

CORRUPCIÓN Y CAPTURA DEL ESTADO: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE TOMAN PARTE EN EL CRIMEN ORGANIZADO*

*Dubán Rincón Angarita***

Fecha de recepción: 13 de agosto de 2017

Fecha de evaluación: 19 de febrero de 2018

Fecha de aprobación: 3 de abril de 2018

Artículo de reflexión

DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2984>

Forma de citación: Rincón, Angarita, D. (2018). Corrupción y captura del Estado: la responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte en el crimen organizado. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(42), 57-71, DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2984>

RESUMEN

Una de las características inherentes al crimen organizado es un mayor o menor grado de captura del Estado por corrupción. Puede suceder además que los servidores públicos sean miembros activos de las agrupaciones delictivas. En ambas tipologías de participación de servidores públicos en las actividades del crimen organizado cabe preguntarse sobre el siguiente problema: ¿cuáles son las posibilidades de responsabilidad penal que contempla el ordenamiento jurídico colombiano para los servidores públicos que toman parte en las actividades del crimen organizado a través de un estudio cualitativo y correlacional? Así, el principal hallazgo de la investigación es que las posibilidades de responsabilidad pueden agruparse en tres universos de casos: a) dependientes de la calidad de servidor público del agente; b) independientes de esa cualificación, y c) el evento especial del delito de concierto para delinquir, que es transversal a las dos esferas de casos.

Palabras clave:

Captura del Estado; concierto para delinquir; corrupción; crimen organizado; delitos contra la administración pública; responsabilidad penal.

* Artículo resultado del proyecto de investigación "Crimen organizado y conflicto armado en Colombia: aproximación a una comprensión jurídica", realizado en el marco de las actividades del grupo de investigación Derecho, Estado y Ciudadanía, de la Universidad La Gran Colombia.

** Abogado de la Universidad Industrial de Santander, graduado con la distinción *Cum Laude*. Magíster en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigador de la Universidad La Gran Colombia. Correo electrónico: rinconangduban@miugca.edu.co

**STATE CORRUPTION AND CAPTURE:
THE CRIMINAL RESPONSIBILITY OF PUBLIC SERVANTS
WHO TAKE PART IN ORGANIZED CRIME**

ABSTRACT

One characteristic inherent in organized crime is a greater or lesser degree of state capture due to corruption. It may also occur that public servants are active members of criminal groups. In both types of public servants' involvement in organized crime activities, it is necessary to ask about the forms of criminal responsibility that may be incurred under the Colombian legal system by public servants who take part in organized crime activities. Thus, the main finding of this qualitative correlational study is that possible responsibilities can be grouped into three universes of cases: a) those dependent on the agent's capacity as public servant; b) those independent of such capacity; and c) the special case of conspiracy, which is cross-sectional to the two former groups.

Keywords

Conspiracy; corruption; crimes against public administration; criminal responsibility; organized crime; state capture.

**CORRUPÇÃO E CAPTURA DO ESTADO:
A RESPONSABILIDADE PENAL DOS SERVIDORES PÚBLICOS
QUE PARTICIPAM NO CRIME ORGANIZADO**

RESUMO

Uma das características inerentes ao crime organizado é um maior ou menor grau de captura do Estado por corrupção. Também pode acontecer que os servidores públicos sejam membros ativos de grupos criminosos. Em ambos os tipos de participação dos servidores públicos nas atividades de crime organizado, vale a pena se perguntar sobre o seguinte problema: Quais são as possibilidades de responsabilidade penal contempladas pelo sistema jurídico colombiano para os funcionários públicos que participam das atividades de crime organizado através de um estudo qualitativo e correlacional? Assim, a conclusão principal da pesquisa é que as possibilidades de responsabilidade podem ser agrupadas em três universos de casos: a) dependente da qualidade do servidor público do agente; b) independente dessa qualificação, e c) o evento especial do crime de acordo para delinquir, que é transversal às duas esferas de casos.

Palavras-chave:

Crime organizado; responsabilidade criminal; captura do Estado; corrupção; crimes contra a Administração Pública; acordo para delinquir.

Introducción

Las estructuras del Estado y el crimen organizado son sistemas que coevolucionan constantemente. Se relacionan en estrecho vínculo, pues el aparato estatal determina los comportamientos más lesivos contra el valor de la convivencia humana armónica. Así, se realiza una labor de selección y correspondiente interdicción de ciertas conductas. Pero, a partir del momento de su proscripción, surgen individuos y organizaciones dispuestos a aprovechar los mercados criminales que se abren con la prohibición (Chabat, 2005; Sotomayor Acosta, 2010).

Esta gama de relaciones entre la criminalidad y la organización estatal conduce a que, en la práctica, tengan lugar dos fenómenos reprochables: (i) que las organizaciones criminales capturen al Estado mediante la corrupción —en mayor o menor grado—, asunto que depende de las finalidades del grupo y de su capacidad de penetración de las estructuras estatales; (ii) que los propios servidores públicos hagan parte de las organizaciones delictivas como miembros activos (Coalición de Derechos Humanos Contra las Estructuras Clandestinas, 2004).

Ambas situaciones descansan sobre un mismo desvalor de acción: la subversión del principio de prevalencia del interés general como derrotero de la actividad del Estado. En las dos hipótesis objeto de estudio, el funcionario público contribuye al interés de las organizaciones criminales, así como al suyo propio. Esta situación ha sido analizada con profusión por parte de la doctrina especializada. Se tiene establecido, al efecto, que “[e]n determinados casos, las fuerzas de seguridad del Estado encargadas de combatir a la delincuencia han proporcionado a las facciones criminales armas, personal, redes, territorios e inmunidad” (Garzón Vergara, 2012, p. 4).

