivo de la persona o un sentimiento social legítimo, es decir que no va en contravía con un derecho de que es titular el autor de la conducta (Gimbernat en Roxin, Hassemer, Von Hirsch & Frisch, 2007, p.11).

Concidentemente, Seher, plantea que una vez se proponga respecto a un determinado hecho, la necesidad de su protección a través del derecho penal (interés, recurso, valor, etc), debe demostrarse que ese hecho merece dicho amparo a través del filtro que se realiza analizando los principios éticos y de carácter crítico que utiliza la legislación angloamericana (tales como daño y ofensividad). De esta forma no se tiene que prescindir del concepto de bien jurídico sino que debe entenderse no el concepto tradicional e impreciso como un instrumento de legitimación de normas, “sino como todo hecho (interés, recurso, valor) que es reconocido legítimamente como merecedor de protección penal a partir de una discusión basada en principios”, manteniendo su contenido crítico. (Seher en Roxin *et al.*, 2007, p. 91, 92)

Otro de los autores que defienden la importancia del bien jurídico, es Hassemer, quien señala que el principio del bien jurídico no ordena al legislador criminalizar una conducta ni establecer una conminación penal, por el contrario prohíbe criminalizar y/o conminar si no se logra encontrar un bien jurídico que merezca la protección penal. Este concepto, resalta el tratadista, se constituye en un límite al derecho penal, al condicionar su actuación en casos de intervención lesiva respecto a un bien jurídico protegido y al cumplir un papel de escala respecto a la proporcionalidad de la intervención estatal; es decir, el bien jurídico es el “fundamento necesario y constitucional tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención y su

cálculo preciso. (...)” debe adecuarse a la realidad, a las condiciones de vida moderna, a los intereses universales; debe ser selectivo, nítido; y comprensible a fin de facilitar el control democrático del legislador. (Hassemer en Roxin et al., 2007, p. 95 a 104)

El maestro Roxin (1997), en una de sus obras señala que no se ha logrado precisar el concepto de bien jurídico; indica que no es aceptable una definición metodológica de bien jurídico, en donde se conceptúa como una forma sintetizada de pensamiento acerca del sentido y fin de las normas del derecho penal, lo que solo cumple una función de interpretación teleológica; sino que su definición debe ser de carácter político criminal, de origen constitucional, y correspondiente a “las circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”. Dicho concepto indica sirve de límite a la potestad punitiva del Estado. (p. 55, 56)

Posteriormente y en similares términos el maestro Roxin define los bienes jurídicos y reitera en uno de sus escritos que la definición metodológica de bien jurídico debe ser rechazada ya que solo brinda una función de interpretación teleológica mientras que el concepto por él planteado tiene una función crítica de la legislación. (Roxin *et al*, 2007, p.448)

Por su parte, Schünemann (2007), acepta y entiende el concepto de bien jurídico como medio de interpretación teleológica de las normas y como mecanismo limitador del accionar punitivo del Estado. Advierte que negar la importancia del bien jurídico penal es negar los fundamentos del Estado de Derecho democrático liberal y entender como obsoleta la protección a los bienes

jurídicos por la expansión del Estado liberal al social, es un yerro absoluto, por cuanto lo que ocurre es una expansión del catálogo de bienes. (p. 369).

Acorde con estos planteamientos otros autores nacionales como Velasquez (2009) señala que pese a las dificultades que han persistido durante muchos años a fin de encontrar un concepto de bien jurídico cuya legitimidad esté ajena a cualquier cuestionamiento y se ajuste a todas las adecuaciones típicas, también lo es que el significado de bien jurídico, es el cimiento del derecho penal democrático y por ende lo sustancial no es precisar su real contenido, sino los límites que establece a la actividad punitiva del Estado. Al momento de analizar esta figura se debe tener en cuenta su función socio-política, en el entendido que a través de ella se busca alcanzar la democracia y servir de base en la estructuración del derecho penal; no hay que olvidar su incidencia en la libertad de las personas y por ende su trascendencia para la función legislativa y judicial de cualquier nación. (p. 121, 122)

Concordante con lo anterior el tratadista Molina (2005) plantea la definición de bien jurídico como un valor social que por su importancia para la continuidad de los conglomerados sociales el legislador ha estimado forzoso proteger a través de la normatividad jurídica existente en cada uno de los títulos que la conforman. (p.. 21, 22).

La mayoría de los criterios aquí recogidos reconocen la función y valor del bien jurídico como norma interpretativa y en especial como límite del poder punitivo del Estado, convirtiéndose así en una de las técnicas o medios existentes para proteger los principios supralegales que regulan y justifican el ejercicio del derecho penal, de que trata la teoría del Garantismo.

Hay que advertir, que el bien jurídico al ser un límite constitucional tanto de la creación como ejecución de la legislación penal, se convierte en una efectiva herramienta para analizar si la conducta descrita como ilícita y su sanción penal corresponden al principio de proporcionalidad que igualmente regula y prima en el ejercicio del poder punitivo, permitiendo verificar cuales normas no cumplen dicho principio y por ende pueden ser no válidas, injustas y carentes de legalidad.

Precisamente para poder realizar dicho análisis con respecto al contenido del artículo 400 del Código penal vigente en Colombia, se hará en primera medida un breve recuento histórico de su aparición en las legislaciones penales colombianas, a su contenido y al desarrollo a través de la historia de sus consecuencias jurídicas.

Capítulo III

El Delito de Peculado Culposo en Colombia y en otras legislaciones

Aproximación Histórica Del Delito.

La mayoría de doctrinantes ubican el origen de la palabra peculado en Roma o en el Derecho Romano. Así, Manzini indica que el *peculatus* era el *furtum* (propio o impropio) de objeto de propiedad del Estado, considerado al lado del *sacrilegium*, es decir del *furtum* de cosa perteneciente a la divinidad. Agrega que el nombre de *peculatus* o *depeculatus*, tiene su origen antes de que en sus transacciones se introdujera la moneda, siendo el ganado (*pecus*) la parte más significativa de los bienes de la colectividad; posteriormente se entendió por peculado principalmente la sustracción de metales o de monedas en perjuicio del erario (*aerarium*) del pueblo romano o de otra caja pública, realizada la mayoría de las veces por los magistrados o sus dependientes. (Manzini citado en Peña, 2005, p.36)

Indica el tratadista que el concepto de peculado se extiende no solo al hurto sino también a la apropiación indebida del dinero debido al erario por los funcionarios contables, al momento de la rendición de cuentas (*pecuniae residual*); así el peculado comprendía todo fraude realizado en detrimento de una caja pública, aunque no consistiera en sustracción o distracción de dinero, considerándose siempre como un delito contra el Estado (Manzini citado en Peña, 2005, p.36)

Así entonces, el derecho romano entendió el peculado como el hurto o apoderamiento de bienes concernientes al culto; luego extiende el concepto al hurto de bienes del Estado, castigando la conducta con penas muy severas y de allí se irradia este concepto a varias legislaciones europeas durante la Edad Media y se mantiene dicho instituto jurídico con las modificaciones que se han venido dando en cada uno de las épocas y medios sociales en que se aplica. (Martinez, 2002, p.5)

La denominación jurídica de “peculado” obra en diferentes legislaciones entre ellas en el Código Italiano donde aparece tipificado desde 1889, luego de que es tomado del Código Toscano, normatividad esta última que “distinguía entre peculado propiamente dicho, cometido por el funcionario deudor de cosas muebles (art. 169), y peculado impropio, o *desfalco*, cometido por el funcionario deudor de dinero (art. 174). (Arboleda & Ruiz, 202, p.963).

En Colombia por su parte, doctrinantes como MOLINA ARRUBLA, plantean que el concepto jurídico de Peculado en la época actual, hace referencia a la indebida aplicación de los bienes o efectos confiados a un funcionario, quien tiene la obligación de darles un fin anteriormente acordado o señalado. La responsabilidad del funcionario con la administración es el de dar a aquellos bienes que le han sido entregados o confiados, sea por razón del cargo o de sus funciones, el destino previamente establecido con el cuidado correspondiente y regresándolos a la administración al instante que se desliga del cargo (Molina, 2005, p. 75).

El doctor Gómez indica que el peculado “-sentido moderno- se estructura cuando se administra mal o se hace un mal uso en sentido amplio de bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al empleado oficial en razón de la investidura pública”.(Gómez citado en Reyes, 1987, p. 35)

Por su parte el maestro Pérez (1978) señaló que

en su más amplio contenido y cualquiera que fuera la clase de conductas, dirigidas a lesionar el interés patrimonial de la administración oficial, el peculado no se distingue por su naturaleza de los bienes afectados, pues el dinero, v. gr., es el dinero en poder de los particulares o en las cuentas y depósitos del Estado, sino ante todo por la ruptura de la confianza que las autoridades dan a un funcionario público a fin de que este vele directa o indirectamente por las cosas que se le entregan o que se ponen bajo su administración. (p.194)

Igualmente el tratadista Ferreira (1995) define el peculado como “el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente. (p. 14).

En similar sentido el doctrinante Higuita (2001) “señala que el peculado es la incorrecta administración de los bienes que le han sido confiados al servidor público en razón de sus funciones públicas, afectando de manera negativa el buen funcionamiento de la administración”. Aclara que lo que se busca con este tipo penal es garantizar que la actuación de los servidores de las diferentes ramas u órganos del poder público, corresponda al ejercicio íntegro y legal de las funciones asignadas. (p. 61 y 71). En Colombia este delito siempre ha estado incluido en los contenidos de los respectivos códigos penales pero su actual nombre sólo se introdujo a partir de 1922 (Proyecto Concha), antes se encontraba en tipos penales correspondiente a los Delitos contra la Hacienda Pública (Martinez, 2002, p.5).

El delito de peculado culposo en Colombia ha existido desde la legislación penal de 1837 hasta el actual Código Penal del 2000; el contenido del delito en los últimos regímenes penales ha presentado sus peculiaridades no solo en cuanto al mandato normativo como tal sino también respecto a la sanción aplicada en cada época. (Cancino, 1983, p. 161).

Legislación penal de 1837 a 1873

Desde el Código Penal de Santander (1837) ya obraba como delito el peculado culposo en el título X. De los Delitos y culpas contra la Hacienda Nacional, capítulo I, artículo 482, pero sin dicha denominación legal. El texto indicaba:

Los funcionarios o empleados públicos expresados en el art. 478, que por negligencia o descuido dieran lugar a que se extravíen o pierdan algunos caudales o efectos de la hacienda nacional, serán privados de sus empleos y pagarán los caudales o efectos perdidos o extraviados.

Igualmente en el artículo 491 inciso 2, título X, capítulo II (De los funcionarios o empleados públicos que favorecen, auxilian, disimulan o encubren los fraudes de las rentas nacionales) se establecía

Si por negligencia, omisión o descuido se cometiere algún fraude a la renta de su cargo, serán privados de sus destinos e inhabilitados para obtener otro por seis a doce años.

Se observa que desde esta primera tipificación el peculado culposo trae como resultado de la conducta realizada el extravío o pérdida de bienes de la nación así como el fraude a la renta de su cargo, imponiendo como consecuencia penal la privación del empleo y el pago del valor de lo perdido o extraviado.

Normatividad que se repite casi en los mismos términos en el Código Penal del Estado de Cundinamarca, título IX, capítulo I (Delitos y culpas contra la Hacienda del Estado), artículo 338, agregando como resultado fenomenológico de la conducta el que dejaran arruinar o deteriorar los edificios u otros bienes públicos que estuvieran bajo su custodia.

Posteriormente, en el código de los Estados Unidos de Colombia (1873), artículo 346, el tipo penal queda en los mismos términos del art. 482 del Código de 1837. Igualmente esta codificación trae lo establecido en el artículo 491, inciso 2, del código de Santander, modificado solamente en el término fijado para la inhabilitación para desempeñar cargos públicos reduciendo el término establecido de, antes de seis a doce años y luego de tres a seis años.

Luego de esta inicial legislación la conducta aparece nuevamente como tipo penal en el estatuto penal de 1890.

Código penal de 1890.

Como ya se indicó, el peculado culposo en Colombia también aparece en la Ley 19 de 1890; código penal elaborado por Juan Pablo Restrepo. En dicha normatividad, se desarrolló la figura del peculado en el título noveno, que regulaba los ilícitos contra la “Hacienda Pública” y más específicamente en el artículo 464 del código penal de 1890, que disponía:

Los funcionarios o empleados públicos expresados en los artículos anteriores, que por negligencia o descuido, dieran lugar a que se extravíen o pierdan algunos caudales o efectos de la Hacienda de la Nación, o que dejen arruinar o deteriorar los edificios u otros bienes públicos que estén bajo su cuidado, *serán privados de sus empleos y pagarán los caudales o efectos perdidos o extraviados.* (Cursiva fuera de texto)

Se advierte entonces que esta codificación no trajo nada nuevo sino que se reprodujo lo ya existente. Se observan igualmente los elementos estructurales del delito de peculado culposo, como son el actuar negligente o descuidado del sujeto activo que conlleva la pérdida o extravío de caudales o efectos de la Hacienda de la Nación, o la ruina o deterioro de otros bienes del Estado y

la condición de que estos estuvieran a su cuidado, determinándose así la necesaria relación o nexo entre el bien y el funcionario para que se configurara la conducta punible, de tal manera que este último no debía responder indiscriminadamente por todos o por cualquier bien de la administración, sino tan solo por aquellos que estaban bajo su cuidado directo.(Molina, 2005, p. 158).

