

Tipologías de **CORRUPCIÓN** en **COLOMBIA**

Fiscales Unidos por la Transparencia y la Integridad

Del cohecho y la concusión

Tomo I

**UNIDOS CONTRA
LA CORRUPCIÓN**



PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Bogotá
Noviembre 2018

Derechos reservados ©
Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (UNODC) y Fiscalía General de la Nación (FGN).

Las denominaciones empleadas en este documento y la forma en que aparecen presentados los datos que contiene, no implican, de parte de la Secretaría de las Naciones Unidas, juicio alguno sobre la condición jurídica de países, territorios, ciudades o zonas, o de sus autoridades, ni respecto del trazado de sus fronteras o límites.

La información sobre los localizadores uniformes de recursos y enlaces a sitios de Internet contenidos en el documento se consigna para facilitar la consulta y es exacta al tiempo de la elaboración. Las Naciones Unidas no asumen ninguna responsabilidad por la exactitud de dicha información en el futuro ni por el contenido de sitios web externos.

Los puntos de vista y opiniones de los autores expresados en este documento no representan ni reflejan necesariamente las de las Naciones Unidas o de la UNODC, y no serán utilizados con fines publicitarios o de patrocinio de personas o productos.

La información que se relaciona a continuación es confidencial, está sujeta a reserva hasta que las partes realicen acuerdos explícitos sobre aquello que se hace público y la manera de hacerlo.

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Documento elaborado en el marco del Acuerdo entre las Naciones Unidas, representadas por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Fiscalía General de la Nación (FGN).



PRINCIPALES TIPOLOGÍAS DE CORRUPCIÓN EN COLOMBIA

Fiscalía General de la Nación

Néstor Humberto Martínez Neira
Fiscal General de la Nación

Eduardo Charry Gutiérrez
Director de Altos Estudios

José Alberto Salas Sánchez
Director Especializado contra la Corrupción

Álvaro Osorio Chacón
Director Nacional de Articulación de Fiscalías Nacionales Especializadas

Daniela Andrea Suárez Naranjo
Profesional de la Dirección de Altos Estudios

Revisión y Comentarios

Andrés Felipe Vásquez Umaña
Profesional Especializado de la Dirección Especializada contra la Corrupción

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

Bo Mathiasen
Representante

David Álamos Martínez
Jefe de Área de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Diego Quintero Martínez
Coordinador de Prevención del Delito y Justicia (PROJUST)

Revisión

Anamaría Talero Pilonieta
Asesora Senior del Pilar Anticorrupción

María Carolina Garzón Sánchez
Asesora del Pilar Anticorrupción

Juan Carlos Lozano Giraldo
Asesor del Pilar Anticorrupción

Manuela Gómez González
Asistente Temática en Prevención y Lucha contra la Corrupción

Investigación, análisis y redacción

Juanita María Ospina Perdomo
Subdirectora de Análisis de Operaciones de la Unidad de Información y Análisis Financiero (UIAF)

ISBN Volumen: 978-958-56795-5-9
ISBN Obra Completa: 978-958-56795-4-2



Del cohecho y la concusión



En este tomo se abordan los aspectos relevantes de los tipos penales consagrados en los artículos 404 a 407 y 433 del Código Penal que en esta cartilla se han agrupado bajo la denominación “Del cohecho y la concusión”.

De manera general se abordan los elementos comunes, para luego profundizar respecto a sus principales diferencias, así como las tipologías más comunes de este fenómeno.

1. Introducción del cohecho y la concusión

Los delitos que se han integrado bajo la denominación común del cohecho y la concusión son conductas contra la administración pública (bien jurídico tutelado); en este caso específico orientados a preservar los principios propios de la función pública y valores que así mismo la garantizan y permiten su permanencia, así como la transparencia y probidad (irreprochabilidad) que ha de primar en la función pública.

Se traen algunos apartes que se refieren a ello en la jurisprudencia:

“(…) Dentro del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, indudablemente está el normal desenvolvimiento de las funciones estatales, o sea que el Estado pueda desarrollar sin trastornos sus actividades legisladoras, judiciales y administrativas. Pero dentro de este bien jurídico también se comprenden valores como el prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina, etc. De ahí que quienes no actúan como deben, quebrantan aspectos esenciales del poder público. (...)”¹.

“Entonces, el bien jurídico tutelado tanto en el caso del cohecho impropio como el propio es la administración pública, en cuanto los atributos de transparencia, legalidad, imparcialidad, objetividad, moralidad, entre otros y que le son propios, no se vean empañados o cuestionados, por la ejecución de los actos que han sido confiados a sus servidores, por consiguiente, no se requiere que con la conducta cuestionada se hayan ocasionado efectos dañinos para la administración para que ésta merezca reproche penal, ya que lo que sanciona no es el resultado sino la puesta en peligro, el deterioro de la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad sobre la administración pública”².

“El delito de cohecho propio, dentro del contexto normativo propuesto por el legislador, fue instituido para proteger la transparencia, integridad y moralidad de la administración pública, bien jurídico a proteger de conductas penalmente relevantes en que puedan incurrir sus servidores públicos, siendo trascendente la identificación de comportamientos que tengan la capacidad real y concreta de colocar en duda la rectitud debida en el ejercicio de la función pública”³.

“Se trata de un tipo penal funcional que protege el bien jurídico de la administración pública, el cual se puede definir como el conjunto de condiciones materiales que se expresan a manera de principios en el artículo 209 de la Constitución y que definen los rasgos fundamentales de la función y de la ética pública.

Entre ellos, el interés general -que es fundamento del Estado-, la moralidad y la imparcialidad, corresponden a imperativos éticos que le confieren sentido a la noción de lo público. De allí se deriva la cruzada legal para garantizar la indemnidad de la función pública que en tanto sea imparcial y fundada en el interés general, garantiza la eficacia de los principios, la igualdad de trato y la posibilidad de construir el orden justo como fundamento del Estado.

El delito de cohecho supone una ruptura de esa axiología, pues con dicha conducta se pretende interferir la facultad de los servidores públicos en general, y los jueces en particular, de decidir las situaciones administrativas o los conflictos

que se ponen a su consideración, como lo harían frente a cualquier persona en las mismas condiciones o incluso que reconozcan un trato diferenciado a quienes no comparten elementos en común, finalidad que puede ponerse en riesgo o afectarse materialmente, cuando al argumento y la razón se antepone la dádiva o la retribución ilícita, como fundamento de la decisión judicial o administrativa”⁴.

“(…) immaculación del bien jurídico administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función”, o como desde antaño se dijo “en el sentido que refulge de la norma, el interés del Estado en la irreprochabilidad e insospechabilidad de los servidores de la administración pública, la cual sufriría por el hecho de la aceptación de invitaciones, presentes o cualquier otro tipo de utilidad, ofrecidos por quien está interesado en asuntos sometidos a su conocimiento”⁵.

“(…) se pretende proteger el prestigio de la administración pública y la probidad de sus servidores, de modo que su actuar intachable no ofrezca ninguna duda y que responda a los intereses generales de la sociedad, sancionando con este tipo penal la conducta del servidor público que cede ante los ofrecimientos y canongías apartadas de la legalidad, efectuadas por terceros». (...)”⁶.

“mediante tal norma el legislador pretende amparar la transparencia, rectitud, imparcialidad, integridad, legalidad y objetividad que, en el ámbito ideal, debe irradiar la administración pública, evitando que se menoscabe el perfil de impecabilidad y buena gestión que debe caracterizar a las instituciones públicas y sus integrantes en un Estado de derecho”⁷.

“(…) la administración pública, bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, desmoronándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados”⁸.

Para conocer sobre el origen y los lineamientos internacionales, revisar los contenidos de la plataforma virtual:

- * Las Convenciones Internacionales aplicables a Colombia disponibles en el módulo 2.
- * El video 5.1.1. Lineamientos Internacionales – Sobornos (Camilo Cetina).

2. Elementos comunes al cohecho y la concusión

Son varios los elementos comunes que comparten los distintos tipos penales que integran este módulo. A continuación, se abordan de manera general:

Se trata de conductas pluripersonales, pero uni-subjetivas

Es claro que todos los delitos que aquí se mencionan suponen la presencia o existencia de al menos dos sujetos.



No obstante, las conductas se valoran en forma independiente y sin depender de la responsabilidad del otro sujeto en la ecuación.

Ello permite que: (i) en el caso de la concusión la contrapartida sea considerada víctima, y que (ii) en el cohecho se identifique a quien ofrece o da y no así a quien recibe (y viceversa), o también que se materialice la conducta a pesar de la negativa del servidor público. En el caso del cohecho:

“Esta especie delictiva, a diferencia de muchas otras, que también afectan a la administración pública, no es unilateral, sino bilateral, pues de un lado está quien hace la oferta para corromper y, de otro, quien accede a ello y traiciona su compromiso de hacer respetar la constitución y la ley y de actuar de manera transparente, honesta y eficaz.
(...)”

No se trata, en contraste, de la disponibilidad que tenga quien ofrece, pues el tipo no exige al agente corruptor demostrar la capacidad o intención de cumplir, porque el mero

ofrecimiento, para los fines perseguidos por la norma, es en sí mismo punible.

La disponibilidad que permite discernir si se está o no frente a esta específica modalidad de cohecho, es la valoración positiva de que el agente corrompido estaba en condiciones de ejecutar o de omitir lo pedido (...)Por ello, cuando la ley se refiere al servidor público que "acepta" los ofrecimientos o dádivas corruptoras, está exigiendo como presupuesto de la conducta la existencia de un acuerdo de voluntades entre quien ofrece y quien acepta, no siendo indispensable que el servidor público a quien estaba dirigida la oferta la rechace, o que habiéndola aceptado, posteriormente el oferente no le cumpla.

En el primer caso, solo cometería cohecho quien ofreció, mientras que en el segundo habrían incurrido en el delito tanto el agente corruptor como el corrompido, pues el primero actualizó el tipo penal con el mero ofrecimiento y el segundo con la simple aceptación.

En la segunda hipótesis, esto es, cuando se da, el delito de cohecho se comete en ese mismo acto tanto por quien da como por quien recibe¹⁹.

Así las cosas, la responsabilidad se analiza respecto a cada sujeto en la relación de forma individual.

Sujeto Activo de la conducta

Todas las conductas que aquí se analizan integran a un servidor público. Para el caso de la concusión y cohecho (propio¹⁰ e impropio) como sujeto activo cualificado de la conducta y frente al cohecho por dar u ofrecer y el soborno transnacional como objeto de la conducta¹¹.



Para conocer el concepto administrativo y penal de servidor público en Colombia, revisar los videos contenidos en la plataforma virtual No. 5 titulados:

- * Video 5.0.1. Servidor público - Concepto administrativo (Camilo Cetina).
- * Video 5.0.2. Servidor público en el derecho penal (Juanita Ospina).

Así mismo, se recomienda revisar el contenido del art. 123 de la Constitución y el art. 20 del Código Penal (Ley 599 de 2000).

