**Corrupción y captura del Estado: la responsabilidad penal de los servidores públicos que toman parte en el crimen organizado[[1]](#footnote-1)**

**Corruption and capture of the State: the criminal responsibility of public servants who take part in organized crime**

**Dubán Rincón Angarita[[2]](#footnote-2)**

**Resumen**

Una de las características inherentes al crimen organizado es un mayor o menor grado de captura del Estado por corrupción, pues la penetración de las instituciones estatales le reporta a la agrupación una reducida probabilidad de ser eliminada, y una elevada facilidad para asegurar el éxito de las operaciones delincuenciales. Igualmente, en el mundo del crimen organizado, puede suceder que los servidores públicos hagan parte de las agrupaciones. En ambas tipologías de participación de servidores públicos en las actividades del crimen organizado cabe preguntarse sobre las formas de responsabilidad penal en que incurren los funcionarios que tomen parte en tales conductas. Así, el principal hallazgo de la investigación es que las posibilidades de responsabilidad pueden agruparse en tres universos de casos: los que son dependientes de la calidad de servidor público del agente, aquellos con independencia de esa cualificación, y el evento especial del delito de concierto para delinquir, que es transversal a las dos esferas de casos.

**Palabras clave**

Crimen organizado, responsabilidad penal, captura del Estado, corrupción, delitos contra la Administración Pública, concierto para delinquir.

**Abstract**

One of the inherent characteristics of organized crime is a greater or lesser degree of state capture for corruption, as the penetration of state institutions allows the group to be less likely to be eliminated, and greater ease for the success of operations Crimes. Likewise, it may happen that public servants are part of organized groups. In both cases involving public servants in organized crime activities, it is necessary to ask about the forms of criminal responsibility that may be incurred by officials who take part in the activities of criminal groups. Thus, the main finding of the investigation is that the possibilities of responsibility can be grouped into three universes of cases: those that are dependent on the quality of public servant of the agent, those independent of that quality, and the special case of concert crime To delinquent, which is transverse to the two spectra of cases of reality.

**Keywords**

Organized crime, criminal responsibility, state capture, corruption, crimes against the Public Administration, conspiracy to commit crimes.

**Introducción**

Las estructuras del Estado y el crimen organizado son sistemas que coevolucionan constantemente. Es de destacar que tanto el Estado como la actividad criminal se relacionan en estrecho vínculo, a partir de la definición misma de delito, pues es el aparato estatal el que determina cuáles comportamientos son consideradas los más lesivos para el valor de la armónica convivencia humana. Así, se pretende la selección y correspondiente interdicción de ciertas conductas, que a partir del momento de su proscripción, encuentran personas dispuestas 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 estructura del Estado conduce a que en la práctica, tengan lugar dos fenómenos que son igualmente reprochables: i) que las organizaciones criminales capturen al Estado mediante la corrupción, en mayor o menor medida, 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 (Coalición de Derechos Humanos Contra las Estructuras Clandestinas, 2004).

Ambas situaciones descansan sobre un mismo desvalor de acción: que se subvierte el principio de acuerdo con el cual el Estado debe servir al interés general y no al particular, pues en las dos hipótesis objeto de estudio, el funcionario público contribuye al interés de las organizaciones criminales, situación que ha sido analizada con profusión por parte de la doctrina especializada. Se tiene establecido al efecto que “En 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). Como puede entonces advertirse, se pervierten los principios constitucionales que deben guiar la acción del Estado, desviándosele para favorecer la actividad criminal.

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, facilitar las operaciones delictivas, sin la molesta carga que representa la persecución de las autoridades. Se señala al respecto que “Un 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, a la aplican de modo menos severo” (De León Beltrán, 2012, p. 142).

Este fenómeno, que se define en esencia como cierto grado de penetración de las autoridades del Estado por parte del crimen organizado, se conoce como captura del Estado por corrupción, y puede alcanzar la actividad de cada una de las ramas del poder público. En el legislativo, incide en las normas que proscriban sus actividades o el bloqueo de iniciativas normativas. En la Rama Judicial, manipula las investigaciones y sobre los medios de prueba. Finalmente, corromper los organismos de seguridad del Estado (Garzón, 2008, p. 35-36).

A la postre, lo que hacen los grupos armados organizados es “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 afecta todas las esferas imaginables en la legítima tarea de persecución del crimen, desde la definición legislativa hasta el conjunto de políticas públicas para el ataque a las economías criminales, e incide, indudablemente, en la percepción de impotencia del Estado para hacer frente al crimen, cuando no de la complacencia de las autoridades y su permisión en la escalada delictiva.

Sobre la gravedad de esta perversión de las estructuras estatales se opina 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, caso que se diferencia de la referida captura por corrupción, pues aquí el funcionario participa directamente en las actividades criminales. Pese a las diferencias sustanciales en ambas hipótesis, tienen en común la colaboración de servidores públicos en las actividades de las agrupaciones delincuenciales.