La sanción continúa implicando la pérdida del empleo y el pago de los caudales o efectos perdidos o extraviados, consecuencia esta última con que se protegía efectivamente el patrimonio del Estado.

Código penal de 1936.

La ley 95 de 1936, elaborada por la comisión integrada por Rafael Escallón, Parmenio Cárdenas, Carlos Lozano y Lozano y Carlos Rey, tomó como base el Código Italiano de Rocco, el proyecto de Ferri de 1921 y los trabajos de la comisión colombiana de 1925, apareciendo por primera vez la expresión “delitos contra la Administración Pública”(Gomez. M & Gomez. P, 2004, p. 177).

El delito de peculado culposo aparecía descrito en el artículo 154, en los siguientes términos:

El funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia, *incurrirá en privación del empleo y en la obligación de pagar tales caudales o efectos.* (Cursiva fuera de texto)

Se evidencia que la norma penal mantiene la mayoría de elementos que traía el código anterior, excepto la especificidad de una de las consecuencias del actuar delictivo, esto es, el dejar

arruinar o deteriorar los edificios o bienes públicos que estuvieran bajo su custodia, solo hace referencia al extravío o pérdida de caudales o efectos que tuviera a su cuidado. Igualmente acoge la misma consecuencia jurídica caracterizada por ser de índole patrimonial y laboral.

Código penal de 1980. Decreto 100 de 1980.

El código penal de 1980 en su artículo 137 amplió la descripción del tipo penal y varió la consecuencia jurídica, veamos su texto:

El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa de lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

Esta descripción precisa el supuesto de hecho no solo puntualizando lo que puede constituirse en objeto material del delito, sino también ampliando su concepto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, hasta bienes de particulares. Igualmente amplía la forma de constituirse el nexo entre el sujeto activo y los bienes afectados, utilizando un concepto más genérico como es el de administrar.

En el Decreto 100 de 1980 se vuelve a retomar el verbo rector de dañar y se agrava la sanción a imponer, transformándola a una modalidad de privación de la libertad como es el arresto, imponiendo multa y una pena accesoria: la interdicción de los derechos y funciones públicas.

Dicho precepto legal fue modificado por el Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995), expedido el 06 de junio de 1995 por medio del cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad de la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa, entre ellas modificar el código penal. El peculado culposo fue modificado incrementando la pena de carácter pecuniario, quedando la norma en los siguientes términos:

El servidor público que respecto a bienes del Estado o empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, multa entre diez (10) y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

En la siguiente reforma al código penal (Ley 599 de 2000) igualmente el tipo de peculado culposo fue objeto de modificaciones en procura de que dicha conducta continuara con mayor fuerza siendo objeto del *ius puniendi* del Estado; así su consecuencia jurídica se hizo aún más atentatoria contra la libertad.

Código penal de 2000. Ley 599 de 2000.

El artículo 400 del actual código penal dispone:

El servidor público que respecto de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en *prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.*

Esta norma fue modificada respecto al quantum punitivo por la ley 890 de 2004, artículo 14: “Se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”. De acuerdo con la Corte Suprema de Justicia dicha disposición regía en cada distrito judicial a partir del momento en que entra a operar el sistema acusatorio de la Ley 906 de 2004. Esta norma entró en vigencia a partir del 01 de enero de 2005 (Sent. 21 marzo de 2007).

Como elementos novedosos de dicho articulado se observa en primer lugar que se introduce un nuevo término “tenencia” como circunstancia que permite la detención del objeto material de la infracción y en segundo lugar las modificaciones recayeron en la consecuencia jurídica al incrementar la pena privativa de la libertad disponiendo que ésta puede oscilar entre 1 y 3 años de prisión, aumentándose tanto el mínimo como el máximo de la pena imponible; se sustituye la pena de interdicción de derechos y funciones públicas por la inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas, que será por “el mismo tiempo señalado”, término que se ha entendido hace referencia a la pena impuesta en la pena de prisión, pero por su falta de precisión ha sido objeto de críticas acertadas como las manifestadas por el doctrinante Molina, quien señala que esa expresión ambigua atenta gravemente “contra el principio de certeza y seguridad jurídica, derivado de la taxatividad inequívoca que debe operar no solo para los tipos penales sino también, y si se quiere, lo que es más importante aún, para las consecuencias jurídicas” (Molina, 2005, p. 159).

La legislación colombiana desde sus inicios ha incorporado en su normatividad penal la conducta del que por culpa genere el extravío, pérdida, deterioro o daño de un bien del Estado; éste entendido en el término más amplio. Se concluye igualmente que a través de los diferentes códigos penales colombianos la consecuencia jurídica se hace más rigurosa hasta el punto de que actualmente una de estas es la pena de prisión, la más grave de las sanciones jurídicas del

ordenamiento jurídico, no solo por el alto impacto para el sancionado sino también para la sociedad en general; bien decía Cerezo Mir “que la pena criminal es la forma suprema que puede revestir el poder coercitivo del Estado” (Cerezo, 2006, p. 49).

Así, el *ius puniendi* viene siendo aplicado a una conducta que si bien afecta al Estado puede ser objeto de reproche al agente y reparado por él, a través de la imposición de la sanción fiscal, disciplinaria, civil, permitiendo que el agente asuma la consecuencia de su conducta culposa y se responda materialmente al Estado, protegiendo así a la administración pública.

Luego de haber realizado un breve acercamiento al desarrollo histórico de la tipificación del delito de peculado culposo en la legislación colombiana, se hace necesario precisar algunas definiciones del bien jurídico de la administración pública que se protege en el capítulo XV del Código Penal, donde se encuentra descrito el delito de interés en este trabajo.

Delito de Peculado Culposo en otras Legislaciones

Dentro de la facultad y libertad que poseen los diversos países en la creación de tipos penales, existen algunas legislaciones que contienen este tipo de conducta como punible y otras que por el contrario no la sanciona penalmente sino a través de otras ramas del derecho como el disciplinario, dejando así la categoría de delito solamente para la modalidad doloso.

En España actualmente se configuran varios tipos de comportamientos similares a los existentes en la legislación nacional bajo la denominación de Peculado pero allí con el título de malversación de caudales públicos (Capítulo VII, título XIX, art. 432 a 435). Fue con la reforma de la Ley orgánica

5/2010 que aquellos casos en que se configuraba la conducta por abandono o negligencia inexcusables que configuraba el artículo 395 del anterior Código penal, desaparecen como delito y ahora solo son constitutivos de una infracción disciplinaria. (Muñoz, 2012, p.1036, 1036).

Esta modalidad culposa hacía referencia al actuar del “funcionario público que por abandono o negligencia inexcusables diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos (...)”. En dicho artículo 395 la legislación española exigía que el abandono o negligencia fuera inexcusable más no una mera imprudencia; la simple mala administración o falta de control que diera como consecuencia que los caudales se perdieran o dañaran tampoco constituía delito para ese entonces y solo traía como consecuencia una sanción disciplinaria. (Muñoz, 1995, p. 845).

Actualmente en España, en cuanto hace referencia a las conductas punibles referidas a la malversación de caudales públicos, solo se sanciona penalmente adecuaciones delictivas de tipo doloso más ninguna de carácter culposo.

El artículo 432 que se refiere a conductas de apropiación, castiga a la autoridad o funcionario público que con ánimo de lucro sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo en razón de sus funciones, o que consienta que un tercero lo haga. En el artículo 433 se sanciona el comportamiento de la autoridad o funcionario público que destine a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo y en el 434 se cualifica aún más esta conducta al disponer que se realice con ánimo de lucro propio o ajeno, con grave perjuicio para la causa pública y que dicha aplicación privada fuera respecto a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a

cualquier entidad del Estado. En el artículo 435 hace extensivos los anteriores tipos penales al particular en calidad de sujeto activo, (Muñoz, 2012, p. 1033 a 1037).

Así, los artículos 432 a 434 de la legislación penal española se asimilan entonces al denominado Peculado por apropiación y Peculado por uso de que trata nuestro Código penal, con ausencia absoluta de alguna modalidad culposa.

Ahora bien, la legislación penal italiana⁶ sanciona el delito de peculado, de malversación de caudales públicos en el libro segundo, título II, delitos contra la Administración Pública.

En el artículo 314 describe el delito denominado peculado como aquella conducta que comete un funcionario público o persona que preste un servicio público y que teniendo por razón de su cargo la disponibilidad de dinero u otra cosa mueble, se apropia de ella, acontecer delictivo que impone como sanción prisión de cuatro a diez años años y seis meses.

La misma norma especifica que se impondrá una pena de prisión de seis meses a tres años de edad cuando el delincuente actuó con el único propósito de hacer un uso temporal de la cosa, y luego de dicho uso fuese reintegrado de inmediato.

En el artículo 316, peculado a través de provecho del error ajeno, se establece que un funcionario público o encargado de un servicio público que, en el ejercicio de las funciones o servicios, aprovechando el error de los demás, recibe o cree injustamente, para sí o para un tercero, dinero u otros beneficios, será castigado con prisión de seis meses a tres años.

⁶ <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale>

En el artículo Art. 316-bis: se describe el delito de malversación en contra de Estado, en donde se establece que cualquier persona, ajena a gobierno, habiendo obtenido por parte del Estado u otro organismo público o de las Comunidades Europeas, subvenciones o financiación para promover iniciativas encaminadas a la realización de obras o la realización de actividades de interés público, no las utilizara para los fines antes mencionados, será reprimido con prisión de seis meses a cuatro años. En este tipo penal establece que cuando la suma pagada en exceso es igual o inferior a € 3.999,96 aplica únicamente a sanciones administrativas.

Adicional a las anteriores conductas punibles el Código Penal italiano trae en este título II, entre otras conductas punibles, que no son de interés para este trabajo como son la Concusión (Art. 317), Corrupción en el ejercicio de la función (art. 318), la corrupción de un acto contrario a sus deberes oficiales (ART. 319), la corrupción en actos judiciales (art. 319-ter), inducción indebida a dar o prometer utilidad (art. 319 quater), El soborno de un servicio público (art. 320), etc.

Así las cosas, en la legislación italiana el único peculado que es sancionado penalmente es el que tiene carácter doloso, no habiendo en su configuración legal ninguna adecuación delictiva que castigue al servidor público que por imprudencia, negligencia o descuido de lugar a que se extravíen, pierdan o dañen los bienes respecto a los cuales tenga la custodia, administración o tenencia.

Por su parte la legislación Chilena en su Código Penal⁷, Libro II. Título V De los crímenes y simples delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos, señala en el

⁷ <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>

numeral 5 las conductas punibles referentes a la malversación de caudales públicos, art. 233 a 238.

Veamos.

Art. 233.- El empleado público que, teniendo a su cargo caudal o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación o secuestro, los sustraiera o consintiere que otro los sustraiga, será castigado:

1. Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la sustracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales.

2. Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales.

3. Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales.

En todos los casos, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetúa para cargos y oficios públicos.

Art. 234. El empleado público que, por abandono o negligencia inexcusables, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares de que se trata en los tres números del artículo anterior, incurrirá en la pena de suspensión en cualquiera de sus grados, quedando además obligado a la devolución de la cantidad o efectos sustraídos.

Art. 235. El empleado que, con daño o entorpecimiento del servicio público, aplicare a usos propios o ajenos los caudales o efectos puestos a su cargo, sufrirá las penas de inhabilitación especial temporal para el cargo u oficio en su grado medio y multa de diez al cincuenta por ciento de la cantidad que hubiere substraído.

No verificado el reintegro, se le aplicarán las penas señaladas en el artículo 233.

Si el uso indebido de los fondos fuere sin daño ni entorpecimiento del servicio público, las penas serán suspensión del empleo en su grado medio y multa del cinco al veinte y cinco por ciento de la cantidad substraída sin perjuicio del reintegro.

Art. 236. El empleado público que arbitrariamente diere a los caudales o efectos que administre una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados, será castigado con la pena de suspensión del empleo en su grado medio, si de ello resultare daño o entorpecimiento para el servicio u objeto en que debían emplearse, y con la misma en su grado mínimo, si no resultare daño o entorpecimiento.

Art. 237. El empleado público que, debiendo hacer un pago como tenedor de fondos del Estado, rehusare hacerlo sin causa bastante, sufrirá la pena de suspensión del empleo en sus grados mínimo a medio.