En alguna ocasión (de un caso de concusión) se discutió si era viable atribuir la circunstancia de mayor punibilidad contenida en el art. 58 núm. 9 del Código Penal consistente en que el sentenciado ocupe una posición distinguida en la sociedad ya sea por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o Ministerio. Sobre el particular, la Honorable Corte Suprema de Justicia recordó que las causales allí consagradas tienen aplicación únicamente cuando no hayan sido previstas de otra manera, y que tal atribución conllevaría a una transgresión del non bis in ídem en tanto se atribuiría una doble consecuencia con fundamento en un mismo supuesto fáctico: la calidad que ostenta el sujeto que es precisamente lo que permite atribuir el delito correspondiente (exceptuando el de cohecho por dar u ofrecer en donde el sujeto activo no reviste una cualificación especial)¹².

Ahora, cabe aquí aclarar que la condición de servidor público ha de existir al instante del cumplimiento de la conducta. De manera que no se configuraría el comportamiento cuando se está alejado temporal o permanentemente de la función (p. ej. en virtud de licencia, vacaciones, permisos, etc.)¹³.

Para el caso específico del tipo penal de concusión, no tiene relevancia el que sea o no el funcionario “competente”¹⁴, a diferencia de lo que ocurre en los tipos penales de cohecho en que se exige la relación pertinente a que refiere la conducta (según se analiza más adelante).

Sujeto Pasivo de la conducta

En todos los supuestos de cohecho y concusión el sujeto pasivo es el Estado como titular del bien jurídico administración pública. No se desconoce la posibilidad frente a que terceros puedan verse perjudicados o ser víctimas de este delito, al ser esta una hipótesis de los llamados delitos pluri-ofensivos,

sin embargo, a la luz de la consagración y ubicación del delito el sujeto pasivo es el Estado.

En algún momento se generó la discusión en torno a si los delitos de cohecho por dar u ofrecer y soborno transnacional deberían integrar este bien jurídico cuando la conducta no se acepta por el Servidor Público, y se concluyó que en efecto es así en tanto existe una amenaza de personas externas que prometen, ofrecen y dan, lo que supone, en sí mismo, un peligro para la función pública.

Objeto material de la conducta

Todas las conductas hacen referencia a **cualquier dinero, promesa o utilidad:**

“Por promesa se concibe el ofrecimiento de un beneficio futuro. El dinero o la utilidad deben ser indebidos, esto es, no deberse a ningún título.

No interesa la forma como se haga y si constituye por sí misma un negocio ilícito, pues este examen solo importaría en el ámbito civil y no en el campo penal”¹⁵.



Es por ello por lo que resulta relevante precisar el alcance, pues puede haber beneficios que resulten irrelevantes desde el contenido típico y surge un margen importante de posibilidades, donde es requisito indispensable que **beneficie al servidor público mediata, inmediatamente, directa o indirectamente.**

Para dichos efectos se trae a colación lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia:

“(…) es imprescindible tener presente, que, no obstante que esa utilidad puede ser de cualquier clase, no necesariamente pecuniaria, sí debe beneficiar al servidor público mediata o inmediatamente, directa o indirectamente, ya que, de lo contrario,



no puede entenderse la obtención de una utilidad.

Pero, si la entrega del medio causante de la utilidad no constituye un beneficio al funcionario, sino que corresponde a una social colaboración (...) es claro que una tal conducta no puede comprenderse como prohibida dentro del tipo de cohecho en mención, esto es, que la prohibición típica, su alcance no puede llegar hasta vedar esta clase de acciones, en las cuales, al fin y al cabo, no llega a ponerse en peligro ni a vulnerarse la Administración Pública, en ninguno de sus contenidos y proyecciones.

El entender que la tipicidad objetiva en estos eventos concurre por el solo hecho de dar el dinero o la utilidad, comprendido este comportamiento desde un punto de vista meramente material, sin valoración alguna referida al bien jurídico objeto de protección, equivaldría a afirmar la imputación por la mera relación causal, desconociendo el imperativo legal que exige su imputación jurídica, esto es, valorativa normativa, y ella no puede hacerse sino en relación a la conducta prohibida, que a su turno, esté fundamentada en la protección de bienes jurídicos, es decir, que la acción debe exteriorizarse como peligrosa para un bien jurídico y así concretarse en un resultado típico, caso en el cual éste sería jurídicamente imputable (...)”¹¹⁶.

Es relevante comprender que dentro de este concepto se puede tener cualquier beneficio o utilidad, no necesariamente debe tratarse de dinero o bien valorable en dinero.

Incluso, se ha llegado a reconocer por la jurisprudencia que un favor, una recomendación, una contraprestación sexual, entre otros, pueden configurar

el objeto material de la concusión y del cohecho en todas sus formas (incluido soborno transnacional)¹⁷.

Causal de principio de oportunidad para los delitos de cohecho

Es importante además conocer que a través del Estatuto Anticorrupción se creó una causal adicional para la aplicación **del principio de oportunidad para los delitos de cohecho**. Así en el art. 40 de la Ley 1474 de 2011 se adicionó en el núm. 18 del art. 324 de la Ley 906 de 2004 lo siguiente:

“Cuando el autor o participe en los casos de cohecho formule 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”.

Si bien se trata de un elemento de orden procesal dentro del marco de lo que se ha denominado Acuerdos y Negociaciones, al momento se debe destacar:

- La causal se plantea como una herramienta para romper el pacto criminal propio del cohecho y de esta forma incrementar los casos de investigaciones por cohecho.
- La norma exige de quien pretende acceder al principio de oportunidad: (i) denuncia; (ii) evidencia útil; (iii) ser testigo de cargo y (iv) reparar de manera voluntaria e integral.
- Con el incumplimiento de uno solo de estos elementos, no podría accederse al mismo.



- Existen otras causales que también pueden aplicarse a los delitos de cohecho, pues no se restringen a delito alguno.
- Claramente esta causal se restringe a los tipos penales contenidos en los arts. 405 a 407 y no así sobre la conducta del art. 404 en donde no existe este pacto criminal, ni tampoco la contenida en el art. 433 que adopta el nombre de soborno transnacional.

Aumento de la pena conforme a la Ley 890 de 2004

El art. 14 de la Ley 890 de 2004 establece que las diferentes penas (a las que aplica) se aumentarán *en la tercera parte en el mínimo y en la mitad el máximo*. Para ello, se ha determinado por la Corte Constitucional que dicho incremento ha de hacerse desde la pena en meses y no en años¹⁸.

Adicionalmente, se ha señalado por la Corte Suprema de Justicia que el incremento ha de hacerse con la entrada en vigor del sistema penal acusatorio. Se debe establecer la fecha de ocurrencia del delito, el lugar de comisión y observar en qué momento en dicho distrito entró a operar la Ley 906 de 2004¹⁹.

3. Modalidades de cohecho y concusión

A continuación, se analizan de forma esquemática las principales modalidades de cohecho y concusión:

Elementos que integran las modalidades de cohecho y concusión

Delito / Elementos del delito	Cohecho ²¹				
	Concusión ²⁰ art. 404 C.P.	Cohecho Propio ²² art. 405 C.P.	Cohecho Impropio ²³ art. 406 C.P.	Cohecho por dar u Ofrecer art. 407 C.P.	Soborno Transnacional art. 433 C.P.
Sujeto activo	Sujeto activo cualificado: (i) Servidor Público ²⁴ (ii) Relaciones con su cargo o funciones abusando del mismo ²⁵ .	Sujeto activo cualificado: Servidor Público ²⁶ .	Sujeto activo cualificado: Servidor Público.	Delito común, de sujeto indeterminado (no cualificado): El que ²⁷ .	Delito común, de sujeto indeterminado (no cualificado): "El que" ²⁸ .
Verbo rector	Constreñir, inducir o solicitar ²⁹ Conducta de verbo rector plural alternativo en que siempre se exige, eso sí, que se produzca un temor o error en la víctima de la conducta a la que se ha llamado metus potestatis ³⁰ publicae ³¹ de conducta se efectúe en abuso del cargo o función y que sea "idónea e inequívocamente dirigida a obtener un provecho o utilidad indebidos" ³² . Tipo penal de mera conducta sin que se exija la existencia o demostración del producto de la "abusiva exigencia" ³³ , es decir: "para su consumación basta con el requerimiento y no se necesita que el desembolso se cause o se entregue el objeto o dádiva" ³⁴ .	Reciba o Acepte ³⁵ Tipo penal de verbo rector plural alternativo de mera conducta ³⁶ . Conforme a la jurisprudencia se ha señalado que esta conducta no admite tentativa ³⁷ .	Reciba o Acepte Tipo penal de verbo rector plural alternativo de mera conducta.	Dé u Ofrezca Tipo penal de verbo rector plural alternativo de peligro ³⁹ , de mera conducta ⁴⁰ y de consumación instantánea ⁴¹ . Delito de peligro. No existe requisito frente a que sea "inequívoca" ⁴² .	Dé, Prometa u Ofrezca En el caso transnacional se adiciona el verbo rector "prometer" para dar cumplimiento a los estándares internacionales sobre la materia, principalmente de la OCDE, y en donde el ofrecimiento no resulta inmediato sino se propone a futuro. Tipo penal de verbo rector plural alternativo de mera conducta.



Objeto material directo	Dinero o utilidad indebidos	Dinero u otra utilidad, promesa remuneratoria ⁴³	Dinero u otra utilidad, promesa remuneratoria	Dinero u otra utilidad	Dinero u otra utilidad	Suma de dinero, cualquier objeto de valor pecuniario u otro beneficio o utilidad
Objeto material Indirecto	<p>"a alguien" En este caso es relevante destacar que este "alguien" es víctima de la conducta del servidor público que abusa de su cargo.</p> <p>A dar o prometer al mismo servidor o a un tercero.</p>	"para sí o para otro".	Alguien que tiene interés en un asunto que conoce ⁴⁴ .	"a servidor público". La norma no exige que se trate de funcionarios que tengan facultades de decisión, puede tratarse de servidores con facultad jurídica de intervenir con relevancia jurídica ⁴⁵ .	"a un servidor público extranjero ⁴⁶ ".	
	<p>Ingrediente descriptivo de modo: "Abusando de su cargo o de sus funciones"⁴⁷. A tal punto que se puede advertir la existencia de una cierta superioridad del servidor frente a quien es objeto de dicha conducta⁴⁸. De esta forma, incurre en este delito no solo quien tiene la competencia para un determinado asunto y abusa de dicha posición (abuso de cargo), sino también quien haga uso de su competencia funcional</p>	Ingrediente descriptivo de modo: directa/ indirectamente.	Ingrediente descriptivo de modo: directa/ indirectamente.	Ingrediente descriptivo de modo: de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento	Ingrediente subjetivo: En los casos previstos en los 2 artículos anteriores ⁴⁹ , es decir: (i) para retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales (ii) por acto que deba	Ingrediente descriptivo de modo: directa/ indirectamente.
Ingredientes						

y se excede de la misma, (abuso de sus funciones).

Ingrediente subjetivo: **para retardar u omitir un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales**⁵¹. No alude a una infracción general de las obligaciones legales de todo servidor público, pues el **ingrediente normativo: "deberes oficiales"** se refiere a aquellos que "funcional y legalmente le sean inherentes al cargo desempeñado por el servidor público"⁵².