Esta perturbación en el desarrollo ideal del Estado tiene, por supuesto, una finalidad clara: dificultar en la medida de lo posible la eliminación de las organizaciones criminales, y, a

un mismo turno, permitir las operaciones delictivas. Estos objetivos se facilitan sin la molesta carga que representa la persecución de las autoridades. Se ha señalado, al respecto, que “[u]n aumento en el control del Estado también disminuye la probabilidad de captura. Cuando se controla al Estado las autoridades tienden a no aplicar la ley, o la aplican de modo menos severo” (De León Beltrán et al., 2012, p. 142).

Este fenómeno se conoce como captura del Estado por corrupción, y puede alcanzar la actividad de cada una de las ramas del poder público (Garzón, 2008, p. 35-36). A la postre, la actividad de los grupos criminales consiste en “aprovechar y profundizar las vulnerabilidades de los Estados de América Latina, reproduciendo las relaciones de clientelismo, extendiendo las redes de corrupción y reduciendo la dimensión pública del Estado” (Garzón Vergara, 2012, p. 4). Esta perturbación en la actividad del Estado incide, indudablemente, en la percepción de impotencia del Estado para hacer frente al crimen, cuando no de la complacencia de las autoridades y su permisividad en la escalada delictiva (Briscoe, 2007).

Sobre la gravedad de esta suerte de corrosión de las estructuras estatales se ha opinado que

[a] nivel institucional, la pervivencia de estas redes criminales se considera como un riesgo para la institucionalidad existente en tanto su poder económico y social tiene la capacidad no solo de corromper funcionarios públicos y contaminar (inhibir o incidir) en diferentes procesos democráticos, sino de afectar la forma como los ciudadanos y las comunidades se relacionan con esa institucionalidad (perpetuación de culturas y contextos de ilegalidad), y contribuir a la desinstitucionalización y reversar el terreno ganado por los Estados en diferentes frentes de acción (política social, administración de justicia, construcción de tejido social, gobernabilidad local, etc.). (Prieto, 2012, p. 198)

De otro lado, a las amenazas derivadas de la captura del Estado por corrupción debe sumarse la posibilidad de que los servidores públicos hagan parte de las agrupaciones de criminalidad organizada, en calidad de miembros activos. Esta hipótesis se diferencia de la referida captura por corrupción, pues aquí el funcionario participa directamente en las actividades criminales. Por el contrario, en los eventos de corrupción, el funcionario no es miembro activo del grupo de criminalidad organizada. Pese a las diferencias sustanciales en ambas hipótesis, tienen en común la colaboración de servidores públicos en las actividades de las agrupaciones delincuenciales.

Frente a estas dos hipótesis de participación de los funcionarios en las actividades criminales, cabe indagar sobre las formas de responsabilidad penal que se derivan por su comisión. De esta manera, el problema de investigación se plantea a partir del siguiente interrogante: ¿cuáles son las posibilidades de responsabilidad penal que contempla el ordenamiento jurídico colombiano para los servidores públicos que tomen parte en las actividades del crimen organizado? Por tanto, el objetivo general es establecer las posibilidades de responsabilidad penal que contempla el ordenamiento jurídico colombiano para los servidores públicos que tomen parte en las actividades del crimen organizado.

Así planteada la problemática, el principal hallazgo de la investigación consiste en plantear tres universos de casos para delimitar la intervención de los funcionarios en las actividades criminales, así: (i) formas de responsabilidad penal dependientes de la calidad de servidor público del sujeto activo; (ii) formas de responsabilidad penal independientes de la calidad de servidor público del sujeto activo; (iii) el delito de concierto para delinquir como posibilidad transversal a los dos tipos anteriores de casos.

Para ello, se diseña el siguiente plan de trabajo: en primer término, una aproximación a la definición de crimen organizado. A renglón

seguido, un intento de esclarecer la noción de captura del Estado por corrupción. Posteriormente, se discurre en torno a las tres esferas de casos planteadas sobre las formas de responsabilidad penal de los servidores.

Metodológicamente, se trata de una investigación cualitativa, con alcance correlacional entre dos fenómenos: de una parte, las formas de responsabilidad penal previstas en la Parte General del Código Penal, y ciertos delitos de la Parte Especial, sobre todo los Delitos contra la Administración Pública y el Concierto para delinquir. Por otra parte, el fenómeno de participación de los servidores públicos en las actividades del crimen organizado. Respecto de las fuentes, se emplearán fuentes primarias (normas jurídicas) y secundarias (libros y artículos de investigación) sobre la materia.

A. Presentación de resultados y discusión

I. Aproximación a la noción de crimen organizado a partir de la captura del Estado por corrupción

El fenómeno del crimen organizado se ha estudiado desde las más diversas perspectivas. Su definición misma ha ocupado a una multitud de autores, sin que pueda encontrarse consenso en la conceptualización. Los grupos criminales muestran complejas particularidades dependientes de los marcos temporales, geográficos y culturales en los que su actividad tiene lugar, aspectos que dificultan aún más su definición.

Con todo, existen algunos aspectos que la gran mayoría de definiciones tienen en cuenta a la hora de enfrentar la conceptualización de la actividad criminal organizada. Estos son, principalmente, el afán de lucro como aspecto central de la actividad (Lupsha, 1981), una organización estructural y su permanencia en el tiempo (Albanese, 2000), la explotación de mercados ilícitos (Anderson, 2015), y una cierta corrupción de las autoridades del Estado

(Coalición de Derechos Humanos Contra las Estructuras Clandestinas, 2004).