Esta disposición es aplicable al empleado público que, requerido por orden de autoridad competente, rehusare hacer entrega de una cosa puesta bajo su custodia o administración.

Art. 238. Las disposiciones de este párrafo son extensivas al que se halle encargado por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos municipales o pertenecientes a un establecimiento público de instrucción o beneficencia.

En los delitos a que se refiere este párrafo, se aplicará el máximo del grado cuando el valor de lo malversado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, siempre que la pena señalada al delito conste de uno solo en conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 67 de este Código. Si la pena consta de dos o más grados, se impondrá el grado máximo.

De la anterior normatividad, se desprende que el delito que se asimila a la norma de interés en este trabajo, peculado culposo, se describe en el artículo 234 y sanciona al empleado público que por su desidia o negligencia inexcusable permitiese que otro sujeto se sustraiga los caudales o efectos públicos o de particulares, es decir solo se castiga penalmente la conducta culposa cuando esta da origen a que otra persona materialice otra infracción penal, en este caso la sustracción de los bienes allí descritos, mas no penaliza las consecuencias de un actuar culposo que genere daño, perdida o extravío. La consecuencia jurídica para el actuar culposo antes indicado consiste en la suspensión del cargo y reintegro de lo sustraído más no la privación de la libertad.

Como se observa las demás normas que protegen los caudales públicos sancionan comportamientos de carácter doloso y ninguno es equiparable a la descripción que realizó nuestro legislador bajo la denominación de peculado culposo.

En Argentina dentro del código penal existente, se describen cuatro tipos penales que buscan asegurar una debida administración, destinación de la hacienda pública y aseguramiento de la integridad moral de los funcionarios que tienen a su cargo su manejo y disposición, encuadrados bajo la denominación de Malversación de caudales públicos. Entre los tipos penales descritos en este capítulo se encuentran los casos de malversación propiamente dicha, los de peculado doloso,

empleo por el funcionario en provecho propio o de terceros de trabajos o servicios pagados por una Administración pública, el peculado culposo y el retardo injustificado de pagos o de devolución de depósitos, delitos identificados con los artículos 260, 261, 262 y 264, capítulo VII del Título XI del Código penal vigente en dicho país (Bayola, 2008, p. 28).

En la obra del autor Bayola se transcriben los textos de los artículos antes señalados de la siguiente forma (Bayola, 2008, p. 29, 30⁸):

Art. 260. Será reprimido con inhabilitación especial de un mes a tres años, el funcionario público que diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación diferente de aquella a que estuvieren destinados. Si de ello resultare daño o entorpecimiento del servicio a que estuviesen destinados, se impondrá además al culpable, multa del 20 al 50 % de la cantidad distraída.

Art. 261.- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a diez años e inhabilitación absoluta perpetua, el funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo.

Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero, trabajos o servicios pagados por una Administración pública:

Art.-262.- Será reprimido con multa del 20 al 60% del valor sustraído, el funcionario público que, por imprudencia o negligencia o por inobservancia de los reglamentos o

⁸ Tambien en servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm.

deberes de su cargo, diere ocasión a que se efectuare por otra persona la sustracción de caudales o efectos de que se trata en el artículo anterior.

Art. 263.- Quedan sujetos a las disposiciones anteriores los que administraren o custodiaren bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, así como los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente aunque pertenezcan a particulares.

Art. 264.- Será reprimido con inhabilitación especial por uno a seis meses, el funcionario público que, teniendo fondos expeditos, demorare injustificadamente un pago ordinario o decretado por autoridad competente. En la misma pena incurrirá el funcionario público que, requerido por la autoridad competente, rehusare entregar una cantidad o efecto depositado o puesto bajo su custodia o administración.

Centrando la atención en el tipo culposo, si bien en el caso de Argentina se castiga una conducta de dicha categoría (artículo 262), esta se condiciona a que su actuar permita la sustracción de los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. A diferencia de la legislación penal colombiana la conminación penal consiste en multa más no en la amenaza de privación de libertad a través de la pena prisión.

En Francia la legislación penal⁹ recopila en el Libro IV los Crímenes y Delitos contra la Nación, el Estado y la Paz Pública, Título III delitos contra la Autoridad del Estado, Capítulo II los Delitos que atentan contra la Administración Pública cometidos por personas que desempeñan una

⁹<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160908>. Otro https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1969/13763/version/3/.../Code_56.pdf.

función pública y más exactamente en la Sección III, Párrafo 5, trata De la Malversación de bienes, artículos 432-15 y 432-16:

Art. 432-15. El hecho, cometido por una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, un contable público, un depositario público o uno de sus subordinados, de destruir, distraer o sustraer una escritura o un título, o fondos públicos o privados, o los efectos, documentos o títulos que los sustituyan, o cualquier otro objeto que se les haya entregado en razón de sus funciones o de su misión, será castigado con diez años de prisión y multa de 1 000.000 euros, cuya cantidad se puede incrementar al doble del producto del delito. La tentativa del delito previsto en el párrafo anterior será castigada con las mismas penas.

Art. 432-16. Cuando la destrucción, la distracción o la sustracción por un tercero de los bienes contemplados en el artículo 432-15 resulte de la negligencia de una persona depositaria de la autoridad pública o encargada de una misión de servicio público, de un contable público o de un depositario público, será castigada con un año de prisión y multa de 15.000 euros.

Se observa claramente que el primero de estos artículos si bien hace referencia a los verbos rectores de destruir, distraer o sustraer respecto a una escritura, un título, fondos públicos o privados, los efectos, documentos o títulos que los sustituyan, o cualquier otro objeto que se les haya entregado al sujeto activo en razón de sus funciones, trata es de un comportamiento doloso realizado por el agente.

Por su parte el segundo de los tipos penales en comento si alude a una conducta culposa pero condicionada a que esta de lugar a que un tercero sea el que materialice la destrucción, distracción o la sustracción de los bienes aludidos en el artículo que le precede y es castigada con pena privativa de la libertad de un año de prisión y multa.

El Código Penal Francés, en el mismo libro antes señalado, capítulo III De los Atentados contra la Administración Pública cometidos por particulares, Sección III, también desarrolla la conducta punible de Malversación de los bienes de Depósito Público, más exactamente en el artículo 433-4, tipo penal que reprocha el quehacer delictivo doloso.

Se concluye del acercamiento a legislaciones penales foráneas que en España y en Alemania no existe el encuadramiento delictivo de peculado culposo, siendo sancionadas solamente comportamientos de índole doloso. En países como Francia, Argentina y Chile existe como modalidad delictiva el actuar culposo del empleado público sobre los caudales públicos pero condicionada a que el quehacer negligente, imprudente permita o de origen a la realización de un delito por parte de un tercero.

En estas legislaciones penales de trascendencia e influencia en la normatividad colombiana se requiere para la configuración del tipo que la incuria, inobservancia, negligencia, imprudencia traiga como consecuencia la sustracción de los bienes por un tercero, es decir la ocurrencia de otro delito y no simplemente el evento fenomenológico de extravío, pérdida o daño de los mismos, resultado físico que sí es exigible en el artículo 400 del Código Penal Colombiano.

Ésta condición de las legislaciones extranjeras reduce el número de personas que puedan verse afectadas con el estigma de perpetrador o agente delictual por actuar bajo el influjo de la culpa, no castigando simplemente a todo aquel que por obrar con negligencia genere en el mundo externo una consecuencia física en los bienes que le han sido entregados para su custodia en razón a sus funciones sino condicionandola a la ocurrencia delictual de un tercero.

Referencia a la Administración Pública como Bien Jurídico.

Siendo necesario para los fines de este trabajo no solo precisar el concepto de bien jurídico en general, aspecto ya desarrollado en el capítulo II, sino también estudiar el concepto de la administración pública como tal, es oportuno hacer alusión a importantes definiciones de administración pública como bien jurídico que ha propuesto no solo la doctrina nacional e internacional, sino la jurisprudencia.

El tratadista Molina (2005) precisa que la administración pública para los fines jurídicos penales debe ser entendida como el conjunto de organismos públicos, unipersonales o colegiados, que llevan a cabo funciones en cumplimiento a los fines propios del Estado, pudiendo analizarse desde las actividades que desarrolla y desde los organismos que materializan dichas funciones. (p. 21, 22)

Advierte el autor que así las cosas, se diferencia entre la Administración Pública en sentido estático material, refiriéndose a los órganos de la Administración como tal, y Administración Pública en sentido dinámico subjetivo, cuando se refiere al ejercicio de la función de la Administración, siendo la primera protegida en los títulos XVII y XVIII del Código penal, esto es,

Delitos contra la Existencia y Seguridad del Estado y Delitos contra el Régimen Constitucional y Legal; y la segunda se protege a nivel del título XV del mismo código bajo la denominación de Delitos contra la Administración pública.

Por su parte el tratadista Peña (2005), luego de analizar las tradicionales definiciones de administración pública, esto es, la objetiva o material y subjetiva u orgánica, la primera entendida como el “conjunto de actos de esa índole independiente del órgano o rama que la realice”, y la segunda como el “conjunto de actividades realizadas exclusivamente por el órgano ejecutivo, que por eso tiene el llamado poder administrador”(P. 33), plantea que el concepto de administración pública en el ámbito penal no debe relacionarse con ninguna de las nociones anteriores, sino por el contrario ha de ser entendido en los términos recogidos por la doctrina italiana, es decir, “el conjunto de actividades cumplidas por cualesquiera de los órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines, incluyendo las de control (procuraduría y contraloría)” (p. 34,35).

Considera el doctrinante, que el legislador al tipificar las conductas recopiladas en el Código Penal, libro segundo, título XV, concreta el interés estatal en tutelar su misma actividad o función pública, entendiendo ésta como la actividad desarrollada por los órganos del Estado para el cumplimiento de sus fines, e incluso por los particulares que la desempeñan en los casos taxativamente señalados en la ley, como a sus propios agente, buscando siempre que la función pública se realice con honestidad, celeridad y eficiencia. (p. 32).

Martínez (2002), plantea que si bien al momento de la redacción del código penal colombiano se denominó al bien jurídico tutelado en el título XV como Administración pública, éste “se entiende mejor como función pública ejercida a través de los diferentes organismos e instituciones

del Estado” (p. XXXVIII). Función pública a la que se refiere como “servicios a la comunidad prestados a través de organismos e instituciones oficiales por personas que la Constitución denomina servidores públicos, o por delegación a quienes no tienen dicha cualidad” y la define de forma sencilla y puntual como “un servicio en beneficio de todas las personas residentes en Colombia y debe prestarse de acuerdo a los principios, fines y limitaciones determinados en la Constitución. Si esto no se cumple, la Administración y sus servidores públicos incurrirán en las respectivas responsabilidades. (p. XXXVI, XXXVIII)

En sentido similar Ayala manifiesta que el bien jurídico de la Administración pública consiste en el “cumplimiento ordenado de los servicios a cargo del Estado, a favor de la sociedad y de los individuos, como una manera de garantizar el derecho que tienen de recibir un servicio eficiente, rápido y oportuno” (Ayala, 2006, p.187).

Por su parte Gómez Méndez y Gómez Pavajeau (2000) precisan que al ejercerse la función pública dentro de un Estado Social de Derecho, su actuación debe estar sometida a principios de gran trascendencia como lo son la legalidad, eficiencia y honestidad en el ejercicio de la acción de los órganos del poder público. (p. 29).

Debido a dichos principios fundamentales en el actuar de la administración pública la tipificación de conductas punibles que lesionan o vulneran este bien jurídico busca mantener incólume la función pública, velando por que se ejerza conforme a “los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad” (Higuera, 2001, p. 61).

De ahí que se haya definido el bien jurídico desde el punto de vista constitucional como el “ente que encarna los estados funcionales que posibilitan el ejercicio de los derechos fundamentales de disposición en lo relacionado con su contenido esencial y con los instrumentos para su protección, mantenimiento y promoción” (Barbosa & Gomez, 1998, p.84)

Tan trascendental es el ejercicio de la función pública que la Constitución Política de Colombia establece los principios, fines y limitaciones de esta; desde el primero de sus artículos señala que la base fundamental del orden jurídico colombiano es el respeto a la dignidad humana (art. 1 C.N), obligando así a que cualquier bien jurídico protegido por el derecho penal se justifique sólo si está al servicio de la persona.