Ingrediente subjetivo: **por acto que deba ejecutarse en el desempeño de sus funciones.**

N/A.

ejecutar en el desempeño de sus funciones⁵⁰.

Ingrediente subjetivo: En provecho de éste o de un tercero

Ingrediente subjetivo: **a cambio de que este realice, omita o retarde cualquier acto relacionado con el ejercicio de sus funciones y en relación con un negocio o transacción**⁵³.

Dolo

Bastaría hacer una pequeña precisión en tanto para las conductas propias de concusión, si bien la conducta es dolosa, el aspecto subjetivo varía pues el discernimiento del autor del delito comprende la conciencia de la inducción o constreñimiento: "en el ilícito de concusión, el funcionario tiene conciencia de que induce al ciudadano a entregar lo no debido"⁵⁴. Mientras que en la conducta de cohecho "el sujeto activo sabía que tenía bajo su órbita funcional un asunto de interés para la persona que desplegaba halagos, a pesar de lo cual los aceptaba"⁵⁵.

Así mismo, el art. 33 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011) consagró una causal de agravación punitiva para varios de los tipos penales consagrados en el Código Penal, siempre que la conducta se cometa por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado,

N/A.

Así mismo, el art. 33 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de

Elemento Subjetivo

Agravantes o Atenuantes específicos



caso en el cual la pena se aumenta de una sexta parte a la mitad. Dentro de las conductas que contienen este agravante se encuentran estas conductas.

2011) consagró una causal de agravación punitiva para varios de los tipos penales consagrados en el Código Penal, siempre que la conducta se cometa por servidor público que ejerza como funcionario de alguno de los organismos de control del Estado, caso en el cual la pena se aumenta de una sexta parte a la mitad. Dentro de las conductas que contienen este agravante se encuentra este delito.

N/A.

N/A.

La jurisprudencia ha señalado que se trata de conductas que **se excluyen entre sí**, de forma que ni siquiera puede haber lugar a un concurso aparente entre estos dos tipos penales⁵⁶:

"En sentido estricto, el cohecho representa el acuerdo de compra y venta de un acto de autoridad que debe ser realizado gratuitamente. Se diferencia de la concusión en que ésta se caracteriza por el temor de la víctima a las atribuciones o a la investigación del agente, en tanto que en el cohecho es bilateral, requiere por lo mismo del ofrecimiento de un beneficio al servidor público o a un tercero y la aceptación de éste a recibirlo o esperarlo. Descarta la concurrencia de engaño o violencia, se presenta un verdadero contrato ilícito, sin vicio de voluntad, en el que las partes son codeficientes. Con el dinero o la sola promesa se provoca, excita, estimula, o incita al servidor público a obrar ilícitamente, quien se compromete con el cohechador a violar la independencia e imparcialidad, atributos anejos al ejercicio de sus atribuciones"⁵⁷.

Otros comentarios

Para profundizar sobre los elementos de los delitos incluidos en este capítulo revisar el video contenido en la plataforma virtual módulo virtual No. 5 titulado:

- * Video 5.1.2. Elementos de los delitos asociados al fenómeno Soborno (David Rodríguez).

4. Otras cuestiones Jurídicas complejas asociadas al cohecho y la concusión

¿Cómo diferencio los tipos penales de cohecho (en sus diferentes formas) y concusión?

Existen algunos escenarios complejos en que no resulta sencillo diferenciar si se está ante una conducta de concusión o de cohecho.

Debido a lo anterior, se trae el siguiente cuadro que destaca las principales diferencias de manera general entre la concusión y el cohecho (en sus diferentes formas):

Elementos/ Delito	Concusión	Cohecho
Conducta	Surge del temor o error en la víctima de la conducta (Metus Potestatis Publicae) ⁵⁸ . De esta forma, el particular es víctima ⁵⁹ . Existe, como tal, cierta superioridad del servidor frente al particular ⁶⁰ .	Surge de la voluntad del particular ⁶¹ . El particular hace parte del acuerdo corrupto ⁶² . Aquí existe un plano de (relativa) igualdad ⁶³ .
Dolo	Si bien la conducta es dolosa, el aspecto subjetivo varía: Pues el discernimiento del autor del delito comprende la conciencia de la inducción, solicitud o constreñimiento ⁶⁴ .	Si bien la conducta es dolosa, el aspecto subjetivo varía. En este caso el funcionario conoce del interés del otro sujeto en asunto bajo su órbita y a pesar de ello "acepta" ⁶⁵ .

Contraprestación del Servidor	En este caso es irrelevante, no se habla técnicamente de contraprestación pues la víctima se ve compelida a entregar un dinero a un servidor que abusa de su cargo o función, circunstancia que facilita la afectación de la libre determinación del sujeto.	Aquí, no se exige que haya actuación en abuso de funciones o del cargo, sino que la contraprestación dependerá si se quiere un acto propio de sus funciones (impropio) o si lo que se quiere es una actuación contraria a ellas (propio) ⁶⁶ .
Finalidad del delito	Se busca impedir acción ilegítima. De lo contrario no se estaría en el marco del abuso de las funciones ⁶⁷ .	Lo que se procura puede ser (i) Desviar al funcionario de la decisión debida; (ii) Inhibir secuelas de adversidad o de demora; (iii) Para halagar o congraciarse con el servidor ⁶⁸ .

¿Al constituir delitos de mera conducta son admisibles en modalidades continuadas?

Una de las discusiones que se ha vislumbrado en la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia guarda relación con la posibilidad de ejecución de tipos penales de mera conducta a través de diversos y variados actos. Para mayor claridad se presenta el siguiente ejemplo:

Diego es investigado por la Fiscal Sandra. Tras una citación a imputación y solicitud de medida de aseguramiento que luego fue retirada por la misma Fiscal, se acerca a su despacho para solicitar un interrogatorio y exponer sus argumentos de defensa. Sandra lo recibe, pero solicita dejar celulares fuera de la oficina, y le señala que hay elementos tanto para continuar como para archivar. Le indica que es importante que consiga un buen abogado y le da el número de uno que conoce y con el que se siente a gusto trabajando, el señor Salomón.

A la salida, de acuerdo con las instrucciones de Sandra, Diego se comunica con Salomón quien advierte que el proceso se archiva si se gira la suma de \$65.000.000. Diego dudoso de la existencia de la exigencia acude donde

Sandra quien confirma el valor. Ante solicitud de descuento, se deja en \$32.000.000 y para ello se efectúa un contrato de prestación de servicios con Salomón por dicho valor. Gira un cheque por \$27.000.000 ante lo que se le indica que se procederá con la imputación a menos que se asuma un pago de \$41.000.000 (en total) por no haber cancelado en el primer momento. Diego presenta denuncia penal por el delito de concusión en contra de Sandra y Salomón⁶⁹.

En el caso planteado, además de dilucidar si se configura el punible de concusión o de cohecho, se debe responder ¿En qué momento se consume y cómo se consume el comportamiento? Sobre ello se deben plantear dos posturas:

- Bajo una primera hipótesis podría plantearse que al tratarse de un tipo penal de mera conducta se consume desde el momento mismo de la exigencia. De esta forma los restantes comportamientos hacen parte del agotamiento de la conducta y no de su ejecución.
- Bajo una segunda hipótesis se podría advertir, en palabras de la Corte Suprema de Justicia que se ejecuta una conducta que se ve materializada en varios actos *“que no abarcaron solo los momentos preparatorios y los ejecutivos, sino también los de consumación”*⁷⁰ sin que ello desdibuje que se trata de un tipo penal de mera conducta.

Es posible que concursen los tipos penales de cohecho y concusión

Algunas posturas generalizadas en la doctrina y la jurisprudencia han llevado a concluir la imposibilidad de identificar en un mismo escenario ambos comportamientos. Lo anterior en especial, bajo argumentos tales como: (i) se trata de un mismo bien jurídico tutelado, (ii) en una de las conductas se visualiza a la contrapartida del acto de corrupción como una víctima (concusión) mientras que en el cohecho se visualiza como autor en la conducta ilegal configurándose un tipo penal independiente (los dos constituyen delitos contra la administración pública) y (iii) derivado de diferencias que se han querido sustentar en la iniciativa en la conducta, lo que dista realmente del factor diferenciador entre ambos comportamientos⁷¹.



Esta postura que se ha generalizado, sin embargo, puede llevar a desvirtuar casos específicos en que sí es posible deslindar dos comportamientos (tanto temporal como espacialmente) y que eventualmente podrían configurar la suma de ambos delitos en un mismo escenario. Esto hace viable el concurso de la concusión y el cohecho.

No se trataría de un concurso ideal, sino más bien de un concurso real en donde una conducta se sigue de la otra y podría plantear el escenario antes descrito (hay dos acciones naturalísticamente deslindables). Así, existe una diversidad "ontológica y valorativa"⁷².

A modo de ejemplo, se trae el caso que fue analizado por la Corte Suprema de Justicia, en el que:

“En el marco de un proceso de licitación, el funcionario a cargo de este durante el trámite pertinente (etapa precontractual) recibió agasajos y regalos espontáneamente dirigidos por el particular (proponente). Posterior a ello, el servidor público motu proprio le solicitó una significativa suma de dinero equivalente al 12% del valor de la contratación prometida, cuya entidad dista mucho de ser una “atención voluntaria” más del licitante”⁷³.

Ambas conductas son aquí disvaliosas:

“De igual manera, cada una de las acciones distintamente disvaliosas, también dio lugar a su respectivo desvalor de resultado, pues en el delito de cohecho el funcionario se dejó incentivar por dádivas y puso así en entredicho la imparcialidad de la administración pública, mientras que, en la concusión, además de tal riesgo contra el equilibrio funcional, se afectó la libre autodeterminación de un miembro de la comunidad”⁷⁴.

¿En las conductas anotadas procede la tentativa? ¿Existen escenarios en que los hechos adviertan una tentativa?

La postura actual de la Corte Suprema de Justicia advierte que estas conductas no admiten tentativa en tanto que se trata de comportamientos de mera

conducta que se consuman desde el momento en que, por un lado, se acepta o recibe, o por el otro, se ofrece o da⁷⁵.

Sin embargo, la práctica ha evidenciado supuestos fácticos en que parece iniciarse la ejecución del comportamiento, pero sin consumación. A raíz del proceso de ingreso de Colombia a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se plantearon algunos ejemplos de casos de soborno transnacional que son claramente aplicables al delito de cohecho por dar u ofrecer- en que surgía la inquietud frente al tratamiento dado en Colombia y con la expectativa de sanción.

Para mayor claridad, se plantean algunos ejemplos que permitirían comprender esta situación:

Andrés requiere que se de prelación a un trámite que adelanta ante una entidad del Estado. Dada la carga de trabajo y el orden de ingreso (así como los tiempos señalados en la Ley), la respuesta se dará de manera efectiva dentro de los 15 días hábiles siguientes. Sin embargo, y dada la urgencia de Andrés, envía un sobre con una nota a Mario (funcionario de la entidad) en que ingresa la suma de \$350.000 y pide el favor que sea tramitado al día siguiente. Este sobre, sin embargo, una vez recibido en la recepción y, por políticas de seguridad, se abre por el funcionario de correspondencia quien se apropia de estos dineros e impide que el ofrecimiento (dinero) llegue a su destinatario.

