

DERECHO PROCESAL PENAL

**Principio de oportunidad previsto en el estatuto anticorrupción
aplicable a delitos de cohecho: ¿Utopía o realidad?**

**Principio de oportunidad previsto en el estatuto anticorrupción aplicable a delitos de
cohecho: ¿Utopía o realidad?**

Ruth Ileana Ramírez Amórtegui & Julio Roberto Ortega Araque
Enero 2015

Universidad Militar Nueva Granada
Maestría en derecho procesal penal

Tabla de Contenido

Agradecimientos.....	3
Resumen.....	4
1. Introducción.....	6
2. Planteamiento del problema.....	7
3. Objetivos.....	7
3.1. <i>General</i>	7
3.2. <i>Específicos</i>	7
4. Marco teórico.....	8
5. Marco histórico.....	8
6. Marco jurídico.....	14
7. Resultado de la investigación.....	14
7.1. Principales problemas jurídicos de la causal 18 Art. 324 Ley 906/04.....	14
7.1.1. <i>Que el autor o partícipe formule la respectiva denuncia penal</i>	15
7.1.2. <i>Que el auto-denunciando/denunciante aporte evidencia útil para el juicio</i>	16
7.1.3. <i>Que sirva como testigo de cargo</i>	17
7.1.4. <i>Que se repare de manera voluntaria e integral el daño causado</i>	20
7.1.5. <i>Cumplir las obligaciones pactadas con la Fiscalía en audiencia de juzgamiento.</i> ..	23
7.1.6. <i>Que denuncie su participación en el punible, cuando sea servidor público</i>	26
8. Hipótesis.....	31
9. Conclusiones.....	33
10. Lista de referencias.....	35

Agradecimientos

Elevamos plegarias y agradecimientos al Todopoderoso que nos permitió compartir la maravillosa experiencia de cursar esta maestría con ilustres profesores y compañeros de quienes adquirimos grandes enseñanzas y ejemplos. De igual manera a nuestros padres, hijos y hermanos que nos han impulsado a trasegar más escalones en pro del conocimiento.

El grupo de trabajo agradece profundamente a nuestra Alma Mater -Universidad Militar Nueva Granada-, a través de su otrora Director de Posgrados señor Coronel Carlos Kennedy Veloza Lancheros, quien nos recibió, entrevistó y acogió como alumnos de esta maestría, al Coordinador y los profesores de las diferentes asignaturas, quienes con su empeño, consolidación y aportes permitieron desarrollar en cada uno de sus alumnos el interés por la investigación académica.

A nuestro tutor temático, doctor Mauricio Henao Bohórquez, quien nos orientó con lógicas directrices y lineamientos jurídico/procesales que nos permitieron sacar adelante este importante artículo investigativo.

Finalmente agradecemos al ilustre doctor Ricardo Ariza López quien con sus inmensos conocimientos, nos instruyó y señaló el camino para finiquitar este trabajo.

¡Nuestros más sinceros agradecimientos a todos!

Resumen

La ley 1474 de 2011 conocida como *Estatuto Anticorrupción* en su artículo 40 introdujo la novedosa causal 18 que modificó y adicionó el artículo 324 de la ley 906 de 2004, con el propósito de aplicar el principio de oportunidad a particulares y/o servidores públicos que incurran en el punible de cohecho en cualquiera de sus modalidades, siempre y cuando cumplan los requisitos allí previstos. Esta investigación explicativa pretende determinar las principales variables fácticas y jurídicas que comporta dicha causal analizándolas con mayor profundidad con el fin de dilucidar si permiten llevarla a la práctica de manera eficaz, o si por el contrario presenta obstáculos y en caso positivo, cuáles serían, de qué clase, qué repercusiones o efectos producirían, especialmente en lo que concierne a la violación de garantías fundamentales de los inculcados y la generación de impunidad. Por lo anterior se considera que el presente trabajo podría generar ideas, recomendaciones y nuevas hipótesis para futuras investigaciones que seguramente tendrán alguna relevancia social e incidencia objetiva y positiva en las discusiones de la política criminal de Estado sobre dicho aspecto, con lo cual se beneficiarán tanto a los destinatarios de la norma en cita, como a quienes como administradores de justicia y/o litigantes hacen uso cotidiano de ella.

Palabras clave: garantías y procesales, principio de oportunidad, delito de cohecho

Abstract

Law 1474 of 2011 known as the Anti-Corruption Statute Article 40 introduced the causal novel 18 which amended and added Article 324 of Law 906 of 2004, for the purpose of applying the principle of opportunity for private and / or public servants who engage in the offense of bribery in all its forms, provided they meet the requirements set forth therein. This explanatory research aims to identify the main factual and legal variables which involves such motions analyzing more deeply in order to elucidate if allowed to implement it effectively, or if instead presents obstacles and if so, what would be, of what kind, what impacts or effects occur, especially in regard to the violation of fundamental rights of the indicted and generating impunity. Therefore it is considered that this work could generate ideas, recommendations and new hypotheses for future research that will surely have some social relevance and objective and positive impact on the discussions of the criminal state policy on this aspect, which will benefit both recipients of the standard date, and those who as administrators of justice and / or litigants do it everyday.

Keywords: and procedural guarantees, the principle of opportunity, bribery

1. Introducción

El presente escrito está estructurado en dos secciones principales; la primera, aborda los antecedentes jurídicos más relevantes, que sirvieron de fundamento, para que el legislador decidiera crear la causal 18 del artículo 324 del Código de Procedimiento Penal Colombiano. Para tal efecto, se trajo a colación las principales leyes promulgadas a partir del año 1990, que tuvieron incidencia en todo tipo de medidas adoptadas para erradicar o por lo menos minimizar la corrupción administrativa que se ha ido posicionando a través del tiempo.

La segunda sección, se enfoca en mostrar de manera fáctica todas las posibles variables, que pueden presentarse al momento de aplicar en la práctica el principio de oportunidad, tanto para los casos de los servidores públicos, como para los particulares que incurran en el punible de cohecho en cualquiera de sus modalidades. A partir de esto, se hizo un análisis que pretende exponer, qué tan viable es su aplicación. .

Cabe resaltar, que en cada una de estas dos secciones se abordan subtemas que se encuentran relacionados estrechamente con la parte jurídica y fáctica, que conlleva la implementación de esta causal dentro del ordenamiento adjetivo penal.

Así, lo que se ha pretendido hacer, es una radiografía de la causal 18 contemplatoria del principio de oportunidad, aplicable a los autores del delito de cohecho, que mediante la promulgación del artículo 40 de la Ley 1474 de 2011 conocido como *Estatuto anticorrupción*, modificó y adicionó al artículo 324 de la Ley 906 de 2004. Esto con el fin, de evidenciar las problemáticas y la real perspectiva de aplicación que puede darse para los operadores judiciales, los defensores y los autores de tales conductas como potenciales destinatarios de la norma.

2. Planteamiento del Problema

El legislador insertó en el Estatuto Anticorrupción (ley 1474/11) la causal 18 que adiciona el art. 324 de la ley 906/04 con el objetivo de aplicar el principio de oportunidad a los autores de los delitos de cohecho, en la cual se plantean variables y requisitos que deberán cumplir taxativamente los potenciales beneficiarios.

¿Teniendo en cuenta la complejidad con que fue diseñada, en la práctica es viable su aplicación, o más bien se torna en otra norma inoperante, generadora de impunidad y violatoria de garantías fundamentales de los inculcados?

3. Objetivos:

3.1. General

Determinar cuáles son las principales variables o problemas fáctico/jurídicos que comporta esta causal, dilucidando si le impiden a la Fiscalía aplicarla eficazmente, si es una norma efectiva para combatir la corrupción administrativa y si tal como fue prevista puede generar violación de garantías fundamentales e impunidad.