La Carta Política en su artículo 2, inciso 2 señala que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger a toda las personas residentes en Colombia, en su vida, la honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, de ahí que al Estado le corresponda velar porque los diversos servidores públicos y los particulares que sean encargados de la función pública obren siempre con lealtad, celeridad, eficacia y responsabilidad, precisamente para cumplir con esta finalidad que garantiza la real existencia de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Complementando lo anterior la normatividad superior señala en su artículo 113 que las tres ramas del poder público “tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”, lo cual permite entender la razón de que los tipos penales descritos en el título XV puedan potencialmente menoscabar la administración pública en el ejercicio de las tres ramas del Estado: ejecutiva, legislativa y judicial y en la realización de la actividad propia de los

órganos de control. La Corte Suprema de Justicia por su parte ha precisado que con los delitos contra la Administración Pública se reprimen “las acciones que atentan contra el normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, concebido en las tres ramas del poder” (Sentencia, enero 24 de 1996)

Precisamente para poder vigilar y controlar la actividad de las personas que ejercen la función pública, en especial a los servidores públicos, existen normas constitucionales tales como el artículo 122 en el que se señala que “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (...)”; el artículo 6 advierte que “los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Se establece de forma explícita en el 123 inciso 2: “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.”

Estos son solo parte de las normas constitucionales que señalan los principios, fines y límites que rigen la función pública y buscan velar porque la función desarrollada por los diversos órganos del Estado se realice de forma legal, ordenada, eficaz, transparente y en general con responsabilidad social.

Recordemos cómo es en la misma carta constitucional en su artículo 209, la que señala que “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 (...)”

Resaltando la importancia y trascendencia del bien jurídico de la administración pública, el máximo órgano de la justicia ordinario ha señalado que

el derecho del ciudadano a que esta sea sana (...) emana de la Constitución Política. Por eso la carta prevé que la República, se funda, entre otras cosas, en la prevalencia del interés general (art 1); que una de las finalidades esenciales del Estado es la de servir a la comunidad y otra la de mantener la vigencia de un orden justo (art 2) (...) que todo servidor público al tomar posesión, jure cumplir y defender la constitución, así como desempeñar los deberes que le incumben (art. 122, 2) (...) que los servicios públicos sean inherentes a la finalidad social del Estado y por ello a éste le corresponda asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art 365).

(...) el derecho a una recta y proba Administración Pública, no es exclusivamente de una u otra persona individualizada, ni del Estado como gran ente abstracto; corresponde más a la sociedad, a la comunidad, al interés general. (Corte Suprema de Justicia, sentencia febrero 25 de 2003)

La Corte Suprema de Justicia (1997) en varios pronunciamientos, tales como la ponencia calendada septiembre 16, ha indicado con precisión que el bien jurídico de la administración pública

es de orden funcional, en el sentido de que lo tutelado no son los órganos administrativos o la relación de poder entre ellos, sino la correcta función administrativa pública, como condición necesaria para que el Estado pueda enfrentar jurídicamente los conflictos sociales.

Sin embargo (...) la ofensa al bien jurídico llega por medios y modos diferentes, según se trate, por ejemplo, de un hecho punible de peculado, de concusión o de cohecho. Así entonces, en el caso particular del peculado, es necesario matizar el interés jurídico, en el sentido de que el ejercicio correcto de la función pública se concreta en el manejo probado de los *intereses patrimoniales del Estado*.

Otro de los mencionados pronunciamientos lo es el calendado mayo 19 de 1999, en donde se ha puntualizado que el bien jurídico de la administración pública

se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad. (...) se protege de manera inmediata el ejercicio debido o correcto de la administración. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia mayo 19 de 1999)

En cuanto a la normatividad internacional, se destaca la legislación italiana cuando afirma que el objeto genérico de la tutela en relación con estos delitos “es el interés público concerniente al normal funcionamiento y al prestigio de la administración pública en sentido lato, en el que atañe a la probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, fidelidad, seguridad, libertad, decoro funcionales, así como el respeto debido a la voluntad del Estado, en orden a determinados actos o relaciones de esa misma administración” (Manzini citado en Peña, 2005, p.36); así protege tanto la regularidad en el ejercicio de sus funciones como la eficiencia de la función pública analizada en toda la extensión de las ramas o poderes del Estado.

Se concluye que el bien jurídico de la Administración Pública es reconocido por las diversas sociedades como una necesaria valoración social que amerita protección penal; que el actuar de sus servidores debe estar siempre ajustado a principios de gran relevancia tales como el de igualdad, moralidad, lealtad imparcialidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, aspectos estos que desde ya aunados a los principios de dignidad humana, subsidiaridad y *última ratio* a la que está sometida la facultad de castigar del Estado, permiten ir analizando si la conducta descrita en el delito de peculado culposo amerita ser protegida por la herramienta de control más agresiva que poseen los pueblos: el derecho penal.

No hay que olvidar, como lo ha establecido la misma Corte Constitucional, que

en principio, no existe, de manera expresa, un imperativo constitucional según el cual determinados bienes jurídicos deban, necesariamente, protegerse a través del ordenamiento penal. Por el contrario dentro de una concepción conforme a la cual sólo debe acudir al derecho penal, con su efecto limitativo de las libertades individuales, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo, la criminalización de una conducta solo puede operar como *ultima ratio*. (Corte Constitucional, Sent. C-489 de 2002)

Ahora bien, con fundamento en los temas antes desarrollados se procede a analizar en el siguiente y último capítulo si se justifica la existencia del injusto penal descrito en el artículo 400 de la normatividad penal.

Capítulo IV

Análisis del Peculado Culposo y su Razón de Ser en la Legislación Penal Colombiana

Luego de haberse planteado los límites, fronteras o barreras que regulan el ejercicio del poder sancionador en un Estado Social y democrático de derecho como es el colombiano; de haber esbozado los rasgos más sobresalientes de la teoría del garantismo cuyo objetivo es propender a disminuir la violencia que este poder trae consigo, limitando la facultad de la potestad legislativa en la configuración de conductas punibles, y reduciendo la libertad que puedan invocar los operadores judiciales al momento de la ejecución penal, es procedente y necesario centrar la atención en el contenido del artículo 400 del Código Penal, delito de peculado culposo, a fin de verificar si se justifica o no su permanencia en la legislación penal colombiana.

¿Permanencia o Despenalización de la Conducta?

Con miras a poder contestar válidamente este interrogante se hace necesario analizar este tipo penal respecto a cada uno de los principios que rigen y justifican la facultad de castigar del Estado Colombiano.

Empecemos por recordar que en un Estado de Derecho toda conducta punible considerada y catalogada como tal debe cumplir con el límite formal al *ius puniendi: nullum crimen, nulla poena sine lege*; exigencia que se cumple a cabalidad ya que el delito de peculado culposo se

encuentra descrito en el artículo 400 de la ley 599 del 2000, tanto en su consagración como delito así como en su consecuencia jurídica, es decir en la pena a imponer.

Pero no solamente esta adecuación típica responde satisfactoriamente a este apotegma sino que cumple con otro de los requisitos exigidos por el principio de legalidad en cuanto al contenido de la norma, así la descripción legal del artículo 400, es previa, escrita y estricta, respondiendo satisfactoriamente a la exigencia del aforismo *lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta*. Sus elementos estructurales son claros y concretos no solo en la descripción del delito sino también en sus consecuencias.

Precisamente en procura de cumplir con dichos requisitos es que la Corte constitucional a través de la sentencia C 652 del 05 de agosto del 2003, bajo la ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, condiciona la exequibilidad del aparte final de la descripción típica, "...por el mismo término señalado." en el entendido que no se refiere a la inhabilidad intemporal para ejercer funciones públicas". Esto en procura de que el mencionado aparte cumpla con las mencionadas características, especialmente en cuanto a la precisión de la ley penal.

Ahora bien, en razón a la condición de Estado Social que invoca Colombia le es exigible que la creación de un tipo penal corresponda a conductas específicas que por su trascendencia social afecten un bien jurídico idóneo de protección social, que produzca un daño real, relevante para poder explicar razonablemente su salvaguardia por el derecho penal, solo debe crearse cuando sea realmente necesario para evitar la ocurrencia de delitos y no exista otro instrumento menos dañoso para alcanzar dicho fin.

Es decir la configuración de delitos está sometida al principio de *ultima ratio*, de subsidiariedad y fragmentariedad que rige al derecho penal en un Estado que se proclame social. Veamos entonces si la adecuación típica descrita en el artículo 400 de nuestro régimen penal respeta estos mínimos establecidos para su justificación.

Comencemos por indicar que el bien jurídico que se busca proteger con esta conducta punible es la administración pública, bien jurídico cuya importancia y trascendencia es indiscutible para la sociedad al tutelar el ejercicio de la función de la administración, buscando que esta se mantenga incólume, velando porque se despliegue conforme a los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad que le son exigidos constitucionalmente.

Lo que sí es cuestionable es la relevancia del daño que pueda acarrear la materialización de esta conducta punible para que implique la salvaguardia por parte del derecho penal. Recordemos el objeto jurídico de dicho tipo penal:

Pretende la norma exigir, de parte de los servidores públicos que administran, tienen o custodian bienes que real o funcionalmente son de la administración, una diligencia y cuidado, por lo menos media, en relación con tales bienes, a fin de que ellos no se pierdan, extravíen o dañen: Dicho de otra manera el sentido teleológico de la norma apunta a que los servidores públicos no solamente no lesionen de manera directa la corporeidad, existencia y funcionalidad de los bienes de la Administración (como se tutela ello en las formas de peculado anteriormente analizados), sino que ello se haga de manera indirecta, por razón de su descuido, desmaño o, en general, falta de diligencia. (Molina, 2005, p. 161).

Se está penalizando entonces la negligencia, descuido o falta de diligencia respecto a los bienes que real o funcionalmente son de la administración, situaciones que conllevan un detrimento o afectación para el Estado, que no son realizadas con dolo o intención del agente sino por culpa,

que obviamente requieren una reparación y sanción por la falta realizada, pero no una consecuencia a través de la herramienta más agreste que tienen las sociedades: la penal.

Si bien a este respecto hay autores como Gomez Mendez y Molina, que justifican la existencia penal de esta conducta de desidia y descuido en virtud de que las consecuencias pueden traer afectaciones económicas de gran cantidad para el Estado, en algunos casos más que en casos de peculados dolosos, también lo es que el derecho penal no puede seguir siendo utilizado como la primera medida para lograr prevenir y sancionar conductas que acarrear consecuencias negativas a la administración pública, trasladándose la inoperancia de otras leyes o de las mismas instituciones a los miembros de una comunidad, en donde muchos de ellos terminan siendo potenciales sujetos activos de esta norma indebidamente sancionada por el derecho penal. (Molina, 2005, p. 161)

La configuración del comportamiento descrito en el artículo 400 del código penal, como delito, desconoce el límite material al ejercicio de la potestad punitiva del Estado de la dañosidad social, puesto que “la intervención punitiva sólo es viable en relación con conductas que tengan trascendencia social y que afectan las esferas de libertad ajenas, sin que le sea permitido al derecho penal castigar comportamientos contrarios a la ética, inmorales o antiestéticos (...)” (Velasquez, 2009, p. 106). La ley penal como lo indica Ferrajoli (2009)

tiene el deber de prevenir los más graves costes individuales y sociales representados por estos efectos lesivos y solo ellos pueden justificar el coste de penas y prohibiciones.- (...) Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su absoluta necesidad son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal (p. 464 a 466).

Acorde con lo anterior el maestro italiano es preciso al indicar que la “intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos [y por ello] el principio de necesidad exige que se recurra a ella solo como remedio extremo [siendo justificable] por la necesidad de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos” (Ferrajoli, 2009, p.465).¹⁰

La conducta del peculado culposo no describe una conducta con el poder de trascender la esfera de la libertad humana, tampoco vulnera algún derecho fundamental y menos aún, su ocurrencia, genera una reacción de la sociedad por medio de la violencia, que justifique su categorización como delito y la intervención del rigor penal.

El resultado de daño, extravío, pérdida generado por dicho comportamiento tendría una afectación en la corporeidad de los bienes del estado como resultado de la falta de cuidado que le corresponde a todo servidor público por tener dicha calidad, situación que llevaría más a un actuar contrario a la ética que su rol le exige y no a un acto de corrupción, con consecuencias de índole patrimonial que sin interesar la cuantía deben ser sancionados por otros medios coercitivos.

No es admisible que en un Estado Social de Derecho la necesidad de reparación del patrimonio del Estado como consecuencia de los efectos de este tipo de comportamiento culposo se convierta en justificación suficiente como para constituirlo en delito. La esencia misma de este comportamiento negligente que causa lesión al bien jurídico de la administración pública no supone la condición de un ataque complementa intolerable que permita su categorización como injusto

¹⁰Ibidem, p. 465

penal, desconociendo los efectos contrarios a la dignidad humana que trae consigo el proteger el bien jurídico, de esta lesión, a través del poder punitivo del Estado.

Caso contrario sería aceptar y validar que en vez de que la sanción penal fuera la respuesta excepcional ante situaciones de extrema gravedad social se convierta como pasa actualmente en la más habitual y primera a tener en cuenta ante la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos allí protegidos, arrasando con los límites establecidos para el uso del instrumento extremo de lo penal.