María, tiene interés en que le sea asignado un contrato con el Estado. Para ello, como proponente, remite un correo electrónico (desde una cuenta falsa) ofreciendo al funcionario el 10% del valor del contrato de verse favorecida. Dadas las políticas de seguridad el correo inmediatamente se recibe en "Spam" y el funcionario lo borra sin dar lectura al mismo.



Al consultar con funcionarios, abogados y académicos expertos en derecho penal, se ofrecieron diversas respuestas las cuales se integran, principalmente, de la siguiente manera: (i) No existe conducta en tanto no hay ofrecimiento ni entrega y al no proceder la tentativa la conducta es atípica; (ii) Se consuma la conducta pues se comprende como un ofrecimiento el cual es un acto unilateral y como tal se realiza la descripción típica; (iii) Es un supuesto de tentativa de cohecho por dar u ofrecer/soborno transnacional.

Este caso hipotético no se ha planteado en la jurisprudencia lo que implica la ausencia de referentes previos que orienten el tratamiento. Sin embargo, se plantean algunas alternativas de solución de cara a los elementos con que se cuenta en la actualidad:

- En la primera de las posturas: **No existe conducta en tanto no hay ofrecimiento ni entrega. Al no proceder la tentativa, la conducta deviene atípica.**

Bajo esta perspectiva se entiende que la oferta necesariamente supone la interlocución entre al menos 2 sujetos: un emisor y un receptor⁷⁶. A falta de cualquiera de ellos no existiría conducta, entre otros por cuanto no existiría un ofrecimiento efectivo y real y como tal ni siquiera se pondría en peligro el bien jurídico: administración pública. Sobre ello se ha señalado en la jurisprudencia:

“La configuración típica como delito de mera conducta, guarda correspondencia con su regulación en el derecho penal comparado, y consulta la posición doctrinal dominante, defensora de la tesis de que el delito se consuma cuando se entrega la dádiva, o el ofrecimiento llega a conocimiento del servidor público, siendo indiferente, para efectos de la tipicidad de la conducta y su punibilidad, que la propuesta sea o no aceptada”⁷⁷.

- La segunda postura reconoce que **la conducta se comprende como un ofrecimiento, acto unilateral, que como tal consuma el comportamiento.**

Se puede entender aquí la oferta como un ingrediente normativo del tipo que exige la revisión de los arts. 845 y s.s. del Código de Comercio, de manera que se tiene por tal una declaración unilateral dirigida por una persona a otra por la cual la primera manifiesta su intención o proyecto de negocio jurídico

y se entiende irrevocable desde el momento mismo que se comunica a su destinatario.

De conformidad con la ley se entiende comunicada *“cuando se utiliza cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario”*⁷⁸ con lo que se acoge en Colombia la teoría de la expedición⁷⁹. De esta forma, se podría entender que no es necesario que la oferta se reciba por el destinatario, y bastaría la emisión a través de medios idóneos⁸⁰. Bajo este contexto, se tiene que la conducta se consuma con independencia de si la oferta llega o no a su destinatario⁸¹.

- La tercera postura advierte que se trata de **un supuesto de tentativa de cohecho por dar u ofrecer/soborno transnacional**.

Al partir del supuesto que en los delitos de mera conducta es también admisible la tentativa derivado del proceso de imputación objetiva y la posible separación entre los actos ejecutivos y los actos de consumación (se habla de un resultado jurídico)⁸².

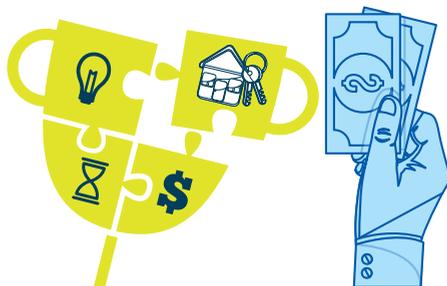
Bajo esta perspectiva, y tomando como referente las normas que proclaman la irrevocabilidad de la oferta (art. 846 del Código de Comercio) así como el desarrollo jurisprudencial que admite la revocatoria siempre que llegue de forma previa a la oferta al destinatario, podría señalarse que es posible el desistimiento lo que advierte que existe un espacio entre el acto ejecutivo y la consumación, que da cabida a la tentativa.

Bajo esta perspectiva, en los casos expuestos, cuando el destinatario no llega a conocer la “oferta” por circunstancias que le son ajenas (no por la revocatoria: desistimiento, de la misma), operaría la tentativa en el comportamiento.

5. Principales tipologías de cohecho y concusión

Tipología No. 1 – El Instrumento

Son variados los supuestos en donde el cohecho y concusión (en cualquiera de sus modalidades) es el delito medio para conseguir un delito fin (relación teleológica).



De esta manera el cohecho y la concusión se constituyen como el mecanismo para obtener la negociación de la función pública para la comisión de otro delito, siendo esta negociación en sí misma un delito autónomo e independiente. Se señalan algunos ejemplos de esta tipología:

El cohecho y la concusión como delito medio de un tráfico de influencias.

Se acude a un tercero – a quien se le paga la comisión - para que éste ejerza una influencia indebida respecto del servidor público de quien se pretende la obtención de un determinado beneficio.

En este sentido, no se contacta directamente al servidor público en posición de otorgar el beneficio pretendido, sino que se contacta y genera la oferta, promesa o entrega, a quien tiene una posición de poder o tiene la capacidad de ejercer esa influencia respecto del servidor público correspondiente.



Se plantea un ejemplo de esta modalidad:

MARÍA interesada en ser nombrada en un cargo público, acude a OMAR quien tiene la capacidad de ejercer influencias sobre JUANA, dado el rango de OMAR en la organización, para que esta última la seleccione para el cargo. Para dichos efectos, MARÍA paga un soborno a OMAR

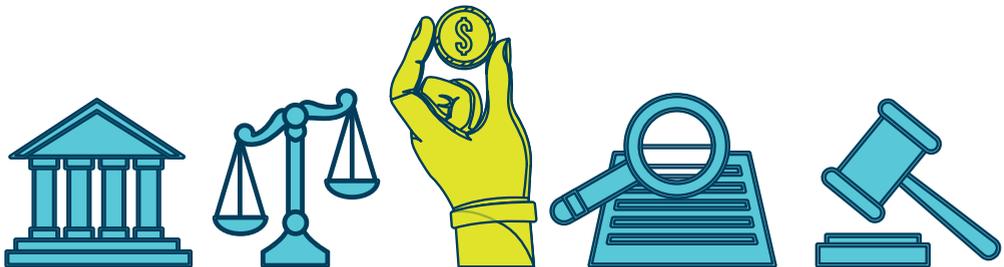
A juicio de la OCDE en este caso quien ejerce su influencia es intermediario de la relación de soborno transnacional⁸³ o nacional, pero también podría plantearse que quien hace el ofrecimiento comete cohecho por dar u ofrecer y es determinante de un tráfico de influencias. Se analizan ambas posturas en seguida:

Intermediario de la relación de soborno	Cohecho – Determinador Tráfico de Influencias
<ul style="list-style-type: none"> • Bajo esta postura MARÍA comete el delito de cohecho por dar u ofrecer frente a OMAR a quien da, promete o entrega un soborno para que ejerza una influencia. • OMAR ejerce la influencia, y de esta manera genera el beneficio pretendido por MARÍA con lo que, a juicio de la OCDE se configura Soborno Transnacional. Ello podría plantearse solo en el evento en que se prevea a Omar como coautor de MARÍA, sin embargo, de acuerdo con la lógica del caso y el ordenamiento en Colombia, se presentaría con mayor claridad la segunda postura. 	<ul style="list-style-type: none"> • MARÍA comete el delito de cohecho por dar u ofrecer frente a OMAR (quien es servidor público) desde el momento en que le da, promete u ofrece, en este caso con la finalidad de OMAR mueva sus influencias sobre JUANA. • Asimismo, MARÍA determina un tráfico de influencias de OMAR sobre JUANA, y como tal es partícipe del comportamiento de aquél. • OMAR responde por cohecho propio (en tanto recibe o acepta con el fin de ejercer influencias) y por Tráfico de Influencias sobre JUANA.

La postura que se adecuaría en mejor forma a la realidad expuesta sería la segunda, conforme a la cual se configura un cohecho por dar u ofrecer en cabeza de MARÍA quien a su vez determina el Tráfico de Influencias de OMAR sobre JUANA.

Cohecho y concusión como delito medio para garantizar un prevaricato⁸⁴.

Aquí la negociación se centra en la transgresión (por acción u omisión) de forma manifiestamente contraria a derecho del principio de legalidad (en el contexto del prevaricato). Toda vez que el cohecho por dar u ofrecer se materializa desde el momento mismo en que se realiza el ofrecimiento, promesa o la entrega, si la finalidad pretendida (función pública negociada) se materializa y constituye una transgresión autónoma a la ley, como el caso del prevaricato, se configura la conducta punible (concurso).



La compañía española MABA, interesada en abrirse un mercado en Colombia, contrata a PABLO en el país (Colombia) para que logre concertar una serie de reuniones con algunos líderes de partidos políticos.

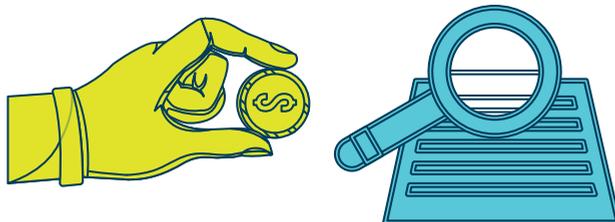
El objeto de las reuniones es lograr que estos líderes se acerquen a otros miembros de los partidos que tienen cargos en las diferentes entidades del Estado para que se ofrezca una nueva alternativa de negocio que involucre una forma novedosa de contratación. En esta, tiene amplia experiencia la compañía MABA.

Expuesto lo anterior, al interior de la entidad del Estado PPA se impulsa un proceso de selección, que se asigna de manera ilegal a MABA (aun cuando no era la que debió ser adjudicataria por quedar en segundo lugar).

Al parecer MABA, una vez adjudicataria y en ejecución del contrato, ha otorgado oportunidades de empleo a personas cercanas a los líderes de los partidos políticos y de los funcionarios a cargo de los procesos de selección.

- Cohecho y concusión como delito medio para realizar conductas propias de celebración indebida de contratos

Igualmente, en escenarios propios de contratación es usual que los comportamientos estén antecedidos o motivados por el pago de sobornos (en cualquiera de sus modalidades).



Para explicitar lo anterior, por ejemplo, el pago del soborno puede anteceder la entrega ilegal de información, la alteración de pliegos de condiciones para garantizar un direccionamiento, favorecer en el proceso de evaluación de la oferta, generar una supervisión o interventoría desleal (cuando esté motivada en esta conducta) en donde quien ejerce las funciones de interventoría y supervisión en la ejecución de un determinado contrato no cumple su rol conllevando a que no se declaren incumplimientos, se suspendan, prorroguen, adicionen los contratos u otras posibilidades que tiendan a beneficiar a un contratista.