3.2. Específicos

3.2.1. Examinar que variables o problemas jurídicos de esta causal, ya sea en conjunto, o por separado podrían restringir a la Fiscalía la concesión del beneficio.

3.2.2. Establecer si la norma es necesaria y eficaz y responde a una efectiva política criminal del Estado para combatir la corrupción administrativa.

3.2.3. Determinar si la norma induce al sospechoso o indiciado a auto-incriminarse vulnerando sus garantías fundamentales.

3.2.4. Comprobar si la norma ofrece interpretaciones ambiguas que permite a los autores o determinadores -servidores públicos- gozar del beneficio, sin tener que cumplir todas las obligaciones, rompiendo el principio de la igualdad frente a los particulares.

4. Marco teórico

El delito de cohecho ha cobrado especial relevancia y debe tenerse en cuenta que esta norma procesal penal tal y como fue diseñada por el legislador, exige el cumplimiento de unos requisitos que en la mayoría de veces se tornan inalcanzables. A su vez, está acompañada de algunas ambigüedades que pueden ocasionar problemas sustanciales o procesales que impedirán dar un resultado positivo al propósito que se busca. Es evidente, que en los últimos años el fenómeno de la corrupción administrativa en Colombia se ha intensificado y no ha valido el esfuerzo de los órganos de control del Estado y de la misma sociedad para contrarrestarla. Esto, debido a muchos factores, entre los que sobresalen la cultura del contubernio, las maquinaciones, el cohecho, el soborno, los conflictos de intereses, que sumados a la burocracia y carencia de lineamientos administrativos, impiden su erradicación. Es por esto, que se busca mediante la aplicación del *principio de oportunidad* que los autores de corrupción, en cualquiera de sus modalidades, puedan beneficiarse y a su vez contribuir a su debilitamiento. El panorama expuesto evidencia que la amplia gama de variables dificulta la efectiva implementación del *principio de oportunidad*, especialmente porque estimula al indiciado, imputado o acusado a auto-vulnerar sus garantías fundamentales de la presunción de inocencia y la no autoincriminación. Sin dejar de lado, que tal y como está redactado el último inciso, ofrece disímiles interpretaciones, que darían margen a que los servidores públicos logren gozar del beneficio, sin que sea taxativo para ellos reparar el daño causado, especialmente el de carácter patrimonial.

5. Marco Histórico

Desde el acto legislativo 03 de 2002 “Por el cual se reforma la Constitución Nacional” (Diario oficial, p.1). prosiguiendo con la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide

el Código de Procedimiento Penal” (Diario oficial, p.1) la ley 1312 de 2009 “Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad” (Diario oficial, p.1). y finalmente la Ley 1474 de 2011 “por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” (Diario oficial, p.1). se ha pretendido implantar una reglamentación estricta del *principio de oportunidad* atendiendo las causales taxativas allí plasmadas, posición que ha sido ratificada ampliamente por la jurisprudencia constitucional, entre las que se destacan las sentencias C-673 de 2005, C-095 de 2007, C-936 de 2010, C-157 de 2011, donde se ha dicho que cada causal tiene una finalidad diferente frente al desarrollo del instrumento jurídico, como por ejemplo, algunas se enfocan a propender por la indemnización integral a las víctimas, la colaboración eficaz de partícipes para desarticular organizaciones delictivas y grupos armados organizados al margen de la ley, entre otras.

En el caso que nos ocupa el fin teleológico de la causal 18 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, obliga a analizar el fundamento legal de la moralidad administrativa que últimamente se ha visto en entredicho, tal y como lo afirma Hernández:

Para entender la problemática es conveniente retomar la comprensión jurídica del término conforme a (Mora y Rivera, 2008:66): “Según este principio, las actuaciones de los servidores públicos deben regirse por la Ley y la Ética propias de la función pública” En efecto, si fuéramos a determinar el alcance de la expresión en comentario, sería muy poco lo que podríamos agregarle a su contenido. (2010, p.4)

Con miras a combatir la corrupción administrativa, el legislador colombiano ha expedido varias normas en los últimos años, entre las que se destacan, la Ley 43 de 1990 “Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de

Contador Público y se dictan otras disposiciones” (Diario oficial, p.1). Ley 80 de 1993 “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública” (Diario oficial, p.1). Ley que se reformó en los años siguientes debido a sus deficiencias que aun permitían que la corrupción se filtrara en el sistema social, lo que hace que surjan otras normas como; la Ley 87 de 1993 “Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones” (Diario oficial, p.1). Ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” (Diario oficial, p.1). Ley 678 de 2001 “Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición” (Diario oficial, p.1). La ley 734 de 2002 “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” (Diario oficial, p.1). La ley 1150 de 2007 “Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos” (Diario oficial, p.1). La ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” (Diario oficial, p.1), desembocando finalmente en la precitada Ley 1474 de 2011, todas las cuales tienen como común denominador y objetivo principal, atacar de fondo este flagelo que causa un profundo detrimento patrimonial al erario público e impide que los recursos públicos se inviertan eficazmente.

Es evidente que uno de los delitos que más afecta la moralidad de las entidades públicas y los administrados, es el cohecho, considerado como un fenómeno ampliamente

difundido, que permea constantemente la administración y diversos sectores de la sociedad, presentándose primariamente en muchas de las actividades cotidianas que cumplen los funcionarios en las entidades estatales, o que prestan un servicio público en pro de particulares interesados en obtener favores para su beneficio; pero el mayor impacto se presenta a nivel de las entidades que administran grandes recursos públicos, donde el factor económico es el principal objetivo de quienes tienen como finalidad enriquecerse a costa del erario.

Entre los renombrados y más recientes antecedentes que se tienen sobre la corrupción administrativa ha sido el *carrusel de la contratación* de obras de infraestructura de Bogotá. Caso en el que se han visto involucrados empresarios, senadores, representantes a la cámara, concejales, un séquito de abogados, asesores en calidad de “particulares” y especialmente varios servidores públicos adscritos a entidades como el IDU y la Alcaldía Mayor de la ciudad.

No está de más recordar las lecciones que dejó el 8.000 para no repetir los errores. Lo que se ha venido conociendo sobre el robo de los dineros de la ciudad en el llamado “carrusel de la contratación” no está dejando títere con cabeza. Más aún: por el alcance que están tomando las declaraciones de algunos implicados, pareciera que lo que se avecina es tan grave como en su momento lo fue el proceso 8.000, que develó la infiltración de dineros de la mafia del narcotráfico en las campañas presidenciales. Ya se habla de 24 concejales relacionados directos o indirectamente con contratistas que amasaron fortunas fruto de coimas y porcentajes que se repartían con cada obra; de ex funcionarios que contribuyeron al saqueo o repartieron contratos. Ya empiezan a ser mencionadas personas que hasta el momento no generaban dudas por sus actuaciones del pasado y del presente, y hasta se habla de un complot orquestado por los órganos de control para sabotear la gestión del alcalde Gustavo Petro. (Cortes, 2013)

Debido a ese auge criminal y con el fin de combatir específicamente el delito de cohecho a nivel nacional, se ha buscado romper y contrarrestar esta práctica de corrupción administrativa en todos sus órdenes, particularmente para prevenir modalidades como la del *carrusel de la contratación*, el legislador se dio a la tarea de modificar algunas normas dentro del ordenamiento penal sustantivo, con el fin de fortalecer las penas y amplificar el tipo penal, paralelo a ello modificó el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, con el fin de reducir los de beneficios y subrogados penales y la introducción de la causal 18 del artículo 324 del CPP.