Así, aunque existe multiplicidad de definiciones para el crimen organizado, las fuentes sobre el particular son recurrentes al afirmar como elemento determinante de esta manifestación criminal un cierto grado de relación corrupta con las autoridades del Estado. Por ejemplo, para Gabriel Kessler (2014), el crimen organizado se define a partir de la “previsión de lucro, división del trabajo con una práctica continua y organizada jerárquicamente, uso de violencia y amenaza, algún grado de inmunidad política y complicidad con agentes públicos” (p. 44).

A su turno, Jorge Chabat (2005) expone que el crimen organizado se perfila desde la ausencia de ideología y de aspiraciones políticas; en tanto, la meta esencial de la criminalidad organizada es el ánimo de lucro, a través de la existencia frecuente de reglas explícitas y códigos de secreto, la membresía limitada y la penetración del Estado en distintos niveles (p. 14).

De acuerdo con otras fuentes,

[p]ara llevar a cabo el negocio se cometen múltiples actos ilegales instrumentales y necesarios para el desarrollo de la empresa criminal cuya finalidad es proteger y asegurar la viabilidad de la organización y del negocio interna o externamente. Así, la violencia ejercida hacia el interior y el exterior de la organización, la corrupción de autoridades públicas a pequeña o gran escala, y el blanqueo de capitales serán actividades asociadas a las conductas principales tendientes a reducir el riesgo de detección y a asegurar la viabilidad y proyección del grupo criminal. (Giménez-Salinas Framis, Requena Espada y De la Corte Ibáñez, 2011, p. 3)

Así las cosas, “[e]l trípode en el que se sostienen las organizaciones delictivas es la violencia, la corrupción y la obstrucción a la justicia” (Coalición de Derechos Humanos contra las

Estructuras Clandestinas, 2004, p. 32). No es inútil señalar que la actividad de las organizaciones criminales tiende a la racionalidad, y sus miembros deben siempre asumir el riesgo de ser capturados. En este sentido, el enfrentamiento directo a las fuerzas del Estado suele terminar con la eliminación de la organización (Chabat, 2005). Por esta razón, es mucho más sutil y razonable intentar la corrupción de aquellos funcionarios relacionados de alguna forma con la persecución de la actividad delictiva. Por ello, se afirma que “[e]l crimen organizado corroe el Estado y las fuerzas policiales por medio de la corrupción y la complicidad parasitaria y simbiótica” (Briscoe, 2007, p. 4).

Hasta este momento, se ha intentado una aproximación a la definición de crimen organizado, a partir de una de sus características fundantes: un cierto grado de captura del Estado por corrupción. Con esto no quiere darse a entender, en modo alguno, que se pretenda agotar el amplísimo debate doctrinario en torno al crimen organizado. Lo que se quiere indicar es una toma de postura, al considerar que uno de los aspectos esenciales del crimen organizado, que facilita el cumplimiento de las finalidades de las organizaciones delictivas, es la corrupción de las autoridades del Estado. A continuación, la presente investigación profundiza en este concepto.

II. Lineamientos generales de la captura del Estado por corrupción

La captura del Estado por corrupción es un fenómeno complejo, que en la práctica deberá analizarse caso por caso, pues depende de contextos diversos: sociológicos, políticos, económicos y, por supuesto, jurídicos.

A este respecto, es también de utilidad el análisis de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, o Convención de Palermo (Organización de las Naciones Unidas, 2000). Se trata de uno de los instrumentos internacio-

nales que tiene en cuenta como nota dominante de la criminalidad organizada un cierto grado de captura del Estado por corrupción. Es por ello que dedica parte de su normativa a establecer el deber de los Estados para tipificar como conductas punibles, de acuerdo con su artículo 8:

—La promesa, el ofrecimiento o la entrega a un funcionario público de una utilidad o beneficio, para sí o para otra persona, para que actúe o se abstenga de actuar en cumplimiento de sus deberes funcionales.

—La solicitud o aceptación por parte del funcionario público de alguna dádiva o utilidad ilícita para actuar o abstenerse de actuar en cumplimiento de sus deberes funcionales.

Además de ello, el artículo 9 de la Convención determina que los Estados deben adoptar medidas eficaces en orden a prevenir, detectar y sancionar la corrupción de los funcionarios públicos.

Si se atiende a la multiplicidad de manifestaciones corruptas, que van desde el ofrecimiento de una dádiva a un funcionario para que omita un acto propio de sus funciones, hasta la penetración de las estructuras legislativas del Estado para que se emitan normas favorables a sus intereses, puede comprenderse cómo doctrinariamente se han analizado diversos niveles en las posibilidades de corrupción. Materialmente, estos criterios deberán aplicarse con dependencia del contexto geográfico, histórico y cultural de las organizaciones de crimen organizado, y constituyen criterios orientadores sobre las posibilidades de penetración del Estado con los que cuenta el crimen organizado. Así, los niveles de esta captura del Estado son los siguientes:

—**Primer nivel:** se trata de corrupción incidental, que consiste en la entrega a un funcionario de una dádiva a cambio de la obtención de algún tipo de beneficio, derivado de las funciones del cargo (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 47).

En estos casos, la participación del servidor en las actividades del crimen organizado es meramente eventual. Por ejemplo, el ofrecimiento de una dádiva al funcionario de aduanas, para que haga la vista gorda respecto de la entrada al país de mercancía de contrabando, o el ofrecimiento de una dádiva a un oficial de la Policía para evitar la incautación de un arma de fuego, entre muchas otras posibilidades.

—**Segundo nivel:** en los casos pertenecientes a este nivel, los actos de corrupción frente al funcionario dejan de ser eventuales, para volverse continuos y periódicos, y puede entonces decirse que “el agente público ya se encuentra en la nómina del grupo delictivo” (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 48). Esto les permite permanecer informados sobre posibles actividades de persecución del Estado.