Es necesario resaltar que esta modalidad culposa por consecuencias graves que traiga al bien jurídico de la administración pública no alcanza a tener la entidad suficiente, a generar un daño de tal magnitud que exija una respuesta a través del *ius puniendi* del Estado, cuando por el contrario y como igualmente se sanciona en nuestro país existen otras ramas sancionadoras, el derecho disciplinario y el fiscal, que igualmente la recoge y castiga, logrando un mensaje de prevención y sanción a servidores públicos que tengan a su cargo bienes del Estado o de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, protegiéndose así la administración pública.

El concepto inflacionario de las legislaciones penales debe detenerse, por lo menos, respecto a los resultados dañinos de delitos culposos que pueden ser evitados de forma severa a través de medidas protectoras de tipo administrativo (Ferrajoli, 2009, p. 473).

Por el contrario respecto a los diferentes tipos penales de peculado doloso, donde el injusto se materializa con conocimiento y voluntad, es evidente el querer del infractor en superar la

realización del tipo, aspecto que por si genera un reproche social de mayor contundencia frente al comportamiento realizado con imprudencia, en donde el sujeto agresor no quiere cometer el hecho previsto en el tipo sino que lo realiza por inobservancia del cuidado debido.

Como la tipificación de conductas objeto de sanción penal, tanto dolosas como culposas, son facultad del legislador, el tribunal constitucional ha señalado en diversas sentencias que es a éste representante del pueblo, a quien le corresponde determinar la política criminal, realizar la valoración respecto a los bienes jurídicos que requieren de esta especial protección, analizar qué conductas puedan lesionarlo y si la gravedad de la lesión amerita hacer uso de las mismas, de tal forma que el Estado, como se ha venido reiterando a lo largo de este trabajo, no esta obligado a sancionar todas las conductas antisociales, siendo “la necesidad de criminalizar un comportamiento humano la última de las decisiones posibles en el espectro de las sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer, y entiende que la decisión de sancionar con una pena, que implica en su máxima drasticidad la pérdida de la libertad, es el recurso extremo al que puede acudir el Estado para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales” (Corte Constitucional, Sent. C-365 de 2012)¹¹.

No es aceptable que el legislador penal en la creación de tipos penales, como en el caso en estudio, desconozca principios rectores de su quehacer, como son, la lesividad social, subsidiaridad y tolerancia. (Roxin, *et al.*, 2007, p.100).

Es dable concluir que la existencia típica de esta conducta violenta de forma abrupta el principio de necesidad de la ley penal; de fragmentariedad al no dar estricto cumplimiento a que

¹¹ Corte Constitucional. Otras: C -636 de 2009; C 420 de 2012; Corte Suprema de Justicia. Sentencia 08 de agosto de 2005.

solo los hechos más graves, intolerables por una comunidad, sean protegidos por el derecho penal, calificativo y/o categoría que como se ha visto no existe en este caso; el principio subsidiario al tipificarse penalmente una conducta que ya es sancionada dentro de nuestra legislación por otros instrumentos menos violentos y dañosos que como se ha reiterado en varios apartes de este trabajo son precisamente el derecho disciplinario y el derecho fiscal. Se desconoce así el principio fundamental del *ius puniendi* del Estado de la *última ratio*.

De acuerdo a lo anterior, la tipificación del delito de peculado culposo en Colombia desconoce en la praxis los fundamentos del Estado Social que se proclama en nuestra Carta Magna, los principios limitadores de la responsabilidad criminal, especialmente el de lesividad y subsidiariedad.

Ahora bien, no solo se vulneran los límites impuestos por este modelo de Estado sino que igualmente se abandonan y niegan principios que deben acatarse y cumplirse en los Estados Democráticos.

Ese es el caso precisamente del principio de dignidad humana. No es dable que una actuación culposa cuyo resultado genera una afectación patrimonial y/o un trastorno en la función, termine siendo sometida al rigor, a la violencia que trae consigo el derecho penal, desconociendo innecesariamente la dignidad humana al someter a una persona al estigma de ser un sindicado o imputado dentro de un proceso de esta envergadura, de recibir el calificativo deshonroso, degradante de delincuente, agresor, o perpetrador de un delito y en el peor de los casos de ser condenado a la pena de prisión, así termine siendo favorecida por algún subrogado penal en razón al bajo quantum punitivo que la ley ha establecido para este delito.

El principio de humanización también se ve menguado con la existencia de este punible. Solo basta centrar nuestra atención en la consecuencia de dicho tipo penal para observar que su sanción va dirigida a afectar uno de los bienes más sagrados de la humanidad: la libertad. La pena principal para quien sea declarado responsable penal de la conducta antijurídica en comento, consiste en la sanción más grave para cualquier miembro de una colectividad, la prisión.

Otro de los principios del Estado Democrático que se desconoce con la existencia del punible de peculado culposo, es el de proporcionalidad, el cual se desborda con el solo hecho de la adecuación de esta conducta como delito y con el tipo de consecuencia jurídica establecida como sanción. Así, tampoco la pena de prisión impuesta al sujeto activo de la conducta que termine siendo declarado culpable no es proporcionada a la entidad de este delito culposo, no solo en consideración a su modalidad sino al tipo de consecuencias que su realización conlleva: extraviar, perder o daño de bienes. Aquí la clase de sanción es más grave que la propia entidad del daño violentándose así el orden justo.

Al omitir en este caso, el legislador colombiano todos estos principios, columnas fundamentales, para la legitimación de la intervención del *ius puniendi* del Estado en las consecuencias fenomenológicas resultado de actuaciones humanas, se deja en letra muerta los postulados contenidos en nuestra constitución política, en la Declaración Universal de los Derechos humanos donde se proclama la libertad y dignidad humana como patrimonio sagrado del ser humano; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de los Derechos Humanos, entre otros tratados orgullo de la humanidad.

Consecuente con lo aquí expuesto es forzoso concluir que el Estado colombiano al mantener como punible el supuesto de hecho descrito en el artículo 400 de la ley 599 del 2000, desconoce derechos fundamentales del actor, es innecesario en la protección de bienes constitucionales, resultando ser desproporcionado e irrazonable. No válido precisamente por desconocer los límites constitucionales y legales para el ejercicio del poder punitivo del Estado, requisitos mínimos e indispensables para justificar materialmente la adecuación de un comportamiento en la categoría de delictual.

De acuerdo al análisis realizado la respuesta al interrogante inicial no puede ser otro que, la conducta descrita en el artículo 400 del Código Penal colombiano denominado Peculado Culposo, debe desaparecer de nuestra legislación penal, debe despenalizarse por no ser un símbolo de lo justo sino del uso excesivo y desproporcionado del *ius puniendi*.

Con la despenalización de la conducta punible de peculado culposo se contribuye a la materialización de los fines del Estado, se realiza y honra entre otros principios el de la *última ratio* y se auxilia así sea en una mínima parte la legitimidad de nuestro derecho penal, cada día más cuestionado por características negativas tales como: “(...) caos normativo, proliferación de fuentes, violación sistemática de las reglas por parte de los titulares del poder público, la ineficacia de los derechos y la incertidumbre e incoherencia del ordenamiento jurídico actual” (Aguilera, Ortega & Lopez En: Ferrajoli, *et al.*, 2011, p. 17)

De las Sanciones Administrativas

Acorde a lo expuesto, al despenalizar este comportamiento culposo ejecutado por un servidor público y que trae inexorablemente un resultado de extravío, pérdida o daño de bienes, con las

correspondientes afectaciones patrimoniales y/o de función, del bien jurídico de la Administración Pública, seguirá siendo objeto de sanción y reproche, pero por otras herramientas reparadoras menos violentas como es el derecho disciplinario y la responsabilidad fiscal.

De esta forma se continúa protegiendo la función pública respecto de la negligencia, imprudencia, desidia y/o inobservancia de reglamentos o deberes que le son aplicables a los ciudadanos que ostentan tal calidad, pero en este caso sin sobrepasar los límites del *ius puniendi* de un Estado que se proclama como Social y Democrático de Derecho.

Previo a aludir a las herramientas alternas existentes para proteger la administración pública del comportamiento descrito en el tipo penal del peculado culposo es oportuno recordar la distinción que ha hecho la Corte Constitucional entre la sanción administrativa y la potestad punitiva penal.

La potestad sancionadora administrativa se diferencia cualitativamente de la potestad punitiva penal. Con la potestad punitiva penal, además de cumplirse una función preventiva, se protege "el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente", mientras que con la potestad administrativa sancionatoria se busca garantizar la organización y el funcionamiento de las diferentes actividades sociales. La Corte ha resaltado que la potestad sancionadora de la administración es un medio necesario para alcanzar los objetivos que ella se ha trazado en el ejercicio de sus funciones (Sent C-610 de 2002).

Esta diferencia cualitativa permite afianzar aún más la pertinencia de despenalizar la conducta tipificada en el artículo 400 de nuestra legislación penal. Del contenido de la misma se extrae que el *ius puniendi* penal tiene ese fin retributivo, resocializar o correctivo en el sujeto activo de la conducta punible, denominación esta última que refleja la gravedad de las conductas de que debe ocuparse el derecho penal pero que por la ligereza legislativa de los países, termina enfocando su

atención y funcionamiento en comportamientos que no generan un peligro trascendente en el colectivo social y que ya son objeto de observancia, control y sanción por otros ordenamientos en procura de mantener a salvo los fines y objetivos de la función pública.

Como se ha venido reiterando entre esos ordenamientos se encuentra el derecho disciplinario al cual se hará referencia a continuación.

Sanción disciplinaria

El poder sancionador del Estado, a través de la acción disciplinaria tiene ocurrencia “dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo” (Corte Constitucional, Sent T 161 de 2009)

La potestad disciplinaria se ejerce dentro del marco que establecen los “principios de la función administrativa y del servicio público, como a los fines esenciales del Estado” (Corte Constitucional, Sent C-242 de 2010), velando así por el aseguramiento de los deberes funcionales. Esta facultad sancionadora

no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan solo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se base en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza. (Corte Constitucional, sent C-252 de 2003).

Si bien el Derecho Disciplinario tiene un campo de acción más reducido que el Derecho penal, no por ello se puede catalogar de inferior, por el contrario en casos como el aquí planteado, en donde el Derecho Penal no debe operar respecto a los funcionarios y a los administrados so pena de terminar deslegitimado, por medidas extremas y autoritarias, la facultad sancionadora del Estado subsiste legítimamente a través del Derecho disciplinario, logrando protegerse a través de los derechos, deberes, prohibiciones, faltas y sanciones que están debidamente codificadas, la dignidad de la administración, su buen nombre, el desempeño debido de la función pública con el acatamiento en la práctica de los principios que la rigen (Maya, 2012, p.6).

Pero ese poder sancionatorio se encuentra sometido al cumplimiento de los principios y garantías tanto sustanciales como procesales del investigado; velando por garantizarse la salvaguarda de los derechos fundamentales del servidor público. Así, la ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único (CDU) no solo señala los deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, faltas, procedimientos, sanciones, derechos y funciones de los servidores públicos, sino que también en su libro primero detalla cada uno de los principios rectores de la ley disciplinaria (legalidad, lesividad, debido proceso, dignidad humana, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad ante la ley, derecho a la defensa, proporcionalidad, etc.), eje fundamental para el ejercicio de dicha facultad sancionatoria.

En dicha normatividad se describen dentro de los deberes de los servidores públicos, más exactamente en el artículo 34 numerales 21 y 22, lo siguiente:

Art. 34. DEBERES. Son deberes de todo servidor público:
(...) 21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.

En el acápite de prohibiciones obrante en el Código Disciplinario Único, artículo 35 se señala:

Art. 35. PROHIBICIONES. A todo servidor público le está prohibido:
(...) 13. Ocasionar daño o dar lugar a la pérdida de bienes, elementos, expedientes o documentos que hayan llegado a su poder por razón de sus funciones.

Desde estos postulados se está procurando a través de la potestad disciplinaria evitar que el resultado, establecido hoy en el peculado culposo, tenga ocurrencia; se previene así desde el inicio conductas que conlleven el extravío, pérdida o daño de los bienes que estén bajo la custodia o administración del servidor público que corresponda, en razón a sus funciones. Son de tal importancia estos enunciados normativos que desconocerlos implica, de acuerdo al código disciplinario único, una falta disciplinaria.

Falta disciplinaria que ha sido definida como toda conducta, comportamiento, hecho, acción u omisión descrita en el Código Disciplinario Único que trae consecuencias negativas para el servicio público y que de acuerdo al impacto, trascendencia, afectación generada se clasifica en gravísima, graves o leves. La gravedad o levedad de una falta disciplinaria se determina de acuerdo a los criterios que para tal fin establece el Código en su artículo 43, salvo en el caso de las faltas gravísimas que han sido textualmente designadas y no requiere valoración adicional alguna. (Bulla, 2014, p. 211 a 213).