Para puntualizarla tal y como quedó incorporada en el Estatuto Anticorrupción, se debatieron ampliamente varias proposiciones en las dos cámaras del Congreso. En la Cámara de Representantes a comienzos del año 2011 se presentó el informe de conciliación al proyecto de ley No. 174 de 2010 emanado de esta corporación y el proyecto No. 142 de 2010 emanado del Senado, cuyo objetivo era combatir la corrupción administrativa: “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública” (p.1). Algunas propuestas fueron muy acuciosas porque a la vez que ofrecían alternativas de redención para los autores del delito, como lo era la aplicación del principio de oportunidad, también imponían otras sanciones que buscan especialmente recuperar y preservar el erario, a su turno otras comportaban vicios que favorecían claramente a los servidores públicos que incurrían en esta práctica, e inclusive una propuesta pretendió revivir el parágrafo del artículo 24 de la Ley 190 de 1995, que prometía beneficios al servidor público que denunciara el delito, pero que a la postre lo que hacía era contribuir a la impunidad. Por esta razón, en aquella época al ser objeto de control posterior por la Corte Constitucional a través del MP. Dr. Antonio Barrera Carbonell afirmó que la norma

acusada “carecía de un componente moral y ético” y por tanto debía declararse inexecutable tal y como se avizora en la Sentencia C-709 de 1996. (Cámara de Representantes, 2010; Proyecto de ley 174, 2010; Senado de la República, 2010; Proyecto de ley 142, 2010)

Finalmente después de los debates de ley que llevaron a controversias, análisis, aclaración, concordancia, eliminación o complementación de texto, finiquitando conceptos para buscar la regla ideal, el Congreso expidió el Estatuto, erigido como un arma jurídica eficaz, para combatir las diferentes modalidades de corrupción administrativa. El presidente Juan Manuel Santos resaltó que se eliminarían los beneficios o subrogados penales y se aplicarían otras disposiciones rigurosas, para quienes cometan delitos contra la administración pública, al respecto dijo: “Se acabaron las gabelas para los procesados por corrupción”, “No habrá mecanismos alternativos de la pena privativa de la libertad, no habrá suspensión condicional de la misma, ni tampoco libertad condicional. Mucho menos gozarán de prisión domiciliaria” (Presidencia de la República, 2011)

Al analizar los debates de Cámara y Senado con las diferentes posturas resumidas en los párrafos anteriores, relacionadas con la aplicación del *principio de oportunidad* para autores o partícipes del delito de cohecho, se concluye, que el común denominador de todas tuvo en primer lugar, como fundamento central que este mecanismo procesal penal se conceda al particular o servidor público que voluntaria e integralmente repare el perjuicio patrimonial causado y en segundo lugar, que sirva como testigo contra el cohechador o cohechado aportando evidencia y testimonio eficaz para judicializarlo. Situación fáctica y jurídica que si bien es loable y aparentemente sencilla de aplicar, esto no es del todo cierto dado que la citada regla comporta una serie de requisitos para que eventualmente sea concedido, que en la práctica, seguramente pocos implicados en estas conductas punibles

estarían dispuestos a cumplir, debido a que soporta varias salvedades o problemas jurídicos que son preciso estudiar para estimar sus pros, contras y efectos.

6. Marco jurídico

Con el fin de hacer un análisis de la causal 18 debe recordarse que su incidencia está enfocada concretamente sobre los artículos 405, 406 y 407 del Código Penal que tipifican las conductas punibles de cohecho propio, cohecho impropio y cohecho por dar u ofrecer, descritos por el legislador en el capítulo tercero de la ley 599 de 2000. Diario Oficial No. 44097 (2000) “Por la cual se expide el Código Penal” (Diario oficial, p.1). Artículo 324. Causales. Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1312 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:

Quando el autor o partícipe en los casos de cohecho formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación penal, acompañada de evidencia útil en el juicio, y sirva como testigo de cargo, siempre y cuando repare de manera voluntaria e integral el daño causado.

Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento.

El principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denunciare primero el delito en las condiciones anotadas.

7. Resultado de la investigación

7.1. Principales problemas jurídicos que comporta la causal 18 del artículo 324 de la ley 906 de 2004. Siguiendo el derrotero trazado por el ente acusador para la aplicación de este beneficio en las demás causales contempladas en el artículo 324 de la ley 904/04, observadas en el texto “Fiscalía General de la Nación, Principio de Oportunidad, Bases Conceptuales para su aplicación” (p.1.) se observa que esta causal contiene 6 problemas jurídicos principales y otros subsidiarios, demarcándolos de la siguiente manera:

(a) Que el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia penal, (b) que aporte evidencia útil para el juicio, (c) que sirva como testigo de cargo, (d) que repare de manera voluntaria e integral el daño causado, (e) que cumpla las obligaciones pactadas con la Fiscalía en la audiencia de juicio y (f) que denuncie su participación en el punible, cuando sea servidor público. Los subsidiarios se avocarán y desarrollarán en cada uno de los precitados problemas.

7.1.1. Que el autor o partícipe en los casos de cohecho formule la respectiva denuncia penal. Es claro, que este problema jurídico atañe tanto a los particulares o servidores públicos inmersos en el delito de cohecho, por dar u ofrecer previsto en el artículo 407 del Código Penal, como a los servidores que pudiesen incurrir en la conducta de cohecho propio, previsto en el artículo 405, o en cohecho impropio contemplado en el artículo 406. Esta primera característica no contempla ninguna cualificación, es algo que puede hacer, tanto el particular, como el servidor público. Teniendo en cuenta que el *ius puniendi* es responsabilidad de la Fiscalía y ésta tiene el deber legal y constitucional de ejercer la acción penal de investigar y acusar las conductas que revistan las características de un delito. En este caso, la causal 18 parece ser producto de las falencias del sistema penal, que se torna incapaz de perseguir y contrarrestar el accionar criminal por sí misma y en consecuencia debe valerse de nuevas leyes en las que se incita a los autores o partícipes del cohecho a auto-incriminarse como requisito *sine quantum* para otorgarle el beneficio de no perseguirle penalmente. Hecho que pudiera constituirse en un atentado grave contra varias garantías fundamentales y procesales de cualquier ciudadano, en especial el *principio de legalidad* consagrado en el inciso segundo del artículo 29 superior, que prohíbe el juzgamiento de una persona sin que se conozca el acto que se le imputa, en concordancia con la afectación de la garantía fundamental de presunción de inocencia, contenida en el

inciso tercero de la misma regla; garantías que sin embargo, son menos gravosas que la probable vulneración del principio de no autoincriminación plasmado en el artículo 33 ibídem, vulneración materializada al obligar al presunto autor del punible de cohecho a denunciar que él ofreció, dio dinero, o como servidor público recibió del particular o de otro servidor público, dinero o dádivas para sí, o un tercero.

Frente a este cuestionamiento, se vislumbra que el legislador buscó mediante la causal expuesta anteriormente que el autor o partícipe del cohecho se auto-incrimine con el fin de romper la cultura y el círculo vicioso del citado delito. Sin embargo, el planteamiento de esta norma no asegura *per se* que los presuntos implicados acudan a esta práctica para beneficiar o facilitar la poca eficiencia del ente acusador, hecho que seguramente en la mayoría de hipótesis no será efectiva para ese noble proceder, máxime cuando la no persecución o suspensión de la acción penal en su contra dependerá de otros requisitos no menos rigurosos que tal vez él, no esté dispuesto a enfrentar.