Como ejemplo de este tipo de actos se puede mencionar el pago de dádivas a investigadores de la Fiscalía General para que aquellos informen a los miembros del grupo organizado sobre las investigaciones en curso, o la incidencia para que se tomen ciertas determinaciones judiciales en los procesos sometidos a cargo de un funcionario, siempre con la característica de dádivas periódicas y no meramente eventuales (Briscoe, 2007).

—**Tercer nivel:** se trata de una infiltración parcial de las agencias del Estado, en ciertas posiciones de importancia (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 48).

—**Cuarto nivel:** se trata de una infiltración más avanzada en los niveles más altos, que puede llegar a constituir una verdadera “penetración del Estado, pudiendo abarcar ramas completas de la administración o funcionarios de alto rango” (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 48).

—**Quinto nivel:** versa sobre la infiltración política, expresada mediante participación en cam-

pañías (ya sea mediante financiación o apoyo a las mismas, por compra de votos y corrupción de los procesos electorales). Es de importancia observar que, gracias a estas actividades, “la actividad criminal puede ser enmascarada o ignorada por la percepción pública favorable, ya que las alianzas con figuras políticas de alto nivel tienden a legitimar las actividades del grupo delictivo” (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 49).

En el medio colombiano se ha visto esta clase de infiltración, por ejemplo, en el caso de penetración del Estado por parte de las estructuras paramilitares. Por su parte, los grandes carteles de la droga también han logrado este tipo de cooptación del Estado (Garzón Vergara, 2012).

Para otros autores, estas posibilidades también pueden enmarcarse en la denominada *captura de corto plazo* (prebendas o presión frente a los servidores públicos), y la llamada *captura instrumental*, respecto de los partidos políticos o con una pretensión de reconfiguración cooptada del Estado (Granada, Restrepo y Tobón, 2009, p. 481).

Ahora bien, aunque las causas del fenómeno son diversas, las fuentes sobre el particular se enfocan en la debilidad del aparato estatal para impedir la expansión de estos grupos, que se abona a la propia captura del Estado. Así las cosas, puede establecerse una relación de proporcionalidad directa: a mayor debilidad institucional, aumentan las probabilidades de nacimiento de nuevas estructuras ilegales, a las que se facilitará igualmente la labor de capturar a su favor las autoridades del Estado (Latorre Iglesias y Arregocés, 2014, p. 272).

Como tuvo oportunidad de discutirse, la necesidad de corroer el aparato estatal obedece a una racionalidad instrumental aplicada por las organizaciones criminales. Puede decirse en este sentido que la corrupción del Estado es funcional a los intereses de los grupos delictivos, ya que en estos casos el Estado también

“trabaja” para el crimen organizado (Chabat, 2005, p. 15).

La naturaleza de la corrupción es la invisibilidad, que asegura de contera su permanencia y su reproducción, y ello tiene que ver también con la mutación de las estructuras del crimen organizado en Colombia: de las grandes estructuras propias de los carteles, con una abierta relación con la política y el Estado (lo que lógicamente atraía a la opinión pública y en ocasiones la presión internacional) (Chabat, 2005, p. 15), se ha pasado a estructuras mucho más ligeras, que actúan más a la sombra de los fanales públicos. En el contexto actual del crimen organizado, estas estructuras menos aparatosas son una forma mucho más funcional de organizar la actividad criminal y, como se apuntó líneas atrás, evidentemente más sutil.

La corrupción es además ventajosa porque, a diferencia de las acciones violentas, es un proceso más bien silencioso, por lo que debe resaltarse que “favorece la mimetización, permite conseguir el objetivo deseado con menores riesgos y mina las instituciones desde su interior” (Foffani, 2001, p. 59). Así, en ocasiones la corrupción se halla tan ligada a la actividad del grupo organizado que, sencillamente, se asume que la corrupción es un verdadero coste de producción del bien o servicio ilegal, que se cargará al consumidor final, y que demuestra una vez más que la conducta del crimen organizado se describe correctamente desde la perspectiva de la racionalidad económica (Foffani, 2001, p. 59).

La empresa criminal, al igual que una empresa legítima, corre riesgos en desarrollo de su actividad: fluctuación de precios, bajas en el mercado, inflación, entre otros eventos, los cuales pueden tener impactos negativos en la rentabilidad de su actividad económica. En este sentido, la diferencia crucial entre la empresa legítima y la criminal es que esta última debe asumir un riesgo constante: la persecución por parte del Estado. Por consiguiente, una de las estrategias que adoptan los grupos criminales

para soportar el aludido trance es la captura del Estado (Gil Bolívar, 2016, p. 78).

Como se anunció, además de la captura del Estado por corrupción, que implica necesariamente la participación del servidor público en las actividades del crimen organizado, sucede igualmente que el servidor puede ser miembro de la organización criminal. En la práctica, nada se opone a que un servidor público sea miembro activo de una organización criminal. Lo que ocurre en este evento es la agravación del impacto lesivo que el crimen organizado tiene en la sociedad, pues los servidores encargados de cumplir y hacer cumplir el ordenamiento jurídico, forman parte activa de las agrupaciones que el mismo Estado debe combatir con mayor intensidad.

En ambas hipótesis, la responsabilidad penal se resuelve de forma distinta. El criterio material de distinción es la relación entre la calidad de servidor público y la conducta cometida.