De esta forma, se puede ver que el individuo que da coimas ilegales lo hace para que el funcionario público sobornado vaya en contravía de sus funciones oficiales y le ayude o genere beneficios en un determinado contrato.

Señales de Alerta

- Se identifican los elementos de un delito en que medió acuerdo entre el servidor público y un particular. Es posible que le anteceda un soborno.
- Contactos injustificados (reuniones, llamadas, relación de amistad u otros) entre los potenciales sobornantes y el sobornado.
- Intromisión, interés o participación, extraños o inexplicables, de un funcionario en determinado proceso específico.
- Múltiples beneficios (p. ej. en asignación de contratos a un mismo adjudicatario).
- Situaciones de acoso laboral, o similares, expresadas recurrentemente por los empleados a cargo de los procesos de selección.
- Que un oferente que no haya logrado los requisitos de selección, o sea claro que no fue el mejor de todos los proponentes, sea el adjudicatario.

¿Qué podría hacer?

- Cuando se conozca de la estructuración del segundo delito (delito fin), se debe indagar sobre la posibilidad de un pago o contraprestación para dichos efectos, concursando con los tipos penales correspondientes.
- Cotejar frente a eventuales incrementos patrimoniales sin sentido. Aquí puede resultar de utilidad un estudio o análisis patrimonial, así como el empleo de análisis link.



- Dirigir la investigación para perseguir los rendimientos económicos del ilícito.
- Descartar si existe otra motivación o interés en la realización de la conducta (delito fin). Por ejemplo, beneficia a una persona con quien se sostiene relación de amistad o familiaridad.
- Observar la posibilidad de reuniones previas a la comisión del delito que denote la existencia de una relación previa en que pudo surtir una negociación.

Tipología No. 2 - A través de intermediarios

La forma más sencilla de describir esta tipología es indicando que la conducta no se realiza por un intercambio directo entre el sobornador y sobornado, sino que media una tercera persona (singular o plural) que facilita la negociación.



Es una de las formas más comunes del comportamiento. Incluso en un reciente estudio de la OCDE se concluyó que *“en 3 de cada 4 casos de cohecho internacional hubo participación de intermediarios”*⁸⁵ lo que arroja un total de 304 casos de 427 que fueron analizados a lo que se refirió la OCDE en los siguientes términos:

“En el 41% de los casos se usó un “Agente”; esta categoría incluye agentes de ventas y mercadotecnia, distribuidores y brókeres establecidos localmente en el país donde se pagaron los sobornos, o en algún otro lugar.

La tarifa de los “honorarios” cobrados por tales agentes, y qué tanto más agrega esto al costo del soborno podría ser objeto de trabajos futuros. La segunda categoría más grande de intermediarios, utilizada en el 35% de los casos, es la de la “Instrumento Societario”.

Esta categoría incluye a empresas subsidiarias, firmas locales de consultoría, empresas ubicadas en centros financieros extranjeros o paraísos fiscales, o empresas establecidas bajo la titularidad real del funcionario que recibió los sobornos o de la persona o de la entidad que los pagó.

Se utilizaron abogados como intermediarios en el 6% de los casos. En el 3% de los casos se utilizó como intermediarios a miembros de la familia del servidor público. Los contadores públicos y los asociados (incluyendo asesores) del funcionario se utilizaron en el 1% y el 2% de los casos respectivamente. La naturaleza del intermediario no se especificó en el 12% de los casos¹⁸⁶.

Ello ocurre no solo en eventos de soborno transnacional sino también en los supuestos que involucran sobornos en general, así son variadas las formas de intervención de dichos intermediarios.

Esta situación que no ha pasado desapercibida incluso fue objeto de un análisis profundo por parte del GRUPO DE TRABAJO DE LA OCDE SOBRE COHECHO EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES lo que llevó al desarrollo de una reunión con varios expertos y en que se analizaron los casos de soborno transnacional, ahondando sobre el rol de los intermediarios en la conducta, y arrojando unas tipologías concretas del soborno transnacional a través de intermediarios⁸⁷.

Para dichos efectos, se partió por generar una definición de lo que se tiene por intermediario en los siguientes términos:

“(...) un intermediario se define o describe como la persona a quien se pone en contacto con dos o varias las partes que intervengan en una actividad comercial, o entre éstas. En el contexto de los negocios generalmente se entiende que un intermediario es el medio por el cual un proveedor ofrece bienes o servicios a un consumidor. Por consiguiente, un intermediario puede servir de conducto para actividades económicas legítimas, pagos ilegítimos por cohecho o para una combinación de ambas (...)”¹⁸⁸.

Esta tipología suele ser recurrente por uno o varios de los siguientes factores:

- A través de esta modalidad se dificulta la actividad de investigación y sanción en cabeza de las autoridades competentes, en tanto obliga a reconstruir conexiones o vínculos que generen alguna sospecha evidente. En algunos casos la suma de intermediarios en una misma operación impide un seguimiento de la conducta.
- Cuando se trata de regiones o incluso países diversos, el intermediario facilita los contactos y el conocimiento de la actividad a desplegar en especial aterrizado a la normativa aplicable a dicho territorio.
- En algunos casos, se trata de un intermediario activo. La OCDE lo ve como una modalidad de tipología en el empleo del intermediario, y que plantea la idea del “cerebro intermediario”⁸⁹, al ser éste quien idea y crea el plan criminal (con o sin conocimiento de la persona -natural o jurídica- a quien representa).
- En algunos casos, es el servidor público el que ha exigido el empleo del intermediario (p. ej. Casos del astillero⁹⁰ y Baker Hughes⁹¹). De esta forma se exige o contar con un intermediario o incluso con una persona (natural o jurídica) determinada que cumpla con este rol.
- A veces, el empleo de intermediarios es una exigencia de la Ley. Por ejemplo, en Colombia para los escenarios en que una sociedad extranjera desee emprender actividades permanentes en Colombia se exige establecer una sucursal en el país que se sujete a la vigilancia del Estado. Igual puede ocurrir en otros Estados, al ser indispensable verificar lo anterior a efectos de construir la teoría del caso.

Ahora, dentro de la categoría de intermediarios pueden identificarse formas variadas de intervención que generan tipologías especiales dentro de esta modalidad de desarrollo de la conducta.

A continuación, se analizan las tipologías especiales en que intervienen intermediarios:

Soborno transnacional a través de intermediarios que son familiares, amigos o conocidos del servidor público



La OCDE se refiere a esta modalidad en los siguientes términos:

“En esta primera categoría, la empresa mandante conoce la identidad del servidor público extranjero que recibe el soborno. La empresa y el servidor público acuerdan la cantidad del soborno y los servicios que éste proporcionará (...) Pero en lugar de enviar el soborno directamente al servidor público, las partes acuerdan que la empresa transfiera el monto respectivo a la cuenta bancaria de un tercer intermediario que no intervenga en la transacción, a excepción de pasar el soborno. Por lo tanto, no hay un indicio directo que vincule a la empresa con el servidor público sobornado. Para justificar los pagos de la mandante al intermediario, es frecuente el uso de facturas falsas para pagar supuestos bienes o servicios”⁹².

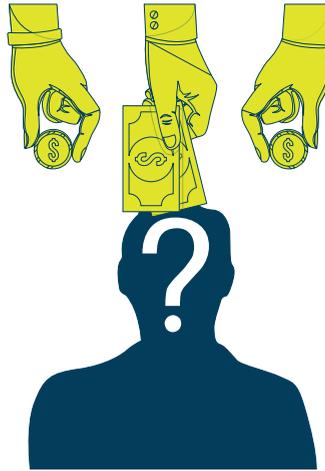
Para garantizar esta clase de operaciones es usual que en estos eventos se acuda a una persona del círculo social o familiar más cercano del funcionario, precisamente derivado de la relación de confianza propia que caracteriza estos comportamientos, esto permite no solo dificultar la persecución sino además garantizando el objeto de la conducta con una menor probabilidad de pérdida⁹³.

La compañía estadounidense WALLSP INC. tiene interés en un proceso de contratación en Colombia. Para ello, se crea un falso contrato con MARINA quien es la hermana de VÍCTOR, uno de los funcionarios que inciden en la elección del contratista en la entidad del Estado. MARINA es contadora, y para ello se suscribe un contrato de asesoría financiera (falso), que permite el giro de recursos a su cuenta bancaria para ser posteriormente entregados en efectivo a VÍCTOR.



Aquí es fundamental establecer esta relación o vínculo del sobornante y sobornado frente al intermediario (definir relaciones de parentesco, comerciales o de amistad: directas o indirectas), así como la realidad, o soportes propios de esta relación contractual aparente (servicios prestados).

Soborno transnacional a través de intermediarios que proporcionan un servicio no identificable o con la combinación de bienes y servicios legítimos e ilegítimos



Puede acudirse a una empresa fachada que en realidad no presta servicio o actividad alguna, o incluso ante una persona real (natural o jurídica) que cobra por un determinado bien o servicio que en realidad no presta, y como tal, se estructura un instrumento para consumir otros delitos⁹⁴:

"En la segunda categoría de los casos, una empresa contrata a un consultor de negocios como intermediario. Sin embargo, el consultor (sic) no proporciona ningún servicio identificable ni que se justifique económicamente. De hecho, el consultor es controlado por un servidor público extranjero que es sobornado por la empresa. El consultor cobra a la empresa y hace uso de facturas falsas por servicios ficticios. La empresa entonces le paga al consultor quien envía los recursos directamente o a través de

... otras capas de intermediarios y sus empresas al servidor público, como un soborno. Al igual que en el esquema anterior, no hay un indicio directo que vincule a la empresa con el servidor público (...)”⁹⁵.

En este caso, habrá de verificarse la realidad o los soportes del contrato (o figura similar), verificando si se trata de una relación ficticia. Incluso, al partir de la posibilidad que se acuda a empresas fachada o personas inexistentes, se puede validar que la persona natural o jurídica exista, y que, aun al existir, tenga operación y una actividad real.

Puede ocurrir también, que en realidad la persona (natural o jurídica) contratada preste un servicio legal y legítimo. No obstante, se aprovecha este vínculo o relación -aparentemente legítima- para facilitar la entrega de beneficios o utilidad (sobornos):

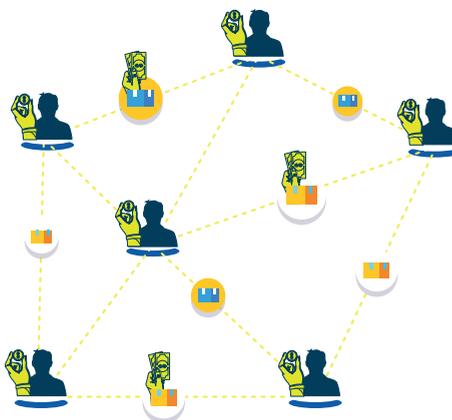
... “En la tercera categoría, una empresa de nuevo contrata a un consultor de negocios como intermediario, pero el consultor sí presta servicios verdaderos si bien es cierto que éstos son de carácter deshonesto (...) **Para los casos de esta categoría, el precio del contrato incluye el valor verdadero de la transacción, el soborno y una cuota porcentual para el agente.** Sin embargo, la empresa puede o no saber cuánto del valor del contrato representa los sobornos. El esquema de pago es similar a la categoría anterior de los casos; a menudo con contratos de consultoría y facturas que usan lenguaje no descriptivo en forma similar. A veces los sobornos se liquidan en pagos parciales (...). El pago también podía expedirse por actividades específicas (...). Por último, también hay casos en los que un intermediario presta servicios legítimos para la mandante además de facilitar el cohecho internacional”⁹⁶.