7.1.2. Que el auto-denunciando/denunciante aporte evidencia útil para el juicio.

Bajo esta premisa es claro que para la aplicación del *principio de oportunidad*, no basta con que el presunto autor del cohecho formule la denuncia, sino que también la norma le impone la carga de aportar evidencia útil para el juzgamiento. Ahora bien, si no posee dicha evidencia, entonces pareciera ser que no puede ser destinatario del beneficio, o, que si tiene para aportar algún tipo de evidencia, pero ésta no es contundente para llevar a juicio al otro autor o partícipe, tampoco le concederían la aplicación del instituto. Pese a la complejidad de estas hipótesis le corresponderá a la Fiscalía determinar la validez de la evidencia que existe, y si con ella se puede optar por el principio, que beneficie al autor que cumplió con denunciar a otros co-autores o partícipes pero que no puede cumplir el segundo requisito.

(Bedoya, Guzmán & Vanegas Peña, 2010)

7.1.3. Que sirva como testigo de cargo. Una tercera carga que se le impone al autoincriminado en cohecho, se presenta como un requisito de colaboración efectiva para judicializar y condenar al cohechador, o cohechado según sea el caso. El testimonio que vaya a rendir en el juicio oral deberá ser eficaz para lograr la condena del otro u otros, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional al referirse a la necesidad de comprobar la eficacia de la colaboración al sentir de la sentencia C-095, dijo: “el requisito de que tal colaboración sea eficaz, implica la comprobación por parte de la Fiscalía de la veracidad y utilidad de la colaboración o del testimonio al que se refieren estos numerales (4 y 5) del artículo 324” (Corte constitucional, P.7). Posición que va en consonancia con lo emitido en los debates que se llevaron a cabo en el Congreso, previo a la promulgación de la Ley 1312 de 2009, donde se hizo énfasis en que la colaboración para aplicar el *principio de oportunidad* debe ser eficaz, al siguiente tenor:

Sólo si se logra aplicar el Principio de Oportunidad a alguno de sus integrantes como una herramienta importante que ayude a dismantelarlas, y con ello, aunque se suspende o se renuncia a la acción penal respecto de aquellos partícipes que no tengan un nivel jerárquico alto en la organización criminal, quienes a cambio suministran el conocimiento, la voluntad y la prueba eficaz para desactivarla, correlativamente los esfuerzos estatales podrán encaminarse hacia objetivos más trascendentales para la comunidad nacional e internacional, como es el ataque a la estructura y funcionamiento de las sociedades delictivas. (Senado de la Republica, 2010, p.1)

El concepto de testigo de cargo que contempla esta causal para aplicar el *principio de oportunidad* para el denunciante, está ligado a la eficacia probatoria de la declaración que vaya a verter en juicio, pues dicho testimonio no puede, o no debe ser de poca trascendencia para judicializar a otros implicados, de lo contrario la colaboración no sería

eficaz como lo proclama la sentencia C-095 de 2007 cuando se refiere al balance o ponderación de intereses que debe hacer la fiscalía en pro de justificar la aplicación del beneficio. Con esto, podría generarse impunidad al no poderse ejercer la acción penal en contra del testigo que cometió un delito, o en contraposición a esto, podría lograr un esclarecimiento del delito de cohecho, inclusive de otros delitos afines que se hayan cometido en coparticipación de quienes ahora son antagonistas, y por los cuales se hace posible conocerlos de no haber sido por la colaboración eficaz vertida mediante el testimonio. (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010)

De lo anterior se infiere, que la colaboración mediante el testimonio que deba prestar la persona que se auto-incriminó en el punible de cohecho, debe ser lo suficientemente eficaz como prueba de cargo. De no ser así, es posible que eventualmente no se estructure una condena en contra de su cómplice; porque a pesar del testimonio que se rinde en juicio, si el fallador no encuentra certeza para condenar, por el surgimiento de otras variantes, ejemplo, la destreza del defensor para contrarrestar o impugnar la credibilidad tanto del testigo, ora del testimonio. En estos casos, hay que preguntarse si con esta hipótesis la fiscalía se abstendría de aplicar el beneficio del instituto; bajo esta configuración la agencia fiscal debe tener en cuenta que la colaboración determinante para la aplicación de esta causal al sindicado de cohecho, solo hace referencia a que comparezca como testigo de cargo y colabore eficazmente, sin que tal situación esté condicionada al logro de una condena u otros efectos similares.

Comparando el problema jurídico que hace parte de la causal 18 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, llama la atención que sus apartes normativos son similares a la causal (5ª) de la misma norma y en consecuencia producen similares efectos jurídicos, luego entonces qué necesidad había de crear otra causal que a la postre sería igualmente difícil de

aplicar de manera adecuada. Ambas causales aluden al testigo de cargo, quien debe prestar colaboración eficaz contra los demás sindicados, con la diferencia que la quinta causal exige que dicho compromiso debe hacerse hasta antes de iniciar la audiencia de juzgamiento, como por ejemplo, en la audiencia de acusación o preparatoria, sin embargo, debe entenderse que el testimonio solo será legal, legítimo y eficaz si es vertido en la audiencia de juicio, porque el hacerlo en forma de entrevistas o interrogatorios previos, no tienen validez, ni siquiera como prueba de referencia.

De otro lado, teniendo en cuenta que la Ley 1312 de 2009 introdujo modificaciones a la causal 5ª del artículo 324 de la ley 906 de 2004 en cuyo inciso segundo dispone: “En este evento los efectos de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso respecto del procesado testigo hasta cuando cumpla con el compromiso de declarar. Si concluida la audiencia de juzgamiento no lo hubiere hecho, se revocará el beneficio”, lo que implica la ampliación de las hipótesis contempladas en el artículo 326, al permitir la suspensión de la investigación a prueba, misma situación fáctica y jurídica que puede darse a quienes se enmarquen en la causal 18, dado que supedita su concesión a la eficacia de la colaboración en el juicio. Sin embargo, se observa una notable diferencia porque mientras en la primera, la aplicación se deja en suspenso hasta por tres años, en ésta, se aplicaría efectivamente el *principio de oportunidad* desde el momento que se celebre el acuerdo (Fiscalía-sindicado), ¿pero en caso de que no se cumpla lo prometido, se procederá a revocar el beneficio?, interpretación que se colige del texto que reza: “Los efectos de la aplicación del principio de oportunidad serán revocados si la persona beneficiada con el mismo incumple con las obligaciones en la audiencia de juzgamiento. (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010)

Finalmente analizando de manera comparativa el inciso segundo de la causal 18, surge otro sub problema jurídico, puesto que esta norma expone con meridiana claridad que los efectos de la aplicación del beneficio serán revocados. Luego entonces cabría preguntarse, ¿qué pasará? si un juez de control de garantías impartió legalidad a la aplicación del *principio de oportunidad* y dicho acuerdo entre Fiscalía e imputado hizo tránsito a cosa juzgada, pero más adelante y en la audiencia de juicio de otro proceso en el cual el beneficiado servirá como testigo de cargo, el Ente fiscal considera que se incumplió lo pactado y decide *motu proprio* y de manera unilateral desconocer el acuerdo, soslayando de paso los principios de cosa juzgada material y/o formal, lo cual además de contener vacíos que producen inseguridad jurídica, no se ajustaría a la realidad que hipotéticamente podría presentarse en muchos de los casos.