De forma que, hasta ahora, se ha afirmado lo siguiente: (i) la corrupción de las autoridades del Estado es funcional a los intereses del crimen organizado; (ii) por esa razón, buena parte de las fuentes especializadas sobre la materia contemplan en la definición de crimen organizado un cierto grado de captura del Estado por corrupción; (iii) respecto de la participación de servidores públicos en las actividades del crimen organizado puede hacerse una distinción material, con dependencia o independencia de la calidad de servidor y, (iv) dicha dependencia o independencia de la calidad de servidor público permite establecer unas determinadas hipótesis de responsabilidad penal para casos que puedan presentarse en la práctica.

III. Formas de responsabilidad penal dependientes de la calidad de servidor público

La hipótesis a tratar en este apartado es el universo de eventos de captura del Estado por

corrupción. En estos casos, puede realizarse un símil con una actividad parasitaria, en la que el servidor público recibe algún tipo de dádiva a cambio de realizar, omitir o retardar una conducta (Coalición de Derechos Humanos Contra las Estructuras Clandestinas, 2004). Esta “etapa parasitaria” en la relación entre el Estado y el crimen organizado se distingue porque a la agrupación delictiva no le interesa cooptar todas las estructuras del Estado, y el Estado solamente permite el desarrollo de la actividad y brinda protección al grupo organizado. En consecuencia, puede hablarse de una “interacción limitada entre el sistema criminal y el sistema político” (Chabat, 2005, p. 15).

Es de resaltar que, en estos casos, el funcionario no pertenece a la organización criminal, pero sí sirve a los intereses del grupo organizado, y es cooptado precisamente por su condición. Por ello, estos casos se enmarcan como dependientes de la calidad de servidor público que posee el sujeto activo. Es decir, al servidor público no lo conduce como finalidad esencial la pervivencia de la organización, ni el éxito de las actividades criminales. El servidor actúa guiado por el afán de alguna forma de lucro (De León Beltrán et al., 2012).

En este orden de ideas, el principal hallazgo es que, en estas hipótesis, la responsabilidad penal del servidor debe ser reconducida a alguno de los delitos que tienen como sujeto activo calificado al servidor público, particularmente a aquellos delitos punibles que atentan contra el bien jurídico de la Administración Pública. Dentro de este tipo de conductas, en materia de captura del Estado por corrupción, las figuras de mayor ocurrencia son la Concusión, prevista en el artículo 404 del Código Penal, el Cohecho, en sus modalidades de propio e impropio (artículos 405 y 406 del mismo Código), el Tráfico de influencias de servidor público (Artículo 411 *éjusdem*), el Enriquecimiento ilícito (Artículo 412 *éjusdem*) y el Prevaricato (Artículos 413 y 414 *éjusdem*) (Vásquez Portomeñe, 2003).

En estos casos se aprecian dos condiciones interdependientes: (i) la calidad de servidor público del sujeto activo permite la realización de la conducta prohibida, pues el agente tiene alguna especie de relación funcional con bienes o servicios que presta el Estado para satisfacer alguna necesidad colectiva (Montoya Vivanco, 2015); (ii) la autoridad del servidor público le es útil a la organización criminal para la consecución de sus fines. En consecuencia, la actividad corrupta se convierte en un sistema funcional para ambas partes: para el servidor, puesto que obtiene una utilidad ilícita, y para la organización criminal, porque le permite continuar con las operaciones criminales (De León Beltrán et al., 2012).

Pero, en estas hipótesis, el servidor público no se encuentra integrado a la organización, razón por la cual, en últimas, no tiene incidencia en la fijación de los destinos de la organización criminal. Aquí, el funcionario no puede hacer mucho más que desviar la función pública hacia la realización de un afán de lucro propio, y de los fines de la organización delictiva.

IV. Formas de responsabilidad penal independientes de la calidad de servidor público

En estos eventos, el servidor público se halla integrado a la organización criminal, y por ello ya no se realiza el símil con una actividad parasitaria. En estas formas de responsabilidad penal independientes de la calidad de servidor público, la diferencia esencial respecto del universo de posibilidades tratado con anterioridad radica en que en estas eventualidades no se trata de la captura del Estado por corrupción. Lo que sucede en estos casos es que se atenta contra la idoneidad que debe poseer el servidor (Vásquez Portomeñe, 2003), pero sin que en esta tipología tenga relevancia la calidad de servidor público del sujeto activo para el perfeccionamiento de la actividad ilícita.

Es claro que la participación de servidores públicos en las agrupaciones de criminalidad organizada afecta, por decir lo menos, la confianza de la ciudadanía en la probidad de quienes se desempeñan como funcionarios del Estado. Pero, a efectos penales, en los eventos que se tratarán a continuación, no tiene relevancia en la delimitación de la conducta punible el que el sujeto activo sea o no un servidor del Estado.

Ahora bien, puesto que la calidad de servidor público no tiene injerencia en la realización del ilícito, en estos casos se dará aplicación a las reglas generales de autoría y participación, sin que tenga relevancia la cualificación del sujeto activo.

Si bien la pauta general en materia de imputación de los comportamientos a los miembros del crimen organizado se determina por la imputación recíproca de las conductas punibles, es posible que en la práctica se den hipótesis en las que el servidor público es responsable de acuerdo con las reglas de autoría previstas en la parte general del Código Penal. En este sentido, el servidor público puede responder, principalmente, de las siguientes maneras:

—A título de autor, con independencia de los demás miembros de la organización, y siempre que se trate de un delito común y no especial, porque no guarda relación alguna con su calidad de servidor público.

Por ejemplo: una persona se desempeña como servidor público. Sin embargo, en su calidad de miembro de un grupo de criminalidad organizada, realiza un ajuste de cuentas con un miembro de una banda rival por el incumplimiento de un “contrato”, y le causa la muerte. En este evento, el sujeto activo no utiliza su calidad de servidor público, así como también puede desplegar el comportamiento homicida sin el asentimiento de los demás miembros de la organización criminal. No obstante, la conducta endilgada sirve a los fines de la continuación y el éxito de la actividad delictiva de la empresa

criminal, y el funcionario responderá a título de autor, por un delito común, sin que tenga relevancia la calificación como servidor del Estado.