Dentro del catálogo expreso y taxativo de faltas gravísimas obra:

ART. 48 FALTAS GRAVÍSIMAS. Son faltas gravísimas las siguientes:

(...) 3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales. (...)

El contenido de esta falta gravísima corresponde casi en su totalidad a los elementos que conforman el tipo penal del delito de peculado culposo, excepto por la cuantía allí establecida para ser considerada de tantísima gravedad. Es decir que la sanción por el comportamiento descrito en el artículo 400 de la ley 599 de 2000, se encuentra sin duda alguna fuertemente sancionada por el derecho disciplinario.

Ahora bien, esta mínima cuantía establecida para configurarse el comportamiento en una falta gravísima no implica que cuando existe un perjuicio en menor valor no sea objeto de sanción, lo que implica es que la conducta será apreciada según los criterios establecidos en el CDU para catalogarla como grave o leve.

Respecto a la sanción impuesta en caso de las faltas disciplinarias la Ley 734 del 2002, en su artículo 44 las clasifica en destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima; suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas; suspensión, para las faltas graves culposas, multa para las faltas leves dolosas y amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Para mayor claridad dicho artículo establece cuándo debe entenderse que hay culpa gravísima y cuando la culpa será grave. En el párrafo del artículo 44 se indica que “Habrá culpa gravísima, cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta

disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.”

Se observa entonces que la normatividad disciplinaria no solo trae como falta catalogada de gravísima la conducta descrita en el delito de peculado culposo sino que también tiene para este tipo de comportamientos sanciones fuertes como la destitución e inhabilidad general o en el mejor de los casos la suspensión del ejercicio del cargo e inhabilidad especial. Consecuencias que para cualquier servidor público son de gran trascendencia y afectación, generándose así un severo efecto sancionador en el agente que la realiza y un efecto fuertemente preventivo respecto a los demás servidores públicos por la magnitud de las sanciones contempladas.

Se concluye entonces que la despenalización del delito de peculado culposo no va generar omisión de sanción, ni desamparo a la administración público respecto a este tipo de conducta indebida, por el contrario existe la tranquilidad de que es castigada de forma ejemplar y decidida por un instrumento sancionador menos agresivo, como es el disciplinario.

Ahora bien, no solo la administración pública queda salvaguardada por el sentido disuasorio de la sanción disciplinaria sino que también es protegida a través de la aplicación de la sanción fiscal.

Sanción fiscal

El servidor del Estado que por un actuar culposo respecto a los bienes que real o funcionalmente son de la administración y que cuya administración, tenencia o custodia se le han confiado por razón o con ocasión de sus funciones, cause su extravío, pérdida o daño no solo está

sometido a la mencionada sanción disciplinaria sino también puede ser sujeto de control fiscal en el caso de que tenga esa calidad de gestor fiscal.

Sea lo primero, recordar que el control fiscal se constituye de acuerdo al artículo 267 de la Carta Política, en una “función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”.

Es la misma Carta Política (art. 267) la que ha definido un amplio marco de competencia para la Contraloría y así ha sido claramente expuesto por nuestro máximo órgano:

(...) independiente de la naturaleza pública o privada, o de sus funciones, o de su régimen ordinario o especial, los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, quedan sujetos al control fiscal que ejerce la Contraloría General de la República, por supuesto circunscrito a la gestión fiscal realizada. [Y al vigilar] la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación, sin excepción alguna, [la Constitución] consagra una cláusula general de competencia para esta entidad, a la cual se le encomendó, de manera exclusiva y excluyente, la función pública de control fiscal. (Corte Constitucional, sent. C-1176 de 2004).

Precisamente es esa gestión fiscal la que ha sido definida por la ley 610 de 2000, artículo 3, y permite observar que en el desarrollo de la misma se pueden materializar comportamientos que son objeto de responsabilidad fiscal, dentro de los cuales hay varios de los establecidos en el art. 400 del código penal colombiano. La norma indicada señala:

El conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado, que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia,

equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales (Congreso de la República, Ley 610 de 2000, art. 3).

La Corte Constitucional acorde con el objeto de la gestión fiscal establecido por la ley, la ha definido como:

la administración y manejo de los bienes y fondos públicos, en las distintas etapas de recaudo o adquisición, conservación, enajenación, gasto, inversión y disposición; dirigida a determinar si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y, finalmente, los objetivos, planes, programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración. (Corte Constitucional. Sent. C-655 de 2003).

Y precisamente con respecto a dicha definición la misma Corte ha precisado en sentencia C-840 de 2001

Como bien se aprecia, se trata de una definición que comprende las actividades económicas, jurídicas y tecnológicas como universo posible para la acción de quienes tiene la competencia o capacidad para realizar uno o más de los verbos asociados al tráfico económico de los recursos y bienes públicos, en orden a cumplir los fines esenciales del Estado conforme a unos principios que militan como basamento, prosecución y sentido teleológico de las respectivas atribuciones y facultades, Escenario dentro del cual discurren, entre otros, el ordenador del gasto, el jefe de planeación, el jefe jurídico, el almacenista, el jefe de presupuesto, el pagador o tesorero, el responsable de la caja menor, y por supuesto, los particulares que tenga capacidad decisoria frente a los fondos o bienes del erario público puestos a su cargo. Siendo patente que en la medida en que los particulares asuman el manejo de tales fondos o bienes, deben someterse a esos principios que de ordinario son predicables de los servidores públicos, al tiempo que contribuyen directa o indirectamente en la concreción de los fines del Estado.

Agrega el Tribunal constitucional en el mismo pronunciamiento que

La definición del daño patrimonial al Estado no invalida ni distorsiona el bloque de competencias administrativas o judiciales que la Constitución y la Ley han previsto taxativamente en desarrollo del principio de legalidad y debido proceso. Por lo mismo cuando el daño fiscal sea consecuencia de la conducta de una persona que tenga la titularidad jurídica para manejar los fondos o bienes del Estado materia del detrimento, procederá la apertura del correspondiente proceso de

responsabilidad fiscal, sea que su intervención haya sido directa o **guisa** de contribución. En los demás casos, esto es, cuando el autor o partícipe del daño al patrimonio público no tiene poder jurídico para manejar los fondos o bienes del Estado afectados, el proceso atinente al resarcimiento del perjuicio causado será otro diferente, no el de responsabilidad fiscal.

Se concluye así que no todos los servidores o funcionarios podrían ser objeto de responsabilidad fiscal, lo serán solamente aquellos que fungen como gestores fiscales y su naturaleza es netamente patrimonial porque busca

El resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o [gravemente] culposa de quienes realizan gestión fiscal, mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. (Congreso de la República, Ley 610 de 2000, art. 4).

Concretando la responsabilidad fiscal respecto a las conductas descritas en el peculado culposo para quienes de acuerdo a sus funciones cumplen un papel de gestor fiscal se mantiene a salvo el erario público, logrando el resarcimiento del detrimento y perjuicio causado por el actuar culposo del actor.

Es claro que la responsabilidad fiscal “tiene un carácter resarcitorio y no sancionatorio, pues su único fin consiste en reparar el patrimonio público que ha sido depreciado por servidores públicos o particulares, que haciendo uso de esas funciones han realizado una gestión fiscal irregular, es decir su finalidad es meramente indemnizatoria”. (Sotomayor, 2013, p. XXXIII).

La misma Ley 610 de 2000 ha puntualizado que para efectos de esta Ley el daño patrimonial al Estado se entiende como la lesión representado por

el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, [uso indebido] o deterioro de los bienes o recursos públicos, o a los intereses patrimoniales del Estado, producida por una gestión fiscal antieconómica, ineficiente, [inequitativa] e inoportuna, que en términos generales, no se aplique al

cumplimiento de los cometidos y de los fines esenciales del Estado, particularizados por el objetivo funcional y organizacional, programa o proyecto de los sujetos de vigilancia y control de las Contralorías.

Dicho daño podrá ocasionarse por acción u omisión de los servidores públicos o por la persona natural o jurídica de derecho privado, que en forma dolosa o culposa produzcan directamente o contribuyan al detrimento al patrimonio público. (art. 6)

NOTA: las expresiones obrantes dentro de [] fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional Sentencia C-340 del 9 de mayo de 2007.

Así las cosas, existen otros medios sancionadores y reparadores como el disciplinario y el fiscal, para quien ejecute la infracción descrita en el art. 400 de la ley sustantiva penal en procura como ya se ha venido planteando de prevenir la ocurrencia del resultado físico y proteger la administración pública de los efectos negativos de la negligencia, desidia, descuido por parte de los responsables del cuidado y administración de los bienes del Estado.

El comportamiento culposos objeto de análisis es castigado severamente por el control disciplinario y fiscal, las consecuencias de ese actuar negligente son coherentes y proporcionales a la conducta realizada, manteniendo igualmente incólume la protección a la dignidad humana a contrario sensu del efecto violento que genera una sanción de carácter penal más aún si es privativa de la libertad. Los efectos de ese acontecer fáctico en el campo disciplinario y fiscal no configuran consecuencias simbólicas ni intrascendentes sino por el contrario drásticas consecuencias como la destitución e inhabilidad general, suspensión del ejercicio del cargo e inhabilidad especial, pago de indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal, etc. La desconfianza o duda en la eficiencia de estos medios en la práctica no puede convertirse en la fundamentación o excusa para justificación la existencia del tipo penal en cuestión.

Se observa entonces que dentro de la amplia normatividad existente en Colombia se cuenta también con el control fiscal y disciplinario para proteger a la Administración Pública de la

negligencia de los servidores que cause el deterioro, pérdida o extravío de los bienes a su cargo, siendo innecesaria e indebida la existencia de la sanción penal para proteger y castigar a los actores de dicho acontecer; es claro que esta adecuación típica no solo desconoce los principios de necesidad y proporcionalidad sino el de subsidiariedad del derecho penal, desbordándose la misión del régimen penal de “aportar instrumentos y soluciones para regular y resolver los más importantes conflictos sociales.” (Ferré, *et al.*, 2011, p. 31).

Por último, es útil recordar el pronunciamiento del máximo organismo constitucional en sentencia C-167 de 1995:

(...) en el nuevo Estado social de derecho se han concebido dentro de un largo proceso histórico sistemas articulados de controles y contrapesos que procuran prevenir y sancionar las faltas o extralimitaciones en el ejercicio del poder público; es bajo este orden de ideas [...] que el constituyente colombiano institucionalizó varios sistemas de controles dentro de los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la gestión fiscal de la administración que no solo se limita a la rama ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación”

Reforzar Programas Preventivos en la Administración Pública

Pero no solo la existencia del régimen disciplinario y Fiscal como medio sancionador es suficiente para proteger a la administración pública de la negligencia, descuido y desdén de sus servidores, también se requiere que el derecho disciplinario y fiscal sea reorientado a través del establecimiento de reglas que permitan que las autoridades de control puedan verificar que se materialicen los principios que rigen la función y cuyo desconocimiento genera una afectación a todos los coasociados. (Ostau de Lafont, 2012, p.29).

Para lograr ampliar el efecto preventivo respecto al comportamiento de interés en este trabajo, se requiere fortalecer tanto en cantidad como en calidad los programas pedagógicos respecto a la ética de lo correcto, implementando protocolos de buen gobierno para las autoridades y de buen comportamiento para los particulares, complementados con un adecuado régimen de inspección y vigilancia de la conducta. (Ostau de Lafont, 2012, p.30).

Se hace necesario, entonces, que los programas o protocolos de carácter pedagógico ya existentes en nuestro país como es el Código de Ética y Buen Gobierno de las instituciones, se convierte en un documento de estudio y análisis obligatorio por cada uno de los servidores públicos, con el fin de que su contenido sea interiorizado, respetado y practicado en cada una de las actuaciones de los agentes del Estado. Para ello será necesario que las entidades del Estado verifique el conocimiento de dicho código y aplicación que del mismo realicen los servidores en el ejercicio de sus funciones.

Recordemos que estos Códigos recogen y reiteran principios, valores y derechos que sirven como marco para la gestión que los servidores realizan en cada una de las Entidades a donde están vinculados. No es admisible que sigan siendo considerados como textos que todos los funcionarios de las diferentes entidades del Estado saben que existe pero que nadie interioriza y menos aún controla la aplicabilidad de lo allí dispuesto, en el ejercicio de las funciones de los servidores públicos.

Otra herramienta existente y que debe ser fortalecida en cuanto a su eficacia es la figura del Control Interno. Esta figura dentro de un

Estado Social de Derecho, Democrático y Participativo, hace inevitable que el concepto “Control”, este matizado por el ingrediente personal de quien realiza la labor o actividad, para que junto con quienes observan y valoran dicha tarea se convierta en el verdadero elemento gerencial que hoy reclama la sociedad, todo ello, en orden a desarrollar y preservar las empresas y entidades públicas o privadas, con resultados eficientes, eficaces y transparentes.(...)