7.1.4. Que se repare de manera voluntaria e integral el daño causado. Éste es tal vez, el requisito más complejo que contempla esta causal, teniendo en cuenta que fue el objetivo principal que buscó el legislador para hacer posible la aplicación de la institución, partiendo de la premisa que si se cometiere el delito de cohecho y éste lleva inmerso la defraudación grosera y abultada del erario, lo más lógico sería que los autores o el beneficiado patrimonialmente, decidan de manera voluntaria resarcir lo que han tomado ilícitamente. Sin embargo, en primer lugar, cabe preguntarse qué parámetros se utilizan para tasar el daño causado, por ejemplo, cuando ha sido el mismo denunciante quien ofreció y entregó determinada cantidad de dinero al servidor público –cohechado- y posteriormente lo denunció, ante lo cual deberá establecerse el concepto de víctima y consecuentemente los alcances de la indemnización integral que deberá hacer voluntariamente el autor o partícipe, situaciones como éstas dejan grandes vacíos que son

objeto de diversas interpretaciones que arrojan como conclusión que este problema jurídico sea improbable de resolver fácilmente.

En el caso objeto de estudio cuando la norma exige reparar de manera voluntaria e integral el daño causado, se subentiende que hay de por medio una víctima, que bien puede ser una persona natural o jurídica, como sería concretamente la entidad pública afectada patrimonialmente por efecto del cohecho. Por esta razón, es importante establecer el concepto de víctima en pro de aplicar la causal 18 y los derechos que le competen, atendiendo los diferentes pronunciamientos que sobre el particular contienen las sentencias C-578 de 2002, C-454 de 2006, C-370 de 2006, C-209 de 2007, C-210 de 2007 y C-516 de 2007 en las cuales la Corte Constitucional ha fijado una posición clara sobre el concepto de víctima y sus derechos a la indemnización, ordenando considerar como tal a toda persona que hubiese sufrido un daño a consecuencia del delito, al siguiente texto: “derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste. Este criterio se ha sostenido tanto en el contexto de los procesos penales de la justicia ordinaria en el ámbito nacional, como en el contexto de la justicia transicional, y de la justicia internacional”. (Corte Constitucional, s.f)

En cuanto a la aplicación del *principio de oportunidad* por la comisión del delito de cohecho, es claro que la víctima puede ser el particular u otro servidor público que fue compelido a entregar dinero u otro tipo de dádivas al servidor público adscrito a la entidad de la que se espera recibir beneficios, con la promesa de efectuar alguna actividad a su favor, pudiéndose estructurar los delitos de cohecho propio e impropio (art. 405 y 406 CP). Sin embargo, en esta definición, de manera paralela, también puede considerarse como víctima, la administración pública -entidad estatal- a la cual pertenece el servidor público

cohechador, situación compleja que tiene que definir el Fiscal de turno para aplicar el beneficio, estableciendo con objetividad si la prioridad la tiene la administración pública so pretexto del resarcir el detrimento causado. Cabe preguntarse, al margen del derecho de esa víctima, dónde quedaría el derecho de ese particular que entregó su dinero al funcionario (cohechador o cohechado), quien también sería una potencial víctima, o es acaso ¿los derechos del Estado primarían sobre los del ciudadano?, lo cual sería poco ortodoxo porque de ser así, se vulneraría de plano los derechos y garantías fundamentales consagradas en el artículo 2, 13 y 29 de la Constitución Política.

De lo anterior se concluye, que al analizar el inciso primero de la causal 18 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004, debe tenerse por víctima a la persona (natural o jurídica -entidad pública-o ambas simultáneamente) que hayan sufrido un daño cierto, real y concreto derivado de la conducta punible del cohecho, independientemente si es el sujeto activo o pasivo del delito en cualquiera de sus modalidades, bien porque ofreció, dio, o exigió, o porque fue compelido a dar, o recibir.

Ahora bien, tratándose del alcance de indemnización integral, se hace necesario partir de una voluntad absoluta y unilateral del autor o partícipe del cohecho para enmendar el perjuicio causado lo ideal es que se reintegrara lo apropiado ilícitamente. Para el caso del servidor público que ha incurrido en cohecho propio o impropio no habría problema, porque debería reintegrar el dinero o las dádivas recibidas a quien le exigió, es decir al particular, si esto fuera así, ¿qué beneficio tendría la administración pública? ¿Hay beneficio de algún tipo? o, ¿también debería pagarle la misma suma a la entidad en la que presta sus servicios para subsanar el ilícito? En principio esto sería ilógico e inaplicable, entonces ¿cuál sería la contraprestación para aplicar el *principio de oportunidad*, siendo que aquí no podría hablarse de reparación integral pecuniaria?, lo único que podría darse

sería una lección de moralidad pública, y habría que ver si la Fiscalía quedaría conforme con ello, al margen que el servidor público, cumpla con las demás obligaciones.

En el otro extremo, cuando el cohecho es cometido por el particular, o también por otro servidor público y entregó una gruesa suma de dinero a determinado servidor público, ¿cómo sería y a qué título la indemnización integral?, ¿debería desistir de la celebración del contrato y reintegrar la totalidad de los dineros recibidos como anticipos? o ¿además de haber pagado ilegalmente el “favor” por anticipado, debería volver a pagar la misma suma a título de indemnización integral para obtener el beneficio? o, ¿dicha indemnización debería entenderse y aceptarse por la Fiscalía como el hecho que este particular además de denunciar el hecho, aportó evidencia y servirá como testigo de cargo en el juicio en contra del servidor público?, todas estas dudas dejan un panorama confuso, y al dejar en manos exclusivamente del ente investigador determinar cuál es o debe ser, la indemnización integral para aplicar el *principio de oportunidad*, seguramente que no será fácil de definir y cobrar viabilidad. Corolario de lo anterior y con base en la posición jurisprudencial, podría o debería aceptarse que la reparación integral no será exclusivamente material, sino que también puede considerarse como un resarcimiento inmaterial, como lo es la denuncia del hecho, el aporte de evidencia útil y el compromiso de servir como testigo de cargo en el juicio, satisfaciendo con ello los derechos específicos de la víctima directa (entidad pública) perjudicada y de manera general la administración pública junto con la sociedad, o simple reparación simbólica.

7.1.5. Que cumpla las obligaciones pactadas con la Fiscalía en la audiencia de juzgamiento. Este es uno de los aspectos que siempre ha causado controversia al momento de aplicar el *principio de oportunidad*, cuando de antemano se exige como requisito que el sindicado, imputado, o acusado cumpla con las obligaciones adquiridas a cambio de este

beneficio que comporta dicha forma de terminación anticipada de la persecución penal. (Bedoya, Guzmán & Vanegas, 2010)

Este asunto resulta de mayor complejidad al aplicar la causal 18, frente a las exigidas en las causales 4ª y 5ª del artículo 324 donde también se requiere colaboración eficaz, toda vez que ésta tiene como objetivo combatir la corrupción administrativa denunciando y aportando evidencia y testimonio no sólo en contra del cohechador o cohechado, según el caso, sino contra toda una organización criminal que pueden estar detrás de ellos, lo que genera complicaciones de orden fáctico y jurídico tanto para la Fiscalía, como para la credibilidad y seguridad física del potencial testigo. Además de otras circunstancias que afectan la practicidad del requisito, lo cual eventualmente podría vulnerar garantías fundamentales y procesales del testigo, con mayor razón si está privado de la libertad y tiene que esperar bajo esa condición que se desarrolle toda la investigación, las audiencias de acusación, preparatoria y la misma de juzgamiento donde solo después de rendir su testimonio obtendría el beneficio del principio de oportunidad y en consecuencia su libertad, si es que el fiscal del caso estima que la colaboración fue eficaz. Frente a esto, cabría preguntarse si el potencial testigo está dispuesto a afrontar tales eventualidades, que en últimas, no le garantizan la aplicación del *principio de oportunidad*, teniendo en cuenta que del tenor literal de la norma, se infiere que podría tratarse de una mera expectativa.