Ahora bien, al aceptar la contingencia de que las organizaciones criminales corrompan a funcionarios del Estado o que los propios funcionarios conformen las organizaciones delictivas, cabe indagar sobre las formas de responsabilidad penal de los servidores públicos en estos eventos. 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 servidores 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 un 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. De 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.

**Presentación de resultados y discusión**

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

Aunque existe multiplicidad de definiciones para el crimen organizado, las fuentes sobre el particular son recurrentes en afirmar que uno de los elementos determinantes de esta manifestación criminal es 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, dado que la meta esencial de la criminalidad organizada es el ánimo de lucro, 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, “Para 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 tendentes a reducir el riesgo de detección y a asegurar la viabilidad y proyección del grupo criminal” (Giménez-Salinas Framis, et al., 2011, p. 3).

Así las cosas, “El 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 reseñar 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), razón por la que 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 “El 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 intentó una aproximación a la definición de crimen organizado, siempre a partir de una de sus características fundantes: un cierto grado de captura del Estado por corrupción. A continuación, la investigación profundiza en este concepto.

**2. 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, como los sociológicos, políticos, económicos, y por supuesto, jurídicos. 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, de la siguiente forma:

-**Primer nivel**: se trata de una 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).

-**Segundo nivel**: en estos casos, 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.

-**Tercer nivel**: se trata en este caso 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 campañas (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).

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 apuntan sus reflectores en torno a la debilidad del aparato estatal para impedir la expansión de estos grupos, como correlato de la captura del Estado, aspecto que incide de forma determinante en el aumento de las rentas ilegales. Así las cosas, a mayor debilidad institucional, aumentan las probabilidades de nacimiento de nuevas estructuras ilegales, que verán igualmente facilitada la labor de capturar a su favor las autoridades del Estado (Latorre y Arregocés, 2014, p. 272).

Como tuvo oportunidad de afirmarse, 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 “trabaja” también para el crimen organizado (Chabat, 2005, p. 15). Respecto de su penetración en el sistema de justicia, se comparte en este escrito que la finalidad de la corrupción es entonces la “posibilidad de evadir la reacción del sistema judicial, comprando inmunidad” (Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas, 2004, p. 22).

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, que en el contexto actual del crimen organizado, 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, y es de resaltar 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, que pueden tener impactos negativos en la rentabilidad de la 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, 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 ambas hipótesis, la responsabilidad penal se resuelve de forma distinta, como se analiza a continuación.

**3. Formas de responsabilidad penal dependientes de la calidad de servidor público**

La hipótesis que se trata en este apartado es el universo de eventos de captura del Estado por corrupción. En estos casos, puede realizarse un símil con la 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 ni a la agrupación delictiva le interesa cooptar todas las estructuras del Estado, y el Estado solamente permite el desarrollo de la actividad y brinda protección al grupo organizado, y es por ello que podría 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 precisamente por su condición, es capturado por el grupo criminal, y por ello estos casos se enmarcan como dependientes de la calidad de servidor público del 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, 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 aquellos punibles que atentan contra el bien jurídico de la Administración Pública, como regla general. 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 Código Penal), el Tráfico de influencias de servidor público (Artículo 411 éjusdem), el Enriquecimiento ilícito (Artículo 412) y el Prevaricato (Artículos 413 y 414) (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, 2012).

**4. 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 la 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 tratan 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, puede responder principalmente:

-A título de autor, con independencia de los demás miembros de la organización, y que el delito sea 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 trata 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 a espacio en este escrito. Puede perfectamente 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; hubo además 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 (Congreso de la República de Colombia, 2000, Ley 599 de 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” (Congreso de la República de Colombia, 2000, Ley 599 de 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 será entonces más lógico suponer que la responsabilidad penal deberá reconducirse a la figura del concierto para delinquir o la coautoría.

Por ejemplo: un servidor público presta su contribución a uno de los miembros de la organización criminal a la que pertenece, quien cometió un homicidio, y el servidor 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 diminuentes 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 que incurrió el servidor, que versará generalmente sobre alguna de las conductas punibles que tengan como sujeto activo calificado al servidor público.

**5. Un caso especial de responsabilidad: el concierto para delinquir**

No obstante que en esta investigación se atiende a la diferenciación entre dos universos de hipótesis, esto es, aquellas relativos a la captura del Estado por corrupción, de una parte, y de otra, aquellas alusivos 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 los dos espectros de casos. Se trata de la institución del concierto para delinquir, previsto en el artículo 340 del Código Penal (Congreso de la República de Colombia, 2000, Ley 599 de 2000).

Esta norma exige que una pluralidad de personas se concierte con la finalidad de cometer delitos. Por estas razones, 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, hay “dentro de este actuar 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, de una forma u otra contribuye a la realización de los fines de la organización (Faraldo, 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, 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 delincuencial, y se 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.