Ya no se trata entonces, de establecer la veracidad de la operación que justifica la contratación efectuada, sino en determinar aspectos como:

- Experiencia y trazabilidad del sujeto contratado para el desarrollo de la actividad a la que se ha vinculado.
- Valor competitivo acorde a precios de mercado (para justificar los pagos se suelen elevar los valores de contratación al incluir los servicios legítimos y el posible pago de dineros).
- Trazabilidad o seguimiento de los recursos que hacen parte de la transacción u operación, si existen endosos, giros de sumas coincidentes con tiempos de ingreso, vínculos de pagos u operaciones financieras del intermediario y el funcionario público, entre otros⁹⁷.

Soborno transaccional a través intermediarios



La OCDE se refiere a esta modalidad en los siguientes términos:

“Los esquemas básicos antes descritos se modifican en muchos casos con el objeto de usar una cascada de consultores para entregar el soborno de la compañía al servidor público a través de un sistema de facturación “ascendente”. La empresa de consultoría en el nivel más bajo está muy próxima al servidor público extranjero sobornado o es controlada por éste. La empresa de consultoría envía una factura a otra empresa en el nivel superior el que, a su vez, factura a otra empresa o consultor superior. Esta cadena de facturación continúa hasta que el consultor de nivel máximo factura a la empresa que se beneficia de todo el esquema. El servidor público recibe el soborno cuando se pagan todas esas facturas. Como en los casos del esquema básico, no hay pagos

directos (y, por consiguiente, ningún rastro directo) de la empresa al servidor público sobornado. Sin embargo, las múltiples capas de consultores aumentan la opacidad y multiplican la dificultad para reunir pruebas⁹⁸.

Claramente la exigencia de investigación es aquí mayor, pues precisamente esta estructura se edifica como un mecanismo para asegurar no ser descubierto incorporando a varios intermediarios generando una cadena que dificulta la trazabilidad de los recursos y su empleo final para un soborno. Lo más sencillo es iniciar de atrás a adelante, partiendo de la transacción con el sobornado y siguiendo los contratos u operaciones que justifican los diversos giros o transacciones, identificando los vínculos entre todos ellos⁹⁹.

Soborno transnacional a través de subsidiarias

En varios casos el intermediario lo constituye una subsidiaria, lo que – a juicio de la OCDE- se puede presentar al menos de 3 formas:

“Primera: una subsidiaria, en lugar de la casa matriz, puede celebrar un contrato con el intermediario (...).

Segunda, la misma subsidiaria puede ser el intermediario que soborne. Los funcionarios o empleados de una subsidiaria pueden sobornar directamente a servidores públicos extranjeros para beneficio de la subsidiaria, la casa matriz, el conglomerado multinacional en conjunto, o todos los anteriores (...)

Tercera, también podría usarse una subsidiaria para canalizar los recursos usados para el cohecho internacional (...).

La participación de la casa matriz en estos escenarios puede variar. Una subsidiaria puede sobornar a servidores públicos extranjeros en forma voluntaria y sin el conocimiento de la casa matriz (...) Una subsidiaria también podría cometer el delito



de cohecho con el conocimiento o por instrucciones de la casa matriz (...) Entre esos dos extremos, la casa matriz puede evitar deliberadamente enterarse del delito al rehusarse a indagar los asuntos de la subsidiaria; o quizá actuó con negligencia para supervisarla, permitiendo de ese modo que la subsidiaria perpetrara el cohecho internacional¹⁰⁰.

Para el caso colombiano, incluso, debiera analizarse la posible existencia de grupos empresariales, matrices y subordinadas o figuras afines, en que es posible que la filial, subsidiaria o empresas del grupo sean empleadas como intermediarios usando algunas de las tipologías previamente anotadas¹⁰¹.

Señales de Alerta

- Familiares, amigos, conocidos en una misma cadena de transacciones.
- Existen múltiples operaciones aparentemente sin conexión.
- Intervención de sujetos inusuales en determinadas operaciones o transacciones o ausencia de claridad frente a los que intervienen en una determinada transacción.
- Inexistencia de soporte de transacciones u operaciones.
- Estructura jurídica sin beneficios comerciales, legales o fiscales, o incluso, sin objetivo.
- Actividades u operaciones sospechosas ante ausencia de consistencia lógica o adecuada a las condiciones (p. ej. contador suscribe contrato jurídico).
- Transacciones con nuevos actores en el mercado (poco reconocimiento u operación).
- Único cliente de sujetos en el mercado.
- Egresos con sospechosa justificación.

¿Qué podría hacer?

- Verificar la existencia de relación o vínculo entre el presunto sobornante y sobornado frente al intermediario.

- Definir relaciones de parentesco, comerciales o de amistad: directas o indirectas.
- Siempre se debe indagar más allá de lo que se allegue para análisis (actas, informes, etc.). Es necesario cotejar la existencia de soportes propios de esta relación (p. ej. en el caso de una presunta relación contractual, no solo la copia del contrato sino también el soporte de los servicios prestados).
- Validar que la persona natural o jurídica exista, y que, aun exista, tenga operación y una actividad real, así como: (i) su experiencia y trazabilidad; así como (ii) su valor competitivo acorde a precios de mercado.
- Hacer la trazabilidad o seguimiento de los recursos que hacen parte de la transacción u operación, si existen endosos, giros de sumas coincidentes con tiempos de ingreso, vínculos de pagos u operaciones financieras del intermediario y el funcionario público, entre otros.
- Organice las transacciones o vínculos en forma cronológica, organícelos de la más reciente a la más antigua y evalúe a través de análisis link los posibles vínculos entre todos ellos.
- Investigación patrimonial y económica de las personas naturales con el propósito de detectar el incremento patrimonial que no esté sustentado (tanto de servidores públicos como de los posibles intermediarios).

Tipología No. 3 – Reembolsos (Kickbacks)

Ejemplo sencillo de cohecho en la forma de reembolso 102



Es una de las formas más comunes de soborno transnacional (aplicable a los casos de concusión y cohecho) identificada por la OCDE¹⁰³, y consiste en el pago de sobornos por parte de un individuo para que un determinado servidor

público le favorezca, mediante una determinada acción u omisión, en un ámbito contractual¹⁰⁴.

En este caso se realiza el pago de un monto de dinero por parte del proponente (contratista) al servidor público con la finalidad de que éste logre que le adjudiquen un determinado contrato estatal.

Esto puede darse porque el sobornador no cumple con los requisitos suficientes para ser adjudicatario del contrato o, porque teniéndolos, prefiere asegurarlo ilícitamente. Incluso esta modalidad de comportamiento puede presentarse ya en el curso del trámite contractual para impedir la imposición de sanciones u obtener beneficios en prórrogas, suspensiones, adiciones u otros.

Dentro de esta tipología lo que se suele hacer es que el precio del contrato se eleva, con lo que el valor supera la contraprestación real por la prestación del bien o servicio de que se trata, de manera que se incluya el valor del soborno pactado con el funcionario público "(...) podrían inflar la cotización de los bienes o servicios a ser suministrados, lo cual requeriría gastar en el proyecto más dinero público del que se debía haber asignado"¹⁰⁵. Los recursos provienen entonces de la entidad pública correspondiente, y una vez es pagado el contrato, ese valor adicional retorna al servidor público. De allí obtiene esta tipología el nombre de kickback o reembolso¹⁰⁶.

Señales de Alerta

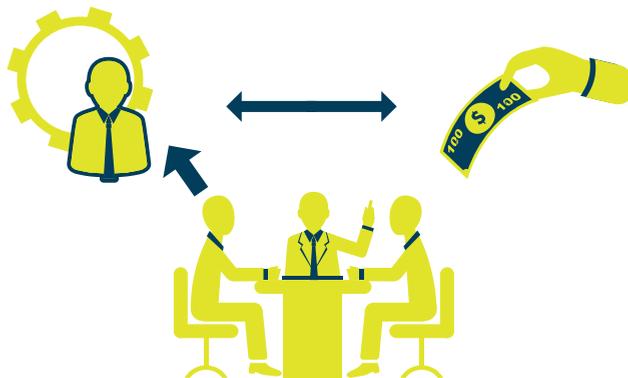
- Existencia de comunicaciones previas a la apertura del proceso de selección y que se surten entre el futuro proponente y el servidor público.
- Amistades, relaciones cercanas, u otros entre el futuro proponente y el servidor público.
- Direccionamiento de los términos de referencia o pliegos de condiciones. Es normal que los aspectos a evaluar respecto del proponente, y que determinarán la adjudicación del contrato, se hayan alterado (diseñado) asegurando de esta forma la selección de dicho proponente.
- Deficiente estudio de mercado o falencias en la determinación del presupuesto disponible para el contrato¹⁰⁷. Análisis de precios y costos,
- Valores de otras propuestas por debajo del valor presupuestado¹⁰⁸.
- Tratamiento inequitativo frente a los demás oferentes expresado en tratos discriminatorios o argumentos insuficientes al momento de evaluarlos o descalificarlos.
- Repentina modificación en las condiciones económicas del funcionario responsable del proceso.
- Existencia de nexos entre los proponentes.

¿Qué podría hacer?

- Analizar el estudio de mercado que obra en los Estudios Previos de cara a los valores de mercado (en un escenario competitivo).
- Revisar criterios de evaluación u adjudicación del contrato.
- Hacer un análisis de ejecución de los recursos del contrato (verificación de valor real ejecutado) así como valores o precios (costos) que se evidencien en el contrato.
- Identificar posibles transacciones entre el contratista y funcionarios de la entidad.
- Verificar nexos comerciales y jurídicos entre los diferentes proponentes.
- Verificar el posible concurso con el delito de interés indebido en la celebración de contratos o de celebración de contratos sin el lleno de los requisitos legales esenciales.

Tipología No. 4 – Comisiones secretas

En esta modalidad se acude a terceros (agentes) quienes obtienen una comisión o beneficio derivado de una labor de intermediación o para la obtención de un beneficio en cabeza de quien acude al pago del soborno.



“Las empresas suelen utilizar agentes para celebrar contratos en su nombre, por ejemplo, para llevar acabo (sic) ventas en mercados extranjeros. Las comisiones secretas son una forma de cohecho en la que un agente solicita o acepta un pago por influir en estos contratos en beneficio de la persona que

está pagando el cohecho o sin el conocimiento o consentimiento del superior jerárquico. Esto se puede hacer para asegurar un contrato, para obtener condiciones favorables o incluso para evitar que el contrato se celebre con un competidor”¹⁰⁹.