—A título de autor mediato, contingencia que se diferencia de la coautoría especialmente por la circunstancia de que una persona obra en calidad de instrumento para la realización de un delito, y en el caso concreto el agente responde como autor en calidad del “hombre de atrás” (Suárez Sánchez, 2007). En este evento tampoco tiene relevancia, a efectos prácticos, la calidad de servidor público del sujeto activo. No se tratará en esta investigación la posibilidad de la autoría mediata a través de los aparatos organizados de poder, porque excede el objetivo de este artículo.

—A título de coautor, caso que debe diferenciarse de los eventos de concierto para delinquir, que se tratará posteriormente en este escrito. Puede suceder que el servidor público obre como coautor de un delito, en conjunto con alguno o algunos miembros del grupo organizado, pero sin que los demás integrantes sepan de dicha operación delictiva, en la que han mediado los elementos de la coautoría, esto es, el plan común y el aporte en fase ejecutiva (Suárez Sánchez, 2007), y en esta materia el funcionario responde como coautor.

Por ejemplo: un servidor público es miembro de una organización delictiva dedicada al tráfico de estupefacientes. No obstante, junto con otro u otros miembros de la organización deciden realizar una operación aislada de extorsión, por fuera del giro ordinario de la empresa criminal, sin servirse del aparato estructural de la organización; además, ocurrió también un plan común y aporte relevante. En este caso, evidentemente, la responsabilidad por el punible de extorsión se realizará a título de coautoría, y sin que sea relevante la calidad de servidor público.

—A título de determinador, evento en el que eventualmente tampoco tenga relevancia la

calidad de servidor público. Por ejemplo: el servidor determina a un sicario para que ultime a un miembro de un grupo delictivo rival, en atención al giro de los negocios de la empresa delictiva. En esta hipótesis, el servidor responde por la conducta endilgada al autor material, sin que sea relevante la calidad de funcionario (Ley 599/2000).

—A título de cómplice, cuando se cumplan los requisitos previstos para esta figura, es decir, “Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma” (Ley 599/2000, artículo 30). Para que tenga lugar este evento, la actividad delictiva debe presentarse, o bien por fuera de las actividades de la organización criminal, es decir, como una cooperación que presta el servidor para delitos diferentes de los cometidos por la organización, o puede suceder que contribuya al delito cometido por alguno o algunos de los miembros de la organización, pero como una operación aislada, porque en el caso contrario sería más lógico suponer que la responsabilidad penal deberá reconducirse a la figura del concierto para delinquir o a la coautoría.

Por ejemplo: uno de los miembros de la organización criminal a la que pertenece cometió un homicidio, y el servidor público le presta ayuda para el ocultamiento del cuerpo. Se trata de una operación aislada, por fuera del giro ordinario de la empresa criminal. En este evento, al servidor se le aplican las disminuciones punitivas previstas para quien obra en calidad de cómplice, respecto de la pena impuesta al autor principal.

Finalmente, puede suceder que el servidor público que hace parte de la organización criminal aproveche su condición de servidor para favorecer el éxito de la empresa criminal, pero empleando directamente su calidad de funcionario. En estos eventos, habrá de determinarse caso por caso cuál fue la conducta punible en la que incurrió el servidor, que versará general-

mente sobre alguna de las conductas punibles que tengan como sujeto activo calificado al servidor público.

V. Un caso especial de responsabilidad: el concierto para delinquir

Si bien en esta investigación se atiende a la diferenciación entre dos universos de hipótesis, esto es, aquellas relativas a la captura del Estado por corrupción, por una parte y, por otra, aquellas alusivas a la participación de los servidores públicos como miembros de la organización criminal, existe un evento de responsabilidad penal que puede tener lugar en cualquiera de estos tipos de casos. Se trata de la institución del concierto para delinquir, previsto en el artículo 340 del Código Penal (Ley 599/2000).

Esta norma exige que una pluralidad de personas se concierte con la finalidad de cometer delitos. Por esta razón, la doctrina estima que los requisitos de la figura son los siguientes:

—Se trata de un delito de sujeto activo plural, pues debe tratarse siempre de varias personas (Valero Montenegro, 2010).

—Se requiere de un elemento volitivo en la conducta de los agentes, y es la permanencia en el tiempo de la organización dedicada a la comisión de delitos, lo que es en todo caso un requerimiento lógico, que en la práctica permite diferenciar las hipótesis de la coautoría simple (Valero Montenegro, 2010).

—El bien jurídico que se tutela es el de la seguridad pública (Márquez Cárdenas y Paz, 2008).

Estas características exigidas por el delito son tomadas de la observación del comportamiento de la criminalidad organizada pues, en estos casos, “dentro de este actuar [existen] principios o reglas de subordinación y coordinación, por lo que su actuar es estructurado, dentro de

un ámbito temporal determinado” (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 23).

Ello tiene que ver además con la división del trabajo criminal, pues todo el entramado de la distribución de roles dentro del grupo contribuye, de una forma u otra, a la realización de los fines de la organización (Faraldo Cabana, 2013, p. 19). Estas actividades del crimen organizado se enmarcan en la debilidad institucional, que fomenta el surgimiento de actores dispuestos a proveer bienes y servicios ilegales. Así, “la economía criminal tiene lugar allí donde el Estado es frágil, permitiendo la emergencia de actores con capacidad de producción de poder, reconocimiento social y capacidades para cooptar la provisión de bienes y servicios públicos a través de la ilegalidad” (De León Beltrán et al., 2012, p. 167).