En la práctica pueden darse varias situaciones dependiendo si el testigo está libre o privado de la libertad; en el primer caso, no existiría problema, pues no se afectarían sus garantías fundamentales si no se aplicara inmediatamente el *principio de oportunidad*; caso contrario si está detenido, porque aquí, sí sería conveniente que el *principio de oportunidad* se aplicara inmediatamente, con el fin de que recobrar su libertad desde el momento en que se ha comprometido a servir como testigo de cargo, máxime si ya aportó evidencia útil

para ser utilizada en el juicio; otra opción sería que dicho testigo en su condición de sindicado, imputado o acusado deba permanecer privado de la libertad hasta que vengán los términos de detención preventiva (120 días), caso en el cual recobraría la libertad, no bajo el esquema de su previo compromiso con la Fiscalía, sino por ministerio de la ley procesal, ante lo cual, hipotéticamente, pero de manera muy remota podría llevarse a cabo la audiencia de juicio en contra del cohechador o cohechado y por último, sería pertinente que la privación de libertad pudiera extenderse más allá de los términos legales, con base en el compromiso hecho con la Fiscalía y hasta tanto colabore eficazmente en la audiencia de juzgamiento como testigo de cargo. Sin embargo, pese a que este proceder sería razonable, no sería legal, porque se vulnerarían los derechos y garantías fundamentales de ese potencial sujeto procesal, especialmente al mantenerlo privado de la libertad merced de un compromiso, con perjuicio de por medio, so pretexto que después de obtener su libertad incumpla las obligaciones adquiridas, en detrimento de la teoría del caso del ente acusador.

Debe apreciarse que al darse esta modalidad, no existe un fundamento legal para mantenerlo preso, debido a que no hay de por medio un *preacuerdo* que lleve inmerso una sentencia con rebaja de pena por aceptación de cargos, tampoco la aplicación de la medida de preclusión; sino simplemente el cumplimiento de un requisito exigido por una causal, a la espera de un juicio que puede llevarse a cabo en pocos meses.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la Fiscalía debe verificar la veracidad de la información que va a verse en el juicio, con el fin de reducir los riesgos inherentes a la colaboración de estos testigos que esperan recibir este tipo de beneficios. De igual forma, deberá contar con otro tipo de pruebas, teniendo en cuenta que en materia de colaboración de imputados existe un riesgo considerable de que la verdad sea tergiversada o la actividad

investigativa sea desorientada intencionalmente, lo que implicaría un daño considerable a la administración de justicia.

Concordante con lo anteriormente expuesto, debe apreciarse que en la ley 1312 de 2009 se introdujeron modificaciones para la aplicación del *principio de oportunidad* con el propósito de hacer mayor claridad en torno a las condiciones bajo las cuales se ha hecho un pacto entre el sindicado, imputado o acusado y la fiscalía en pro de la colaboración eficaz. Con base en ella puede darse aplicación tanto de la causal quinta que comporta esta situación de hecho, como la reciente causal 18 que también exige tal compromiso.

En el contenido de estas reformas, es clara la intención del legislador de ratificar que los beneficios derivados de la aplicación del principio de oportunidad quedarán en suspenso hasta tanto se verifique el cumplimiento de las obligaciones pactadas entre el imputado y la Fiscalía, quedando claro que la celebración de dichos acuerdos deben contener obligaciones específicas y términos precisos en cuanto a la verificación del cumplimiento de las mismas. Además, debe tenerse en cuenta que la aplicación del *principio de oportunidad* bajo cualquiera de las modalidades que contempla el ordenamiento jurídico, debe ser objeto de una adecuada motivación y del respectivo control de legalidad -juez de garantías-, con lo que se precave vulneraciones a las garantías fundamentales de la parte débil de esta relación jurídica, en este caso el sindicado, imputado o acusado de cohecho.

7.1.6. Que denuncie su participación en el punible, cuando sea servidor público.

Aspecto que también es muy complejo porque además de que hipotéticamente el servidor público se ve abocado a las contingencias planteadas en párrafos anteriores, las cuales *per-se* no le garantizan que automáticamente sea beneficiario del *principio de oportunidad*. También se verá enfrentado a otro dilema no menos complejo, relacionado con su

autoincriminación que no sólo afrenta esta garantía constitucional, sino la de presunción de inocencia que aún no ha sido desvirtuada por la fiscalía. Bajo esa premisa, habría que preguntarse, ¿hasta qué punto estaría dispuesto a renunciar a *prima facie* a un juicio público, controversial y garantista de sus derechos procesales?, y si con fundamento en algún tipo de evidencia física o elementos materiales probatorios que no han sido objeto de contradicción dentro del juicio para calcular si son dignos de una sentencia condenatoria, estaría dispuesto a aceptar su responsabilidad penal, bajo el entendido que denunció y aceptó su participación en el delito de cohecho.

La Constitución política de 1991 en su artículo 33 contempla una garantía legal y supralegal que hace parte del bloque de constitucionalidad y por tanto objeto de riguroso respeto tanto por los Estados, ora por los operadores judiciales, como lo ha resaltado Riveros Barragán de la siguiente manera:

En el contexto del desarrollo del derecho al debido proceso, el derecho a guardar silencio se ha protegido como derecho fundamental del procesado por los diferentes instrumentos internacionales tanto en materia de derechos humanos como en materia del derecho penal internacional. Incluso, ha tenido mayor protección por medio del derecho a la no autoincriminación, derecho del cual se deriva, que en materia de estándares internacionales ha implicado el amparo directo al derecho a guardar silencio sin que aquella actuación implique cualquier tipo de indicio en contra del procesado. Así, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos hacen referencia a dicho presupuesto como base sólida del derecho fundamental al debido proceso. (Riveros, 2008, p.375)

Con base en esa garantía supralegal, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del derecho a guardar silencio, que ha tenido un gran desarrollo en materia de estándares internacionales. De esta manera, se entiende que este derecho junto con el derecho a la no autoincriminación, es el núcleo esencial del derecho al debido proceso, razón suficiente para sopesar si al someter al servidor público a denunciar su autoría en el delito de cohecho, so pretexto de concederle el *principio de oportunidad*, no vulnera de plano esta garantía, tal y como lo ha sostenido la Corte garante de la Constitución al afirmar:

El derecho de defensa, núcleo esencial del debido proceso, se encuentra conformado por el derecho a ser oído, con el pleno de sus garantías constitucionales, y el derecho a guardar silencio, es decir, su derecho a callar, así como a dar su propia versión sobre los hechos en ejercicio pleno de su derecho de defensa. Ello se traduce a su vez, en la garantía que tiene toda persona a no auto incriminarse, ni a incriminar a su cónyuge o sus parientes más cercanos. El derecho fundamental a no auto incriminarse en el curso de un proceso criminal, correccional o de policía, constituye como lo ha señalado la jurisprudencia, una forma de defensa y por tanto un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso.