Aquí la fuente de recursos para cubrir el beneficio o utilidad que se promete da u ofrece, se origina en el sobornador, aun cuando ello podría verse luego reflejado en¹¹⁰

- Disminución en el pago de salarios u honorarios a los empleados y contratistas de la organización¹¹¹. Ello, en términos de la OCDE, sería viable únicamente en los países que tienen leyes laborales menos estrictas y que posibilitarían un pago reducido de contraprestación por concepto de los servicios prestados. No obstante, y sin que sea necesario llevarlo a un grado extremo de explotación laboral o vulneración de los derechos laborales, en todo caso sí es claro que el costo de transacción de un soborno puede verse reflejado en la desmejora o imposibilidad de mejora de las condiciones del personal vinculado a la organización.
- “Las compañías también podrían recuperar costos reduciendo el gasto en la entrega de bienes y servicios. Por ejemplo, reducir costos en el sector de la construcción podría resultar en caminos, puentes o edificios públicos defectuosos. Reducir costos en el sector de la salud podría significar medicinas caducadas o inefectivas y equipo médico obsoleto o ineficaz”¹¹².
- En este caso, entonces, el costo de la transacción ilegal se traslada al beneficiario del proyecto, bien o servicio contratado que recibe en condiciones de inferior calidad lo que se ha contratado, al permitir un ahorro al sobornador del que dispone los recursos requeridos para el pago del soborno.
- Igualmente, ello podría verse reflejado en el incremento del precio respecto del comprador o adquirente final. Al elevarse el costo de transacción el margen de utilidad se ve reducido.
- Ese margen de utilidad se recupera cargándolo al destinatario final a través del incremento del precio o valor final que asume el comprador. El informe de la OCDE se refirió a ello¹¹³. Así, el servicio que se presta resulta de un valor más elevado frente al consumidor, de manera que con este mayor valor pagado se pueda cubrir la comisión secreta ilegal que se genera.

Señales de Alerta

- Carencia de requisitos o calidades para obtener un determinado contrato.
 - Agentes en el mercado mejor calificados para la misma actividad (no se restringe al ámbito contractual, puede tratarse también de nombramientos u otros).
 - Actuación a través de agentes o intermediarios.
 - Ausencia de control, supervisión o vigilancia sobre la actividad de terceros que representan al funcionario.
 - Amistades, relaciones cercanas, u otros entre el agente y el beneficiario con su selección.
 - Direccionamiento de los términos de referencia o pliegos de condiciones.
 - Tratamiento inequitativo frente a los demás oferentes expresado en tratos discriminatorios o argumentos insuficientes al momento de evaluarlos o descalificarlos.
 - Repentina modificación en las condiciones económicas del funcionario responsable del proceso.
 - Falencias en la obra o servicio entregado, o condiciones de baja calidad.
-

¿Qué podría hacer?

- Verificar la forma de operación del Agente (actividades, vínculos, etc.).
 - Analizar el estudio de mercado que obra en los Estudios Previos de cara a los valores de mercado (en un escenario competitivo).
 - Revisar criterios de evaluación u adjudicación del contrato.
 - Identificar posibles transacciones entre el contratista y el agente.
 - Analizar el contrato de cara a su ejecución.
 - Analizar coincidencias o nexos entre los diferentes proponentes.
-



Tipología No. 5 – Pagos de facilitación

Se adquiere esta denominación en tanto a través suyo se pretende garantizar que el funcionario cumpla con sus labores o deberes cotidianos. Es decir, la contraprestación tiene por objeto que el servidor público realice las actividades que debe hacer.



Básicamente esta conducta es la que constituye el cohecho impropio. Sin embargo, este es el nombre que ha adoptado en la práctica pues tiende a facilitar un trámite o procedimiento propio de la función pública¹¹⁴.

Un estudio de la OCDE en el año de 2014 precisó ésta como una de las principales modalidades (un 12% de los casos), en especial para la liberación de trámites aduaneros¹¹⁵.

Es una de las conductas que ofrece una mayor dificultad en su detección e investigación en tanto no supone la realización de una conducta ilegal que pueda servir como indicio o soporte para la teoría del caso (más aun considerando que se trata de un tipo penal de mera conducta).

A ello se suma que suele tratarse de un comportamiento tolerado en la sociedad y de escasa visibilidad. Ello impone un rol más exigente y adecuado respecto del investigador.

Señales de Alerta

- Trámite preferencial o expedito en comparación con situaciones en igualdad de condiciones.
 - Situaciones complejas o demoradas que de un momento a otro generan una descongestión o cambio inexplicable.
 - Relaciones cercanas, reuniones u otros de manera sospechosa que escapen al ejercicio de la función pública.
 - Se da en un contexto reconocido de trámites complejos o dilatorios. (También es usual si hay exceso de trámites).
 - Ausencia de cumplimiento de disposiciones anti-trámites.
 - Trámites que modifican su forma al exigir un contacto con el funcionario que previamente no era necesario.
 - Atención personalizada de trámites por un mismo funcionario.
-

¿Qué podría hacer?

- Tener contacto con el particular. Es usual que se muestre desprevenido o incluso como víctima del comportamiento (Valorar escenarios de negociación).
 - Será de gran relevancia la prueba indirecta.
 - Importante identificar rutinas y costumbres a efectos de señalar trato preferencial o diferenciado.
 - Análisis económico y patrimonial del funcionario.
 - Verificar los antecedentes del reparto del asunto puesto a consideración, con el propósito de establecer si se dio de manera irregular (cuando se trate de un caso asociado a esta modalidad).
-



Tipología No. 6 – Compra de cargos

En varias ocasiones la concusión y el cohecho (en cualquiera de sus formas) se origina como una manera o mecanismo de acceso al poder o al ejercicio de la función pública.



Se aborda en este documento como una tipología independiente no solo por la recurrencia de esta sino además por la relevancia que adquiere en un estado social de derecho al impedir el acceso al poder en condiciones competitivas y derivadas de meritocracia (como debería ser) y por el contrario como consecuencia de asignaciones que derivan de provechos indebidos o contraprestaciones que impiden el ejercicio debido de la función pública y en claro aprovechamiento del cargo o función.

Pedro, en su calidad de representante a la Cámara, a través de oficios dirigidos al jefe de la División de Personal de esa Corporación, solicitó el nombramiento de Camila y Astrid, pedido que se materializó a través de los actos administrativos correspondientes, generándose los nombramientos en los cargos de Asistente V y Asesor I de la Unidad de Trabajo Legislativo U.T.L.) del referido representante.

La vinculación de Camila y Astrid no fue el producto de un proceso de selección en el que primaran sus cualidades laborales o experiencia, sino el resultado de un

convenio ilegal en el que los mencionados sufragaron a Pedro el precio fijado por acceder a esos cargos, lo cual, no obstante la contraprestación económica pagada a este último, les significó un beneficio en cuanto a que accedieron a una mesada pensional cuya base de cotización fue un salario más alto del que devengaban para antes de tomar posesión en aquellos¹¹⁶.

Señales de Alerta

- Ausencia de calidades o condiciones específicas para el ejercicio de un determinado cargo.
- Imposición de cargas o funciones desproporcionadas en función del rol que se desempeña.
- Funcionario no es equiparable (en términos de calidades) al funcionario que se ha retirado o se reemplaza.
- Ausencia de claridad o especificidad frente a requisitos o motivación para la selección de un candidato.

¿Qué podría hacer?

- Puede ser de utilidad conocer las normas y disposiciones aplicables para efectos de vinculación y desvinculación de la función pública.
- Hacer seguimiento al desempeño del cargo contratado por el candidato o funcionario respectivo.
- Vale la pena indagar los motivos o argumentos que dieron lugar a la asignación de un cargo específico.



Tipología No. 7 –Soborno a través de una financiación electoral

“En algunos países es un delito hacer una donación con el fin de promover a un candidato o a un partido político, donde la intención es influir en el resultado de las elecciones y así asegurar o retener un contrato con el Gobierno (...)”¹¹⁷.

Esta modalidad se trae a colación pues ha sido ampliamente reconocida como un escenario propio de soborno transnacional en el contexto internacional y comparado.

Sin embargo, cabe aclarar que, de acuerdo con el contenido típico en Colombia de lo que aquí se ha denominado sobornos se exige que se trate de un servidor público (bien como sujeto activo, o bien como objeto).

De esta forma, en el escenario que aquí se plantea se ignoraría cuál es el servidor público al que se da, promete u ofrece, o que, por el otro lado, recibe o acepta tratándose de particulares: (i) quien financia la campaña y (ii) quien recibe la financiación.

No es posible negociar la función pública de que se carece y escaparía al contexto propio de un delito contra la administración pública.

Se tiene demostrado que Santiago integra la U.T.L. de Elena, y que se evidencian sus aportes en la campaña de Elena. ¿Quiere ello decir que Elena cometió el delito de concusión exigiendo el aporte a Santiago? ¿Se configura el delito de cohecho derivado de la negociación de la función pública (aporte en campaña a cambio de cargo en U.T.L.)?¹¹⁸.

Ahora, si con posterioridad se asigna un contrato, derivado de esta financiación previa, podría advertirse un interés indebido en la celebración de contratos u otra figura afín.



Tipología No. 8 – Manejo del dinero a través de testaferros, fondos secretos y centros financieros en el extranjero

La OCDE incluye esta modalidad dentro de las variedades que puede tener el empleo de intermediarios.

Aquí se ha tratado en forma separada pues si bien puede ser una forma de empleo de intermediarios, también es una modalidad común en ausencia de aquellos, al ser el *modus operandi*, o el factor que se quiere destacar, el manejo disperso del dinero, bien valorable en dinero o beneficio u otra utilidad que se quiere dar al sobornado:

“Es probable que los delincuentes que participan en sobornos escondan sus transacciones financieras.

Cuando se usan intermediarios para perpetrar el delito, es frecuente que el soborno se desvíe a través de varias cuentas bancarias que el intermediario abre a nombre de testaferros; es decir, están registradas a nombre de otra persona. Éstas pueden ser en el país en cuestión o en el extranjero (...).

Los sobornos también pueden proceder de un sistema de fondos secretos que es creado (*sic*) antes de los sobornos. La ventaja de los fondos secretos es que los sobornos pueden pagarse en cualquier momento. Los fondos secretos pueden crearse haciendo uso de una cascada de acuerdos y empresas de consultoría descritos líneas atrás. Los acuerdos y las facturas poco precisas que se refieren a proyectos verdaderos o imaginarios se usan para desviar los fondos de una empresa a cuentas secretas en todo el mundo. Si es necesario, los fondos se retiran y distribuyen entre diversos servidores públicos extranjeros (...).

Es frecuente que una subsidiaria o el intermediario también se constituyan legalmente en un centro financiero (en el extranjero)”¹¹⁹.

• Varias empresas se asesoran de una firma de abogados que presta sus servicios para hacer un manejo indebido de dinero a través de fondos secretos y centros financieros en el extranjero como mecanismo para garantizar el pago de sobornos para la obtención de diferentes finalidades. De esta manera se habilita el esconder millonarios recursos.