En este sentido, supóngase el caso de un servidor público que comete delitos contra la Administración Pública, y a favor de cierta organización criminal, a cambio de lo cual recibe dádivas. Supóngase, además, que el servidor conoce el comportamiento de la organización criminal, actúa sostenidamente en el tiempo mediante el favorecimiento o la facilitación de las labores de la organización delincinencial, y atenta contra el bien jurídico de la seguridad pública (Márquez Cárdenas y Paz, 2008). Si este accionar delictivo se realiza de manera directa y sostenida, y si se demuestra el conocimiento a fondo que posee el servidor sobre las tareas de la organización, es posible que pueda asignársele responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir.

Obsérvese que, en esta hipótesis, no deja de pertenecer el caso concreto a un evento de captura del Estado por corrupción, pues mediante dádivas a un servidor se pervierte la actividad del Estado y se favorece a la criminalidad organizada. No obstante, el servidor no actúa de forma aislada, sino que sirve de forma cercana y directa a las finalidades de la

organización, lo que posibilita la asignación de responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir.

Así, se sostiene, en consecuencia, que existen ciertos eventos en los que además de la captura del Estado por corrupción, puede predicarse que el servidor público puede encontrarse incurso, además de cierto delito o conjunto de delitos contra la administración pública u otros punibles con sujeto activo calificado como funcionario del Estado, en la conducta de concierto para delinquir; valoración que deberá realizarse en cada caso concreto mediante el análisis de la permanencia en el tiempo de la actividad del servidor, del conocimiento sobre el conjunto de tareas de la organización criminal, y de la importancia de la contribución de dicho servidor en el contexto de las actividades del grupo delictivo.

Se puede considerar otra hipótesis: supóngase que un servidor público hace parte de una organización criminal, en calidad de miembro integrado a la agrupación, y en el seno de la misma comete delitos. En este caso, en primer lugar, no se trata de captura del Estado por corrupción y, en segundo lugar, no tiene relevancia para la asignación de responsabilidad penal la calidad de servidor público del sujeto activo. Sin embargo, es procedente la responsabilidad penal por el delito de concierto para delinquir, de una forma aún más clara que en la hipótesis anterior. En efecto, dado que el servidor conoce la organización, y realiza actividades tendientes al cumplimiento de sus finalidades de una forma sostenida en el tiempo, es lógico suponer que puede imputarse la conducta del concierto para delinquir, además de los crímenes que cometa en el seno de la organización delictiva.

En este ejemplo, dado que no tiene relevancia la calidad de servidor público para determinar la pertenencia del funcionario a la organización delictiva, la importancia para lograr la imputación del concierto para delinquir depende de las actividades realizadas. Esto es, si contri-

buyen al logro de las finalidades del grupo, si se tiene claridad sobre el hecho de que el objeto del grupo criminal es la comisión de delitos, y si se lesiona en la conducta concreta el bien jurídico de la seguridad pública (Márquez Cárdenas y Paz, 2008).

Conclusiones

Existen diversas características que permiten perfilar la criminalidad organizada. Una de las más llamativas, por el notable impacto negativo que tiene respecto de la integridad de la estructura estatal, es la captura del Estado por corrupción. Este fenómeno tiene lugar cuando las agrupaciones de criminalidad organizada se sirven de las autoridades del Estado para el cumplimiento de sus finalidades, al tiempo que los servidores involucrados se lucran por una acción u omisión que contribuye al éxito de las organizaciones criminales.

La manera más usual en la que el crimen se sirve de las autoridades es mediante el pago de dádivas o prebendas a los servidores que de alguna u otra forma tienen que ver con la persecución de la criminalidad: especialmente, funcionarios de policía, servidores judiciales, personal de los establecimientos de reclusión, entre otros. Si se tiene en cuenta que las políticas del Estado contra la criminalidad atraviesan todas las ramas del poder público, los desafíos frente a estas formas de corrupción deben ser prevalentes en la agenda del Estado, pues al tiempo que crece el crimen organizado decrece la capacidad institucional del Estado para prevenir y castigar a los miembros de estas organizaciones.

La característica más relevante de esta criminalidad consiste en la perversión de la función de las autoridades, pues, aunque normativamente se encuentran dedicadas a la persecución del delito, en la práctica sirven a los intereses de la criminalidad organizada. Esta desviación de las estructuras estatales afecta el cumplimiento de los cometidos institucionales del Estado, y

lo limita en la prestación de las funciones de seguridad y de protección de las garantías de los asociados.

Frente a este universo de hipótesis, la respuesta del ordenamiento jurídico penal se contiene esencialmente en el catálogo de conductas que atentan contra el bien jurídico de la Administración Pública. En estos casos, se trata de conductas con un sujeto activo calificado (el servidor público), e involucran siempre algún tipo de perversión de las funciones legales y constitucionales de los funcionarios mediante el favorecimiento de las actividades del crimen organizado. Así, figuras como el cohecho, la concusión, el enriquecimiento ilícito y el tráfico de influencias de servidor público son las conductas más frecuentes desde la óptica de la captura del Estado por corrupción.

En la otra orilla de posibilidades, se encuentran los eventos no ya de captura del Estado por corrupción, sino aquellos casos en los que los servidores públicos son miembros de las agrupaciones de criminalidad organizada. La diferencia estriba en que, en estas hipótesis, se pervierte la idoneidad de los servidores, y se erosiona la confianza pública en la actividad de las personas que normativamente se dedican al cumplimiento de los fines constitucionales del Estado.