Al respecto es importante recordar que la Corte al examinar la constitucionalidad de la expresión contenida en el numeral 1 del artículo 368 de la Ley 600 de 2000, en la cual se consagraba como exigencia para el sindicado al suscribir la diligencia de compromiso, la obligación bajo la gravedad del juramento de prestarle al funcionario competente “la colaboración necesaria para el esclarecimiento de los hechos”, encontró que se trataba de una imposición que contrariaba el ordenamiento constitucional, pues si bien todo ciudadano por disposición del artículo 95, numeral 7, de la Constitución se encuentra en el deber de “Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia”, cuando se trata de una persona procesada por la posible comisión de un delito, puede resultar desconocido el

artículo 33 del Estatuto Fundamental. En esa oportunidad la Corte razonó de la siguiente manera:

Una cosa es el deber genérico de colaborar con la administración de justicia y, otra cosa diferente establecer para el sindicado en un proceso determinado un deber específico de colaborar de una manera especial y con un propósito determinado, como ocurre con la norma acusada. En efecto, al señalar el precepto acusado que cuando el funcionario lo solicite, puede obtener bajo la gravedad del juramento, la colaboración necesaria del sindicado para el esclarecimiento de los hechos, la norma, lleva consigo un elemento subjetivo, al dejar al arbitrio del funcionario competente la valoración de la conducta, pues el aparte demandado permite que sea el funcionario el encargado de valorar que tan necesaria fue la colaboración que prestó en su momento la persona investigada. (Corte Constitucional, 2005, p1)

Teniendo como fundamento la posición jurisprudencial y las normas supra legales que amparan el derecho fundamental de no autoincriminación, tal situación puede tornarse en un gran escollo para que los servidores públicos denuncien su participación a título de autores, coautores, determinadores o cualquier otro grado en los delitos de cohecho, para beneficiarse de la aplicación del principio de oportunidad.

Concordante con lo anterior y al analizar el último inciso de la causal 18, pareciera aflorar un contrasentido, porque allí se prevé que el principio de oportunidad se aplicará al servidor público si denuncia primero el delito de cohecho en las condiciones anotadas, es decir, en lo que reza el inciso primero y segundo de la misma regla. Pero la pregunta que surge es, ¿por qué el legislador plasmó con taxatividad esta propuesta?, si el inciso primero la subsume de manera similar al prever que el autor o partícipe, que bien puede ser el mismo(servidor público) formulare la respectiva denuncia que da origen a la investigación

penal -noticia criminis- y si da origen es porque fue él quien denunció primero la comisión y su participación en el delito, ¿luego para qué aquella, si ya existe ésta?.

Si se analiza con detenimiento la norma, pareciera ser que el último inciso de la causal 18 comporta un vacío de interpretación que puede ser usado para posibilitar cierto tipo de impunidad a favor de los servidores públicos que incurran en el punible de cohecho en cualquiera de sus formas. Si bien es cierto están obligados a denunciar primero su participación, en términos procesales el efecto sería diferente a los autores particulares, caso en el cual se enmarcarían en el inciso primero, con el agravante que ante esta situación de hecho, no sólo tienen la obligación de denunciar la comisión del delito, sino además, colaborar eficazmente en el juicio y lo más importante, reparar, es decir pagar voluntaria e integralmente el daño causado. No acontecería lo mismo con los autores calificados, porque con el solo hecho de denunciar, sería suficiente para beneficiarse del *principio de oportunidad*, sin que tengan que colaborar eficazmente en el juicio y reparar integralmente el daño, siendo así las cosas, la norma consentiría impunidad frente al resarcimiento económico a favor de la víctima por parte de estos infractores calificados, que generalmente hacen parte de la administración pública.

De ahí que estos vacíos se presten para variadas interpretaciones que a la postre podrán ser usadas por los autores del delito de cohecho buscando la aplicación del *principio de oportunidad* de una manera *seudo-legal*, logrando en últimas su fin propuesto. A pesar de confesar el delito, no pagan prisión y como si fuera poco se quedan con el producto del ilícito, burlando así a la administración pública y la justicia, de ahí las voces en contra de los preacuerdos o negociaciones que se han ventilado en la prensa hablada y escrita:

Involucrados en carrusel de la contratación deben devolver el dinero: Petro. El electo alcalde de Bogotá rechazó cualquier preacuerdo con la Fiscalía por las irregularidades en la

contratación. El electo alcalde de Bogotá, Gustavo Petro se mostró en desacuerdo con los últimos preacuerdos a los que han llegado la Fiscalía con un grupo de contratistas comprometidos en el llamado carrusel de la contratación. Según Petro, el descalabro económico por las irregularidades en la contratación en la capital de la República asciende a 800 mil millones de pesos, “dinero que deben devolver todos los involucrados en este caso de corrupción”. El alcalde manifestó que “se necesita de toda la reparación económica”, por lo que rechazó el preacuerdo registrado por el contratista Julio Gómez, manifestando que el peculado que mostró a la Fiscalía no se ajusta a la realidad. (El espectador, 2011)

8. Hipótesis

¿La novedosa causal 18 contenida en el artículo 40 del Estatuto Anticorrupción -Ley 1474 de 2011 que adicionó el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 se torna llamativa para los autores del delito de cohecho en cualquiera de sus formas?

En la actualidad no se torna llamativa debido a los complejos requisitos que debe cumplir el autor de cualquiera de los delitos de cohecho para que la Fiscalía lo beneficie con el principio de oportunidad, por lo que optarán por acogerse a este mecanismo con base en las causales 4, 5 y 7 del mismo artículo 324 que son más flexibles y les otorgan similares beneficios. Hasta la presente los autores o partícipes de estas conductas punibles relacionadas con el denominado “carrusel de la contratación administrativa” no han hecho uso de la causal 18, en cambio sí la Fiscalía viene aplicando las hipótesis contemplada en las precitadas causales 4, 5 y 7.

¿Es viable que la Fiscalía tenga toda la libertad de acción para ofrecer la aplicación del principio de oportunidad a los autores o partícipes de los delitos de cohecho con base en la causal 18 del artículo 324?

A pesar la autonomía y facultades concedidas por el artículo 250 Constitucional, el Ente acusador no tendrá mucha libertad de acción para su aplicación porque estará sujeta a obstáculos exógenos y endógenos que no son fáciles de sortear, por lo que tendrá que reglamentarla, so pena de tornarse definitivamente inaplicable. Es indudable que los principales obstáculos exógenos que podrían impedir su aplicación serían entre otros, las decisiones de los jueces de control de garantías o de conocimiento que deben aprobar o improbar el beneficio del principio de oportunidad, igualmente la víctima que eventualmente se encuentre inconforme con el acuerdo, bien porque no se incluyen todas las conductas, o bien porque no se está indemnizando integralmente a la entidad pública si esta es la víctima directa, las complicaciones endógenas se darían por parte del Comité del Principio de Oportunidad que al interior del Ente Investigador encuentre que no se puede aceptar lo acordado por el fiscal del caso y por ende niega su concesión.

¿Con esta norma se pretende darle mayor relevancia y prerrogativa al accionar investigativo de la Fiscalía para judicializar este tipo de delitos, relegando a un segundo plano las garantías fundamentales de la igualdad, debido proceso (principios de legalidad, presunción de inocencia) y no autoincriminación de los autores de dichos punibles?

Definitivamente se considera que con la inserción de esta norma en el ordenamiento jurídico procesal penal se relegan las garantías fundamentales de la igualdad, debido proceso y no autoincriminación de los presuntos inculcados, so pretexto de atacar la corrupción administrativa y los delitos de cohecho, con el agravante que después de que el presunto implicado se auto-incrimine no habría marcha atrás, teniendo en cuenta que la denuncia de este tipo de punibles no es desistible, ni retractable, lo cual sin lugar a dudas se torna en un obstáculo no fácil de sortear.

¿Es probable que los particulares o servidores públicos que presuntamente hubiesen incurrido en conductas punibles de cohecho se atrevan a denunciar primero el hecho y auto incriminarse, a sabiendas que la Fiscalía no cuenta con elementos probatorios o evidencia incriminatoria en su contra?

Es poco probable que los autores o partícipes se atrevan a prima facie a denunciar un hecho o auto incriminarse si presumen que la Fiscalía pueda tener, o no tener siquiera un mínimo de elementos probatorios o evidencia que permita inferir su autoría o participación, hipótesis que se acrecienta porque en Colombia existe la cultura del silencio y en principio no opera la delación voluntaria.