En 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, pues 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 esta contingencia, 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 contribuyen 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, que sucede 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 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 de la criminalidad, 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, en estos eventos, 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 del 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 igualmente 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, pues 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) De otra parte, puede acontecer que la imputación de concierto para delinquir derive del hecho de que el servidor se encuentra 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 bibliográficas**

Briscoe, Iván. (2007). Crimen y drogas en los Estados frágiles. Comentario, julio de 2007. FRIDE, Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior. Madrid, España.

Chabat, Jorge. (2005). Narcotráfico y Estado: el discreto encanto de la corrupción. Letras Libres, 7 (81), 14-17. México.

Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas. (2004). Crimen organizado, una aproximación. Coalición de Derechos Humanos contra las Estructuras Clandestinas. Guatemala, Guatemala.

Congreso de la República de Colombia. (2000). Ley 599 de 2000. Por medio de la cual se expide el Código Penal.

De León Beltrán, Isaac et al. (2012). Estudio sobre tendencias económicas de las delincuencia organizada. Grupo de Investigación UNODC, Equipo Justicia y Seguridad. Bogotá, Colombia.

Faraldo Cabana, Patricia. (2013). Organizaciones criminales y asociaciones ilícitas en el Código Penal español. Revista de Estudios de la Justicia, 19, 13-45. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Foffani, Luigi. (2001). Criminalidad organizada y criminalidad económica. Revista Penal, 7, 55-66. Fundación Universidad de Huelva. Huelva, España.

Garzón, Juan Carlos. (2008). Mafia & Co. La red criminal en México, Brasil y Colombia. Planeta. Bogotá, Colombia.

Garzón Vergara, Juan Carlos. (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. Boletín, Marzo de 2012. Washington, D.C., Estados Unidos de Norteamérica.

Gil Bolívar, Fabio Alberto. (2016). El fenómeno del narcotráfico desde el pensamiento sistémico. Ekotemas, Revista Cubana de Ciencias Económicas, 2 (3), 76-90. La Habana, Cuba.

Giménez-Salinas Framis, Andrea, Requena Espada, Laura y De La Corte Ibáñez, Luis. (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. Madrid, España.

Granada, Soledad, Restrepo, Jorge A. y Tobón García, Alonso. (2009). Neoparamilitarismo en Colombia: una herramienta conceptual para la interpretación de dinámicas recientes del conflicto armado colombiano. En: Guerra y violencias en Colombia: herramientas e interpretaciones. Restrepo, Jorge A. y Aponte, David (editores). Tercera edición. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, Colombia.

Kessler, Gabriel. (2014). Crimen organizado en América Latina y el Caribe. Ejes de debate sobre narcotráfico, tráfico de armas y de personas. En: El laberinto de la inseguridad ciudadana. Bandas criminales, seguridad de fronteras y regímenes penitenciarios en América Latina. Zavaleta Betancourt, José Alfredo (Coord.). Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y CLACSO. Buenos Aires, Argentina.

Latorre Iglesias, Edimer y Arregocés, Fare Armando. (2014). Caracterización de la formación y estructuración de las bandas criminales en el Departamento del Magdalena. Advocatus, 11, 22, 261-279. Universidad Libre Seccional Barranquilla. Barranquilla, Colombia.

Márquez Cárdenas, Álvaro y Paz, Gonzalo Rodrigo. (2008). Diferenciaciones dogmáticas del delito de concierto para delinquir frente a la coautoría. Diálogos de Saberes, 29, 17-34. Universidad Libre. Bogotá, Colombia.

Montoya Vivanco, Yvan. (2015). Manual sobre delitos contra la administración pública. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

Prieto, Carlos Andrés. (2012). Bandas criminales en Colombia: ¿amenaza a la seguridad regional? Ópera, 12, 181-204. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2010). Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia, 12, 231-262. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Suárez Sánchez, Alberto. (2007). Autoría. Tercera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, Colombia.

Valero Montenegro, Luis Hernando. (2010). El delito de concierto para delinquir en los casos de “La Parapolítica”. Via Iuris, 9, 85-107. Fundación Universitaria Los Libertadores. Bogotá, Colombia.

Vásquez Portomeñe, Fernando. (2003). Los delitos contra la administración pública. Teoría general. Universidade de Santiago de Compostela. Madrid, España.

1. Artículo de investigación derivado del proyecto de investigación titulado “Crimen organizado y conflicto armado en Colombia: aproximación a una comprensión jurídica”, en el marco de las actividades del grupo de investigación Derecho, Estado y Ciudadanía, de la Universidad La Gran Colombia, Seccional Armenia. [↑](#footnote-ref-1)
2. Abogado de la Universidad Industrial de Santander, graduado con la distinción Cum Laude. Magister 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 -Seccional Armenia-. Correo electrónico: iudex-@hotmail.com. [↑](#footnote-ref-2)