Así, frente a este universo de casos, la respuesta del ordenamiento jurídico penal debe plantearse respecto al delito común cometido por el servidor, sin que tenga injerencia la calidad de servidor público, y ateniéndose a las reglas generales de autoría y participación contenidas en la parte general del Código Penal, especialmente la autoría, la autoría mediata, la coautoría, la determinación y la complicidad.

Se estudió, como posibilidad especial, el delito de concierto para delinquir, pues se trata de una figura transversal que puede presentarse en cualquiera de los dos universos de casos planteados. Es decir, que:

(i) O bien el servidor público no hace parte de la organización criminal, pero sirve de modo tan directo y cercano a los fines de la organización criminal —puesto que conoce su organización y contribuye de tal forma al éxito de la empresa criminal—, que es posible endilgar, además del correspondiente delito contra la Administración Pública, el punible de concierto para delinquir.

(ii) Por otra parte, puede acontecer que la imputación de concierto para delinquir derive del hecho de que el servidor se encuentre integrado como miembro de la organización criminal, que tiene continuidad en el tiempo y una finalidad definida frente a la comisión permanente de delitos. En este caso, aunque no sea relevante la calidad de servidor público del agente, es posible endilgarle los crímenes cometidos como miembro de la organización y, además, el concierto para delinquir, según se haga necesario.

Con lo apuntado, se demuestra que el ordenamiento jurídico colombiano no carece de respuestas aplicables a las hipótesis de participación de los servidores públicos en el crimen organizado. Por tanto, la tarea más ardua no es la definición de instrumentos normativos para castigar a los servidores que de alguna forma tomen parte en las actividades de la criminalidad organizada, sino erradicar, o al menos reducir al mínimo, tal participación. Aunque los cometidos en ese sentido exceden la tarea de esta investigación, es de anotar que dicha labor supera los contenidos mismos del Derecho, y hunde sus raíces en aspectos políticos, sociales y económicos, que deben articularse en orden al cumplimiento de los deberes de los servidores públicos.

Referencias

Albanese, J. (2000). The Causes of Organized Crime: Do Criminals Organize Around Opportunities for Crime or Do Criminal Opportunities Create New Offenders?. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 16(4), 409-423.

- Anderson, J. F. (2015). *Criminological Theories: Understanding Crime in America*. 2ª Ed. Burlington: Jones & Bartlett.
- Briscoe, I. (2007). Crimen y drogas en los Estados frágiles. *Fride, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior*. Madrid, España.
- Chabat, J. (2005). Narcotráfico y Estado: el discreto encanto de la corrupción. *Letras Libres*, 7(81), 14-17.
- Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas. (2004). *Crimen organizado, una aproximación*. Guatemala: Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas.
- De León Beltrán, I., Medina Ramírez, C., Pineda, L. F., Prieto, C. F., Palacio, G., Ormazá, A., Garzón, A., Tauta, A., Junca, S., y Molina, M. C. (2012). *Estudio sobre tendencias económicas de la delincuencia organizada*. Bogotá: UNODC.
- Faraldo Cabana, P. (2013). Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español. *Revista de Estudios de la Justicia*, (19), 13-45.
- Foffani, L. (2001). Criminalidad organizada y criminalidad económica. *Revista Penal*, (7), 55-66.
- Garzón, J. C. (2008). *Mafia & Co. La red criminal en México, Brasil y Colombia*. Bogotá: Planeta.
- Garzón Vergara, J. C. (2012). La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican. *Woodrow Wilson International Center for Scholars. Latin American Program*. Washington, D.C., marzo.
- Gil Bolívar, F. A. (2016). El fenómeno del narcotráfico desde el pensamiento sistémico. *Ekotemas, Revista Cubana de Ciencias Económicas*, 2(3), 76-90.
- Giménez-Salinas Framis, A., Requena Espada, L., y De La Corte Ibáñez, L. (2011). ¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13(3), 3-32.
- Granada, S., Restrepo, J. A., y Tobón García, A. (2009). Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano. En J. A. Restrepo y D. Aponte (Eds.), *Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones* (pp. 467-499). 3.a Ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Kessler, G. (2014). El crimen organizado en América Latina y el Caribe. Ejes de debate sobre narcotráfico, tráfico de armas y de personas. En J. A. Zavaleta Betancourt (Coord.), *El laberinto de la inseguridad ciudadana. Bandas criminales, seguridad de fronteras y regímenes penitenciarios en América Latina* (pp. 43-61). Buenos Aires: Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y Clacso.
- Latorre Iglesias, E., y Arregocés, F. A. (2014). Caracterización de la formación y estructuración de las bandas criminales en el Departamento del Magdalena. *Advocatus*, 11 (22), 261-279.
- Ley 599. (2000). [Congreso de la República de Colombia]. Por la cual se expide el Código Penal. *Diario Oficial* 44097, 24 de julio del 2000.
- Lupsha, P. (1981). Individual choice, material culture, and organized crime. *Criminology*, 19(1), 3-24.
- Márquez Cárdenas, Á., y Paz, G. R. (2008). Diferenciaciones dogmáticas del delito de concierto para delinquir frente a la coautoría. *Diálogos de Saberes*, 29, 17-34.
- Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Organización de las Naciones Unidas. (2000). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Resolución 55/25 de la Asamblea General, de 15 de noviembre del 2000.
- Prieto, C. A. (2012). Bandas criminales en Colombia: ¿amenaza a la seguridad regional? *Ópera*, 12, 181-204.

- Sotomayor Acosta, J. O. (2010). Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia*, (12), 231-262.
- Suárez Sánchez, A. (2007). *Autoría*. 3.a Ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Valero Montenegro, L. H. (2010). El delito de concierto para delinquir en los casos de “La Parapolítica”. *Via Iuris*, (9), 85-107.
- Vásquez Portomeñe, F. (2003). *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.