Hasta la presente y a pesar que esta causal tiene una vigencia cercana a los tres años, no existe evidencia, ni aparece estadísticamente que se haya presentado un caso de estos donde el particular o servidor público hayan denunciado su propia autoría en esos punibles, los casos ventilados dan cuenta que los vinculados deciden colaborar y lograr la aplicación del principio de oportunidad, pero por efecto de la imputación de cargos y solicitud de medida de aseguramiento que hace la Fiscalía, lo que demuestra que de no ser así, seguramente no existiría colaboración por quienes deciden obtener esta clase de beneficio.

¿La ambigüedad prevista en el último inciso de la causal 18 podría generar impunidad respecto de la obligación de los servidores públicos a reparar integralmente el daño para obtener el beneficio?

Ciertamente la ambigüedad contemplada en el último inciso de la causal 18 puede generar impunidad respecto de la obligación que tendrían los servidores públicos a reparar integralmente el daño (pecuniario) para obtener el beneficio, debido a que la norma no es clara, podría interpretarse que se divide en dos partes, de un lado el primer y segundo inciso que aplicaría a los particulares con rigurosidad, contrario sensu, el tercer inciso que para el

caso del servidor le indicaría cumplir los demás requisitos, pero no la reparación integral del daño como tal.

9. Conclusiones

Tal y como fue diseñada y promulgada por el legislador la causal 18 que adicionó el artículo 324 de la ley 906 de 2004 en procura de aplicar el *principio de oportunidad* a los autores del delito de cohecho en cualquiera de sus modalidades, se considera inviable, teniendo en cuenta que deben cumplirse de manera coetánea, estricta, sistemática y heterogénea todos y cada uno de los requisitos allí previstos. Esto significa que dada su complejidad y rigurosidad es impracticable, ante lo cual será deber de la Fiscalía reglamentarla, tal y como lo hizo con las restantes 17 causales, incluyendo esta última que se refería a la aplicación del *principio de oportunidad* para los desmovilizados de los grupos armados ilegales que no habían sido postulados para obtener los beneficios de la Ley 975 de 2005, “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” (p.1.), causal -17- que a la postre fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-936 de 2010, MP. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva; se reitera que su reglamentación es fundamental y prioritaria so pena de entrar a engrosar el cúmulo de normas que aunque aparecen en el ordenamiento jurídico y están vigentes, no son utilizadas por el operador judicial y menos por los destinatarios, debido a su ineficacia.

El último inciso de la causal 18 permite aplicar el *principio de oportunidad* a los servidores públicos con la condición que denuncien primero la comisión del cohecho, pero tal y como fue redactado ofrece dos interpretaciones, dando margen a que estos autores calificados gocen del beneficio, sin que sea taxativo reparar el daño causado, especialmente

el de carácter patrimonial, generando con ello impunidad y rompiendo de plano la garantía fundamental de la igualdad real ante la ley frente a los particulares inmersos en similares conductas, a quienes se les exige taxativamente el cumplimiento estricto de todos los requisitos.

La precitada causal incita al indiciado, imputado o acusado a auto-vulnerar sus garantías fundamentales de la presunción de inocencia y la no autoincriminación, al renunciar *prima facie* a un juicio público, concentrado, garantista y controversial, lo cual parece ser, no fue apreciado con objetividad por el legislador, ni se concordó con el bloque de constitucionalidad que ordena su prevalencia; contrario sensu primó la importancia de la causalidad con miras a imputar jurídicamente el resultado y dando paso a una especie de responsabilidad objetiva lo cual está proscrito en el ordenamiento penal.

La causal 18 subsume situaciones de hecho similares a las plasmadas en las causales 4, 5 y 7 del Art. 324 C.P.P. aptas para conceder principio de oportunidad, (colaboración eficaz en la etapa de juicio y reparación integral), la única diferencia de fondo es que en aquella el potencial beneficiario debe formular la denuncia penal para obtenerlo, pero no existe un propósito jurídico que obligare a su promulgación, en cambio sí, es coyuntural y mediática frente a los casos de carruseles de la contratación y al beneficio que la norma ofrece a los autores, en especial los políticos incurridos en la conducta.

Lista de referencias

- Bedoya, S & Vanegas, P. (2010). *Principio Oportunidad, Bases Conceptuales de aplicación*, Recuperado de www.fiscalia.gov.co
- Cortes F. (8 de junio de 2013). *Del 8.000 al carrusel/Voy y vuelvo*, recuperado de <http://www.eltiempo.com>
- Colombia. (1990). *Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 39602, p.1.*
- Colombia. (1993). *Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Diario Oficial No. 41.094, p.1.*
- Colombia. (1993). *Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41.120 p.1*
- Colombia. (1998). *Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 43.464 p.1*
- Colombia. (2001). *Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición. Diario Oficial No. 44.509, p.1*
- Colombia. (2002). *Por el cual se reforma la Constitución Nacional. Diario Oficial No. 45.040, p.1*

Colombia. (2002). *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*. Diario Oficial No. 44.708, p.1

Colombia. (2002). *Por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097, p.1

Colombia. (2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Diario Oficial No. 45.657 p.1

Colombia. (2005). *Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios*. Diario Oficial No.45980 p.1

Colombia. (2007). *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Diario Oficial No. 46.691 p.1

Colombia, (2009). *Por medio de la cual se reforma la Ley 906 de 2004 en lo relacionado con el Principio de Oportunidad*. Diario Oficial No. 47.405 p.1

Colombia, Senado de la Republica, *Ponencia para segundo debate del proyecto de Ley 261*, (2010)

Colombia, Cámara de Representantes, *Informe de conciliación al Cámara*, (2010).

Colombia. (2011). *Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública*. Diario Oficial No. 48.128 p.1

Colombia. (2011). *Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 47.957 p.1

Colombia. (2011), *Se acabaron las gabelas para los procesados por corrupción*.

Presidencia de la República

Colombia. (2010). *Proyecto de ley 142*. Senado de la República

Colombia (2010). *Proyecto de ley 174*. Cámara de Representantes

Colombia, (2010). *Proyecto de ley NI74*. Congreso de la República

Colombia. (2004). *Resolución No. 0-6657*

Colombia, Sentencia C-095. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2007.

Colombia, Sentencia C-782. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2005.

Colombia, Sentencia C-936. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2010.

Colombia, Sentencia C-578. de 2002. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2002.

Colombia, Sentencia C-673 de 2005. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2005.

Colombia, Sentencia C-454 de 2006. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2006.

Colombia, Sentencia C-370 de 2006. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2006.

Colombia, Sentencia C-209 de 2007. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2007.

Colombia, Sentencia C-210 de 2007. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2007.

Colombia, Sentencia C-516 de 2007. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2007.

Colombia, Sentencia C-936 de 2010 Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2010.

Colombia, Sentencia C-157 de 2011. Corte Constitucional, Bogotá, Colombia de 2011.

Fernández, (diciembre 1998). *La Naturaleza y Contenido del Mandato de Lex Certa en la Doctrina del Tribunal Constitucional*, 141-152.

Hernández, H. (diciembre de 2010). *Para entender la problemática es conveniente retomar la comprensión jurídica del término conforme a* (Mora y Rivera, 2008:66) recuperado de <http://lamoralidadadministrativacolombiana.blogspot.com>

Riveros, B. (2008). *El derecho a guardar silencio: visión comparada y caso colombiano*. Bogotá, Recuperado de [www. scielo.org.co](http://www.scielo.org.co).

Ungar Bleier Elisabeth, (septiembre de 2013). *Colombia y la Convención para Combatir el Cohecho*. El Espectador. Recuperado de www.elspectador.com