El concepto control tiene que estar inspirado de ese elemento de dirección personal que, en términos modernos y desarrollados, denominamos “**autocontrol**”. (Ostau de Lafont, 2012, p.48).

Para lograr este compromiso igualmente se hace necesario que los servidores de las diversas entidades conozcan en detalle cómo funciona el área de control interno, las normas sustanciales y procesales que rigen su misión, conocimiento que le permitirá no solo verificar si su actuar corresponde a dicha normatividad sino también generar acciones para su mejoramiento continuo.

El propósito de tutelar, proteger y engrandecer a la administración pública no se logra desbordando los límites constitucionales que rigen al *ius puniendi* del Estado, creando o manteniendo conductas punibles desproporcionadas, injustas e ilegítimas, sino haciendo efectivo el uso de otros medios que existen precisamente para lograr el mismo objetivo, como es el Derecho Disciplinario, el régimen fiscal, los códigos de Ética y buen gobierno y el funcionamiento de las dependencias de control interno. Todo ello acompañado de planes de conocimiento y sensibilización sobre el contenido de estos instrumentos y las consecuencias de su desconocimiento en el ejercicio de sus funciones.

Solo creando más espacios pedagógicos sobre estos aspectos y realizando sobre su aplicabilidad un seguimiento serio y continuo, se logrará garantizar que la administración pública alcance los principios que la rigen: igualdad, moralidad, transparencia, lealtad, imparcialidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, etc.

Ahora bien, una vez abordados y analizados los planteamientos teóricos aquí desarrollados es el momento de entrar a verificar si con ellos se han alcanzado los objetivos propuestos con este trabajo y si se tiene el fundamento suficiente para entrar a responder el problema aquí planteado, es decir, si *la tipificación del delito de peculado culposo en Colombia, desborda indebidamente los límites del poder punitivo a que está sometido como Estado social y democrático de derecho.*

Conclusiones

Luego de la revisión doctrinal y jurisprudencial aquí realizada respecto de los límites infranqueables del *ius puniendi* en un Estado Social y Democrático de Derecho se ha establecido con toda claridad que estos se configuran en la mayoría de legislaciones de los Estados que así se proclaman, como verdaderos principios de carácter obligatorio, no susceptibles de excepción alguna.

El principio fundante de estos límites es el de la **Dignidad humana**, condición que es considerada como derecho fundamental, como derecho inherente a la existencia humana, no solo por nuestra Carta Magna sino por otras legislaciones y tratados internacionales, convirtiéndose así en patrimonio de la humanidad.

En concordancia con dicho derecho fundamental, límite del poder sancionador del Estado, existen otros mínimos establecidos como marco no susceptibles de desconocer al momento de crear las conductas consideradas como punibles y sus respectivas sanciones y menos aún al momento de su aplicabilidad durante la dinámica de los estrados judiciales, tales como igualdad, proporcionalidad, humanización, legalidad, entre otras.

Las restricciones impuestas al derecho a castigar no solo irradian lo formal sino que trascienden a los requisitos materiales o de contenido de la norma, imponen que esta nazca a la vida jurídica siempre y cuando sirva para salvaguardar a las sociedades, para permitir la coexistencia idónea entre sus diversos miembros, es decir se requiere que sea necesaria. Y esta necesidad de que

el Estado se arrogue el derecho de sancionar penalmente un comportamiento va entrelazado con otros principios, como es, que el acontecer fáctico señalado como delictual tenga el carácter de muy grave y no exista otro instrumento menos agresivo y dañino para obtener dicha finalidad.

Así las cosas, se tiene la obligación de dar estricto cumplimiento a los principios de **necesidad**, **fragmentariedad**, **subsidiariedad** y por supuesto de *ultima ratio*, emblema del uso racional de la facultad sancionatoria del Estado.

Precisamente el respeto y concreción de estos principios que caracterizan al Estado Social los que no fueron tenidos en cuenta al momento de tipificar el delito de Peculado Culposos (art. 400 C.P.), pues se crea un tipo penal cuyo resultado lesivo para el bien jurídico protegido es reflejo de la negligencia, descuido o desidia de un funcionario respecto a los bienes del Estado mas no de la intención o el querer de su ejecutor; comportamiento cuyos resultados no trae consigo conflictos sociales de gran envergadura, tampoco tiene incidencia en las libertades humanas y menos aún causa reacciones violentas de parte de otros asociados que obliguen a la intervención de la sanción penal para evitar su ocurrencia y las consecuencias nocivas para la comunidad.

Si bien es indiscutible la importancia, necesidad de protección y custodia a través de la legislación penal del bien jurídico de la administración pública para el buen desarrollo del Estado, no lo es el contenido mismo del injusto penal de peculado culposos donde se sanciona el actuar no deseado, no querido del servidor público que trae como resultado un efecto patrimonial y/o funcional respecto a los bienes a su cargo.

No es plausible ni coherente que en un Estado que se proclama como Social de Derecho se rotule como conducta punible un actuar negligente bajo la justificación del perjuicio patrimonial y/o funcional causado, asimilando a un resultado intolerable cuando la esencia misma del comportamiento es ajeno a toda intención, representativo sí de un actuar carente del cuidado, deber y ética que se le reclama a quien ostenta la calidad de empleado público y por ende no justificable de ser enfrentado a través de la sanción criminal que puede imponer el Estado.

Las consecuencia de este actuar no doloso, sin importar la cuantía de la misma, no encierra en sí misma esa extrema gravedad que se exige para justificar el uso del arma más poderosa y violenta que tiene el Estado sobre los miembros del conglomerado social: *ius puniendi*; aceptar esta como la razón para la existencia del delito sería ir en contravía de derechos fundamentales explícitamente recogidos en el artículo 28 de la Carta Política, como es la prohibición de penas de prisión y/o arresto como consecuencia de deudas, porque en eso se convertiría las consecuencias generadas por el actuar no querido respecto a los bienes cuyo cuidado, custodia y administración le fueron asignados en razón de su cargo, en una deuda del servidor respecto al Estado.

Caso contrario en los peculados dolosos en donde el servidor público dirige su conducta de forma inequívoca con miras a producir un daño, una afectación a la administración pública, abusando de su investidura con el fin de obtener un beneficio propio y/o ajeno, en menoscabo de los valores constitucionales de la administración pública (igualdad, transparencia, eficiencia, etc.), situación que por su intención y finalidad ha de ser objeto de reproche penal.

Ahora bien, en caso de que dentro de la libertad de valoración del concepto de daño extremo o intolerable al bien jurídico haya quienes avalen la configuración del peculado culposo como

punible por las solas consecuencias patrimoniales y/o funcionales que pueda generar el extravío, pérdida o daño de los bienes del Estado, tampoco es defendible constitucionalmente hacer uso del instrumento extremo de lo penal por cuanto existen en nuestra legislación otros medios coercitivos y reparadores del descuido, negligencia y/o decidia del responsable.

La inviabilidad de considerar tal conducta como punible no solo se soporta en el desconocimiento abrupto del principio de fragmentariedad sino también respecto a la vulneración del principio de subsidiariedad, puesto que sus efectos dañinos son igualmente objeto de sanción y reparación a través de otros mecanismos del Estado cuya naturaleza es menos agresiva para la recuperación y beneficio de la administración pública.

El principal de estos mecanismos a tenerse en cuenta es el derecho disciplinario, conjunto normativo que trae actualmente dentro de las faltas consideradas como gravísimas la misma conducta descrita en el artículo 400, del código penal colombiano, sancionada fuertemente a través de la destitución e inhabilidad general o en el mejor de los casos la suspensión del ejercicio del cargo e inhabilidad especial. Consecuencias del actuar culposos que para cualquier servidor público son de gran impacto y afectación, y respecto a los potenciales infractores tiene carácter preventivo a fin de que se tomen todas las medidas y correctivos necesarios en procura de evitar ser agente de una falta de tal índole.

Pero este como se ha indicado no es el único medio alternativo al penal para prevenir y sancionar los daños ocasionados por el peculado culposos para la administración pública, el Estado cuenta con otras acciones como la fiscal, que igualmente salvaguarda, custodia y repara los bienes del Estado que puedan verse extraviados, perdidos o dañados por el actuar culposos del servidor público.

De ahí que la atención del legislador debe estar centrada en verificar si estos instrumentos de sanción, especialmente el disciplinario, tiene establecida la calidad y cantidad de sanción que corresponde razonablemente al daño ocasionado por el servidor público con su actuar culposo, así como la procedencia, coexistencia y proporción de esta sanción con otras acciones de carácter fiscal en procura de evitar su ejecución y reparar el daño causado, y no seguir utilizando el tipo penal como mecanismo de defensa y salvaguarda de la conducta negligente y omisiva, burlando y traspasando límites constitucionales como es el de la *ultima ratio*.

Pese a lo evidente de esta vulneración constitucional el legislador colombiano ha descrito la conducta en estudio como punible desde las primeras legislaciones penales que han estado vigentes en el trasegar normativo colombiano, presentándose en cada uno de dichos regímenes algunas peculiaridades no solo en cuanto a su denominación, descripción de la conducta sino también respecto a las consecuencias aplicadas en cada una de sus vigencias.

Hasta antes de la reforma realizada a través del Decreto 100 de 1980, los elementos del tipo y su sanción penal permanecieron sin mayor cambio, allí el resultado de la conducta culposa era básicamente la de extraviar, perder caudales o efectos de la hacienda nacional, dar origen al fraude a la renta de su cargo o arruinar o determinar los edificios u otros bienes públicos que estaban bajo su cuidado y su sanción penal consistía básicamente en ser privados de sus empleos y en su obligación de pagar los caudales o efectos perdidos o extraviados; eran básicamente de orden laboral y patrimonial.

Desafortunadamente con el decreto 100 de 1980 modificado por la Ley 190 de 1995, no solo se amplían los elementos del tipo sino que se agrava la sanción a imponer, transformándola a una

modalidad de privación de la libertad como es el arresto, imponiendo multa y una pena accesoria: la interdicción de los derechos y funciones públicas.

Posterior a que Colombia se declara a través de la Constitución Política de 1991, Estado Social y Democrático de Derecho, y manifiesta con ello la búsqueda de fines esenciales como el fortalecimiento de la unidad nacional, asegurar la vida, la justicia, la igualdad, la libertad, la dignidad humana, etc., se vuelve a dar una gran reforma a la legislación penal colombiana, la ley 599 de 2000, en la que el actuar del legislador alejado de los principios establecidos al *ius puniendi* se hace aún más gravoso e indignante con la permanencia y modificación del peculado culposo¹²; se pasa de una consecuencia de arresto a prisión y se aumenta el quantum punitivo en la “tercera parte, en el mínimo y en la mitad en el máximo”, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley 890 de 2004, art. 14.

Así, las barreras que debían ser infranqueables en el uso del poder punitivo del Estado han sido en este caso cada vez más sobrepasadas, especialmente en la calidad y cantidad de la pena, imponiendo una sanción que presuntamente debería ser asignada para conductas que generan mayor afectación, mayor gravedad para la existencia y permanencia armónica del conglomerado social, esto es la prisión.

¹² Art. 400. El servidor público que respecto de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en *prisión da uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado.*

Así, una de las primeras fronteras vulneradas con esta codificación corresponde a las establecidas en razón a su calidad de Estado social, esto es se desconoce el principio fragmentario y subsidiario

Ahora bien, no solo se desconocen estos límites forzosos en la materialización del *ius puniendi* del Estado, sino que también con las penas impuestas para la conducta punible de peculado culposo, se transgrede el de la dignidad humana, la humanización y la proporcionalidad, al imponer como ya se advirtió, a esta conducta, la sanción más grave que existe en el ordenamiento, privación de la libertad que vulnera uno de los bienes más sagrados de cualquier ser humano, su libertad.

Para el órgano legislativo no le fue suficiente encuadrar esta conducta como punible sino que fue agravando sus consecuencias al pasar de una sanción de carácter laboral y patrimonial a una vulnerante de la dignidad humana, desproporcionada ante la naturaleza del actuar delictivo y de las consecuencias causadas.

El claro desconocimiento y afrenta que se hace a principios fundantes de un derecho penal justo y legítimo, con consecuencias tan agresivas y deshumanizantes para el infractor, como el tener que soportar un proceso penal y sus consecuencias, el de ser condenado a una pena de prisión, la cual por su sola denominación ya genera un efecto negativo en cuanto a su nombre y reconocimiento dentro del contexto socio familiar al que pertenezca, hace que la tipificación del artículo 400 del código penal sea claramente una configuración delictiva contraria a la dignidad humana y orden justo que se pregonan de Estados constitucionales.

Se concluye entonces la necesidad y urgencia de despenalizar el delito de peculado culposos, contrario a las bases legítimas de un Estado Social y Democrático de Derecho, como se ha reiterado en múltiples párrafos, realidad que hace que su existencia sea legal y vigente pero ilegítima e inválida como dirían los principales exponentes del garantismo.

El despenalizar la conducta no pone en situación de abandono o riesgo a la administración pública ante conductas de carácter culposos con detrimento patrimonial para los bienes del Estado, sino que por el contrario el Estado podrá utilizar para su sanción otros mecanismos menos vulnerantes y agresivos pero más justos, que permiten proteger la administración pública haciendo recaer en cabeza del actor de la desidia, negligencia u omisión culposa, la sanción por su responsabilidad en el resultado negativo causado.

De esta forma se protegen tanto los principios que rigen la administración pública como son la transparencia, eficacia, economía, celeridad, entre otros, y se mantienen a salvo los pilares del Estado Colombiano como Estado social y democrático de derecho, permitiendo que la facultad punitiva que ostenta sea justa y válida y no contribuya por el contrario a que este sea símbolo de excesos, abusos, arbitrariedades y expansiones que solo buscan utilizar el derecho a castigar como medio de tranquilizar a los asociados ante problemas que las autoridades no han sabido enfrentar.

Así las cosas, es perentorio concluir que la existencia típica de esta conducta, violenta de forma escabrosa múltiples principios como la dignidad humana, proporcionalidad, necesidad, fragmentariedad y subsidiariedad, desechando el principio de la *última ratio*.

Una vez demostrado que el delito de peculado culposo arrasa ampliamente con los límites del poder punitivo exigidos para este modelo de Estado, es indispensable la despenalización de dicha conducta dentro de la legislación colombiana por ser contrario a sus principios y por ende carente de justificación.

Acorde con esta despenalización, como se indicó en párrafos anteriores, habrá de analizarse si la calidad y cantidad de las sanciones establecidas en el derecho disciplinario son suficientes y proporcionadas ante los daños causados a la administración, de tal forma que esta sea reparada y debidamente protegida a través de este otro instrumento sancionador que posee el Estado.

Desafortunadamente como este tipo penal existen otros muchos que hacen parte de ese expansivo código penal colombiano y que desconocen los límites establecidos para materializar el poder punitivo, razón que hace perentorio el estudio detallado de muchas de las configuraciones delictivas existentes actualmente en el amplio y extenso código penal respecto al acatamiento de cada uno de los límites o fronteras que el bloque de constitucionalidad impone para la permanencia y creación de nuevos tipos penales. Deben ser estos límites los que han de servir de filtro permanente respecto a cada una de las conductas delictivas que conforman el arsenal punitivo que contiene la ley 599 de 2000, a fin de verificar y explicar razonablemente su justificación material y salvaguardia a través del derecho penal.

Pero la obligación de verificación no solo se da respecto a los delitos ya existentes sino que también es imperativa constitucionalmente respecto a la creación de injustos penales. Así, establecer, no si la configuración de la conducta como delito les genera ganancias políticas, electorales o de popularidad, sino que cumplan todos y cada uno de los límites impuestos por el

bloque de constitucionalidad, es de estricto cumplimiento para los servidores del Estado que tienen a su cargo tan trascendental función.

Por último, solo resta reiterar que solo el acatamiento no solo formal sino material de dichas fronteras permite justificar que exista y se aplique el *ius puniendi*, como poder único y exclusivo de los Estados a través del ejercicio de las diferentes ramas u órganos (ejecutiva, legislativa y judicial) que tienen injerencia no solo en la creación sino en la ejecución de dicho poder sancionador.

Solo si se exige el cumplimiento y acogimiento de los lindes establecidos para el uso legítimo de la potestad punitiva del Estado colombiano se podrá alcanzar los fines que justifican la existencia y uso del derecho penal: “minimizar la violencia punitiva y (...) maximizar la tutela de los derechos de todos los ciudadanos, tanto de los desviados como de los no desviados” (Ferrajoli, 2013, p. 146).

Bibliografía

- ALEXY, Robert. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales*. (2da edición). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pág. 601.
- ARBOLEDA VALLEJO, Mario & RUIZ SALAZAR, José Armando. (2002). *Manual de derecho penal. Partes general y especial*. (3ª edición). Bogotá: Leyer. Pág. 1182.
- FERRAJOLI, Luigi, ATIENZA, Manuel, BULYGIN, Eugenio, FERRAJOLI, Luigi & otros. (2011). *Derecho y Democracia Constitucional, Una Discusión sobre Principia Iuris de Luigi Ferrajoli*. (1ª. Edición). Perú: ARA Editores E.I.R.L. Pág. 421.
- AYALA CALDAS, Jorge Enrique.(2006). *La responsabilidad de los servidores públicos*. Bogotá: Doctrina y Ley, Pág.876.
- BARBOSA CASTILLO, Gerardo & GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (1998). *Bien Jurídico y Derechos Fundamentales. Sobre un concepto de bien jurídico para Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Pág. 171.
- BASILICO, Ricardo Ángel, FERRAJOLI, Luigi, TORRES, Sergio Gabriel & ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2013). *La emergencia del miedo*. (1ra. Reimpresión). Buenos Aires, Argentina: EDIAR, Pág. 243.
- BAYOLA BASOMBRÍO, Manuel Alberto. (2008). *Malversación de caudales públicos*. Buenos Aires, Argentina: Astrea. Pág. 176
- BERNAL CUELLAR, Jaime & MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo. (2004). *El Proceso Penal. Fundamentos constitucionales del nuevo sistema acusatorio*. Tomo I. (5ª edición). Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Pág. 424.

- BULLA ROMERO, Jairo Enrique. (2014). *Manual de Derecho Disciplinario*. (4ª edición). Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. Pág. 629
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. (1994). *Introducción al derecho penal*. Bogotá: Temis. Pág. 239.
- CANCINO MORENO, Antonio. (1983). *El Peculado*. Temis: Bogotá. Pág. 161.
- CEREZO MIR, José. (2006). *Obras Completas. Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Lima, Perú: ARA. Pág. 1206.
- DAZA GONZALEZ, Alfonso. (2011). *La Discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal en el Estado social y democrático de derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. (2005). *Derecho Penal Fundamental 1*. (3ª edición) Bogotá, Colombia: Gustavo Ibáñez. Pág. 703.
- FERRAJOLI, Luigi. (2009). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. (9ª edición). Madrid, España: Trotta. Pág. 1019.
- FERRAJOLI, Luigi. (2013). *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Tomo I. Buenos Aires, Argentina: hammuraBi/José Luis Depalma, Pág. 549.
- FERRE OLIVÉ, Juan Carlos; NUÑEZ PAZ, Miguel Ángel & RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. (2011). *Derecho Penal Colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*. (Reimpresión). Bogotá, Colombia: Ibáñez. Pág. 817.
- FERREIRA DELGADO, Francisco José. (1995). *Delitos contra la administración pública*. (3ª edición). Santafé de Bogotá, Colombia: Temis. Pág. 305.

FORERO SALGADO, José Rory, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, MAYA VILLAZÓN, Edgardo José & otros. (2012). *Colección Jurídica Disciplinaria (Obra colectiva)*. Volumen I. Bogotá, Colombia: Nueva Jurídica. Pág. 359.

GARZÓN ROA, Tomás. (2004). *Culpabilidad y necesidad de la pena. Colección de Pensamiento Jurídico No 13*. Bogotá, Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pág. 97.

GÓMEZ MENDEZ, Alfonso & GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. (2004). *Delitos contra la Administración Pública*. (2ª edición). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, Pág. 651.

GONZALEZ CUSSAC, José Luis & ORTS BERENGUER, Enrique. (2004). *Compendio de Derecho Penal. Parte General y Parte Especial*. Valencia, España: BTirant lo Blanch. Pág. 875.

HIGUITA RIVERA, Lina María. (2001). *La responsabilidad penal del servidor público*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica DIKÈ. Pág. 456.

IÑAKI RIVERA, Beiras. (2005). *Política Criminal y Sistema Penal. Viejas y nuevas racionalidades punitivas*. Barcelona, España: ANTRHOPOS. Pág. 494.

LUZAN PEÑA, Diego Manuel. (2010). *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir*. (1ª edición). España: La Ley. Pág. 1064

MARTINEZ LÓPEZ, Antonio José. (2002). *Régimen penal de la función pública*. (2ª edición). Bogotá, Colombia: Librería del Profesional. Pág. 358.

MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario. (2005). *Delitos contra la administración Pública*. (4ª Edición). Bogotá, Colombia: Leyer, Pág. 632.

MIR PUIG, Santiago. (2014) *Derecho Penal. Parte General*. (8ª edición) Barcelona, España: Reppertor. Pág. 788.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2012). *Derecho Penal. Parte Especial*. (19ª edición). Valencia, España: Tirant Lo Blanch libros, Pág. 1094.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (1995). *Derecho Penal. Parte Especial*. (10ª edición). Valencia, España: Tirant Lo Blanch libros. Pag. 902
- MUÑOZ CONDE, Francisco. (2003). *Introducción al Derecho Penal*. (2ª edición). Montevideo – Buenos Aires, Argentina: IB de F, Pág. 298.
- PEÑA OSSA, Earleans de Jesús. (2005). *Delitos contra la administración pública*. (2ª edición). Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Pág. 335.
- PÉREZ, Luis Carlos. (1978). *Tratado de derecho penal*. Tomo III. Bogotá, Colombia: Temis. Pág. 194.
- RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea. (2007). *El delito contra la seguridad y la salud en el trabajo: Análisis dogmático de los artículos 316 y 317 del Código Penal*. Madrid, España: Iusbel. Pág. 551.
- REYES ECHANDÌA, Alfonso. (1987). *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Pág. 472.
- ROXIN, Claus. (1997). *Derecho Penal. Parte General: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tomo I (2ª edición). Madrid, España: Civitas. Pág. 1071.
- ROXIN, Claus, SCHUNEMAMM, Bernd, HASSEMER, Winfried, VON HIRSCH, Andrew & FRISCH, Wolfgang. (2007). *La teoría del bien jurídico. Fundamentos de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid, España: Marcial Pons. Pág. 478
- SERRANO PIEDECASAS - FERNANDEZ, José Ramón. (2005). *Conocimiento científico y fundamentos del derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Gustavo Ibáñez - Universidad Santo Tomás. Pág. 244.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. (3ra edición) Buenos Aires, Argentina: IB de f y EDISOFER s.I. Pág. 306.

SCHUNEMANN, Bernd. (2007). *Aspectos Puntuales De La Dogmática Jurídico Penal*. Bogotá, Colombia: Ibáñez. Pág. 369.

SOTOMAYOR ACOSTA, Juan Oberto (Coordinador). (2006). *Garantismo y Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis. Pág. 222.

SOTOMAYOR URIBE, Oscar Augusto. (2013). *Contratación Estatal*. (1ª edición). Bogotá, Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 470.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2009). *Derecho Penal. Parte General*. (4ª edición). Bogotá, Colombia: COMLIBROS, Pág. 1316.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. (2002). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Bogotá, Colombia: Temis. Pág. 635.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: EDIAR – TEMIS. Pág. 771

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL. *Sentencia T-418 de junio 18 de 1992*. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

_____. *Sentencia T-426 de junio 24 de 1992*. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. *Sentencia C-479, agosto 06 de 1992.* M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

_____. *Sentencia C-027, febrero 05 de 1993.* M.P. Simón Rodríguez

_____. *Sentencia T-240 de junio 23 de 1993.* M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. *Sentencia. C-70, feb 22 de 1996.* M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

_____. *Sentencia C-1064, octubre 10 de 2001.* M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. *Sentencia C-420, mayo 18 de 2002.* M.P. Jaime Córdoba Triviño.

_____. *Sentencia C-489, junio 22 de 2002.* M.P. Rodrigo Escobar Gil.

_____. *Sentencia C-939, octubre 31 de 2002.* M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. *Sentencia C-067, febrero 04 de 2003.* M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

_____. *Sentencia T-227, marzo 17 de 2003.* M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

_____. *Sentencia C- 252 de 2003.* M.P. Jaime Córdoba Triviño

_____. *Sentencia C-355 mayo 10 de 2006.* M.P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández

_____. *Sentencia T - 161 del 2009.* M.P. Mauricio González Cuervo.

_____. *Sentencia C- 242 de 2010.* M.P. Mauricio González Cuervo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. *Sentencia enero 24 de 1996.* M.P. Dídimo Páez Velandia.

_____. Sala Penal. *Sentencia septiembre 16 de 1997*. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

_____. Sala Penal. *Sentencia mayo 19 de 1999*. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego.

_____. Sala Penal. *Sentencia febrero 25 de 2003*. M.P. Álvaro Pérez Pinzón.

_____. Sala Penal. *Sentencia marzo 21 de 2007*. M.P. Álvaro Orlando Pérez Rincón.

_____. Sala Penal. *Sentencia marzo 10 del 2010*. M.P. Sígifredo Espinosa Pérez.