Ello se efectúa, entre otros, a través de la constitución de empresas fachada en otro país (normalmente con normativa de mayor flexibilidad y con menores controles o incluso los llamados paraísos fiscales) con el objetivo de que sus clientes justifiquen millonarios gastos, en donde firmaban facturas por prestación de servicios que nunca se prestaron o por compras y transacciones que realmente nunca se llevaron a cabo. Y por esta falsa operación se facilita la salida de recursos con dificultad en su seguimiento y con el objeto único de pago de sobornos.

Señales de Alerta

- Familiares, amigos, conocidos en una misma cadena de transacciones.
- Existen múltiples operaciones aparentemente sin conexión.
- Intervención de sujetos inusuales en determinadas operaciones o transacciones o ausencia de claridad frente a los que intervienen en una determinada transacción.
- Inexistencia de soporte de transacciones u operaciones.
- Estructura jurídica sin beneficios comerciales, legales o fiscales, o incluso, sin objetivo.
- Actividades u operaciones sospechosas ante ausencia de consistencia lógica o adecuada a las condiciones (p. ej. contador suscribe contrato jurídico).
- Transacciones con nuevos actores en el mercado (poco reconocimiento u operación).
- Único cliente de sujetos en el mercado.
- Algunas de estas transacciones u operaciones de las personas involucradas tienen lugar en países que se han reconocido como paraísos fiscales.

¿Qué podría hacer?

- Verificar la existencia de relación o vínculo entre el presunto sobornante y sobornado frente al intermediario.

- Definir relaciones de parentesco, comerciales o de amistad: directas o indirectas.
- Validar que la persona natural o jurídica exista, y que, al existir, tenga operación y una actividad real, así como: (i) su experiencia y trazabilidad; así como (ii) su valor competitivo acorde a precios de mercado.
- Hacer la trazabilidad o seguimiento de los recursos que hacen parte de la transacción u operación, si existen endosos, giros de sumas coincidentes con tiempos de ingreso, vínculos de pagos u operaciones financieras del intermediario y el funcionario público, entre otros.
- Organice las transacciones o vínculos en forma cronológica, organícelos de la más reciente a la más antigua y evalúe a través de análisis link los posibles vínculos entre todos ellos.
- Paraísos fiscales (verificación de inversiones ficticias).

Tipología No. 9 – No solo se debe ser sino parecer

Como es ampliamente conocido, existe una modalidad de cohecho denominada implícita o aparente, la cual se trae a colación pues se caracteriza por la ausencia de evidencia frente a un “acuerdo” previo, sin que sea manifiesta la presencia de ingrediente subjetivo, es decir, sin que exista claridad frente a la finalidad específica pretendida con el halago, regalo o dádiva de que se trate¹²⁰.

Esta modalidad de cohecho (que se ubica dentro del cohecho impropio) en especial se orienta a salvaguardar la probidad y transparencia que debe proyectar la función pública para impedir cualquier circunstancia que genere reproche o tacha de duda alguna, pero además al impedir verse inmerso en circunstancias que pongan en riesgo la objetividad e imparcialidad que han de regir la conducta del funcionario.

“(...) aparenta un rigor excesivo, innecesario y hasta comprensivo de conductas inocentes, nada dañinas, que propicia tratamientos injustos. Pero bien miradas las cosas, todos estos temores y recelos no obedecen a una atendible realidad (...).

Evidentemente, el comportamiento, dentro del esquema típico señalado por el legislador, busca prevenir el ablandamiento del funcionario en cuanto a la imparcialidad que debe caracterizar el ejercicio de sus atribuciones, pues el halago, la atención, etc.,



pueden enervar su libertad, entorpecer la visión del conflicto que debe desatar y, en fin, dificultar el cumplimiento de la función oficial.

Más allá de la eficacia de la administración pública, también debe precaverse su insospechabilidad, pues o es dable el mantenimiento de ésta cuando el interesado en una decisión es atendido en un ofrecimiento de dinero o utilidad por quien está encargado de asumirla, pues así no lo diga si está sobreentendiéndose que se quiere buscar su favor en el asunto del cual conoce (...).

La ley no tolera que el empleado oficial desencadene una fraternidad de ocasión con las personas que intervienen en asuntos sometidos a su conocimiento, la cual solo puede explicarse por la gestión que al mismo se le ha encomendado en tal cuestión.

Esta explosión de obsequios y regalos, así nada concreto se pida por ellos, aceptados por el empleado que debía y podía rehuirlos, debe merecer reproche y sanción, porque la justicia resulta estropeada en su buen nombre y termina por deteriorarse por afanes de mero yantar y complementarios (...).

Dentro del bien jurídico protegido por los delitos contra la administración pública, indudablemente está el normal desenvolvimiento de las funciones estatales, o sea que el Estado pueda desarrollar sin trastornos sus actividades legisladoras, judiciales y administrativas.

Pero dentro de este bien jurídico también se comprenden valores como el prestigio, el decoro de la administración, el deber de fidelidad, deber del cargo, disciplina, etc. De ahí que quienes no actúan como deben, quebrantan aspectos esenciales del poder público"¹²¹.



Ahora, dada la amplitud del comportamiento, se han fijado por la jurisprudencia una serie de presupuestos indispensables con miras a fijar unos límites a la conducta como tal. Se expone con un ejemplo:

Carolina facilitó su automóvil al fiscal Gerardo, quien potencialmente debería conocer de una denuncia interpuesta por aquella. Ello lo hizo para colaborar con el Seminario Ambiental de la ciudad, liderado por ésta y que contaría con la presencia de la Fiscalía General de la Nación, y de esta forma garantizar el transporte de los funcionarios que participaban en el mismo¹²².

En este caso no se configuraría delito alguno en tanto, tras una evaluación valorativa-normativa y de cara al alcance típico del comportamiento, no es esta la clase de conductas que se esperan prohibir o vedar por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior, toda vez que:

- No llega a ponerse en peligro o vulnerarse la Administración Pública.
- No reporta un beneficio mediato o inmediato (directo o indirecto) para el servidor público.
- “El fiscal no ha sido objeto fin, quien recibe la utilidad, sino el medio material para un beneficio colectivo, de la comunidad (...)”¹²³.

Señales de Alerta

- Reunión, familiaridad, o acercamientos inusuales entre el funcionario y el particular.
- El funcionario no rechaza atenciones o similares que le son concedidos por un tercero.

¿Qué podría hacer?

- No es necesario acreditar la finalidad pretendida o el acuerdo previo, basta demostrar que quien da tiene interés en un asunto del que conoce el funcionario público.
- Habría que identificar marco funcional del servidor público.
- Es importante demostrar la entrega.

Tipología No. 10 – Solicitud de sobornos

En esta tipología, es el servidor público quien requiere del objeto o contraprestación.



Un ejemplo de esta modalidad en el ámbito internacional puede encontrarse en el ex primer ministro de Ucrania, Pavel Lazarenko, quien se comprobó que pedía a quienes querían realizar negocios en Ucrania que le dieran parte de las ganancias del contrato para que usara sus influencias¹²⁴.



Lo complejo en esta situación será determinar si se trata de un cohecho (en cualquiera de sus modalidades) o una concusión, aspecto que se valida conforme al rol del sobornante y el sobornado en la situación concreta.

Se debe recordar que en el caso de la concusión se trata de un abuso del cargo o función que se impone sobre el particular (víctima). No se trata de quién hace primero la solicitud, sino de la equidad en la relación o transacción de que se trata (conforme a los aspectos analizados en situaciones complejas)¹²⁵.

Un ejemplo de esta tipología para el delito de concusión sería:

Ana, como representante a la Cámara, solicita a miembros de su U.T.L. (en el Congreso) su apoyo y colaboración a través de financiación económica a una campaña local con el partido que coordina en la región que representa, así como la realización de reparaciones mecánicas a una camioneta oficial que le había sido asignada. Aun cuando no se prevale de actos violentos, es claro que dicha petición se sustenta en su poder jerárquico frente a su equipo y la facultad de desvinculación que tiene sobre ellos, de la que daba claridad en las diferentes solicitudes en claro abuso de sus funciones¹²⁶.

¿Qué podría hacer?

- Es importante identificar el contexto en que se desarrolla (en especial para diferenciar si se trata de cohecho o concusión) y aspectos tales como: (i) Relación entre ambos sujetos; (ii) posibles actos irregulares; (iii) intereses en el trámite, gestión o actividad de que se trate.
- Aquí es recomendable ponerse en contacto con el particular que alegará el ser víctima, y como tal permitirá identificar la conducta más fácilmente, o confesará su propio comportamiento, caso en el cual es procedente un escenario de negociación enfocado a romper el pacto criminal.
- Verificar la relación jurídica / administrativa existente entre el servidor público y el particular.
- Estudio de alternativas y perjuicios del particular.



6. Jurisprudencia Sobornos

A continuación, de manera esquemática se traen a colación algunas de las principales y más recientes sentencias en materia de sobornos:

Concusión		
Fecha	Cita	Contenido relevante para sobornos
04/04/2018	CSJ. Cas. Penal. Sent. 04/04/2018 MP Eyder Patiño Cabrera (46.655).	<ul style="list-style-type: none"> Elementos del delito de concusión. Tipo penal de mera conducta.
01/11/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent.01/11/2017; MP. Eyder Patiño Cabrera (48.679).	<ul style="list-style-type: none"> Elementos de la concusión (y desarrollo de cada uno de ellos). Contenido de las diferentes modalidades de la conducta (constreñir, inducir, solicitar). Tipo penal de mera conducta o mera actividad (con independencia que quien es objeto de la conducta esté en posibilidad de cumplirla).
27/09/2017	CSJ. Cas. Penal, Auto 27/09/2017, MP. Eyder Patiño Cabrera (50.009).	<ul style="list-style-type: none"> Contenido y alcance de los verbos rectores de la conducta. Inadmisibilidad de Tentativa. Antijuridicidad material del delito de concusión – Relación de la conducta frente al bien jurídico protegido.
07/06/2017	CSJ. Cas. Penal, Sent. 07/06/2017, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (42.176).	<ul style="list-style-type: none"> Concusión. Demostración – Reglas de la Experiencia. Circunstancias de mayor punibilidad y cualificación especial del tipo (non bis in idem).
01/06/2017	CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165).	<ul style="list-style-type: none"> Elementos del tipo penal de concusión y desarrollo de cada uno de ellos. Especial referencia a los verbos rectores y sus modalidades, concretamente solicitar. El abuso del cargo como elemento esencial de la concusión Ausencia de exigencia frente al objeto de la conducta diferente de Metus potestatis publicae. Momento en que se configura el comportamiento.
18/04/2017	CSJ. Cas. Penal, Sent. 18/04/2017 MP José Francisco Acuña Vizcaya (48.965).	<ul style="list-style-type: none"> La concusión como delito funcional. Alcance y definición de delito funcional.
01/03/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 01/03/2017 MP Eyder Patiño Cabrera (43.412).	<ul style="list-style-type: none"> Elementos estructurales del tipo penal de concusión. Finalidad del comportamiento.
20/02/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 20/02/2017 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (33.390).	<ul style="list-style-type: none"> Elementos estructurales del tipo penal de concusión. Bien jurídico protegido en el delito de concusión.

24/01/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 24/01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (40.167).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos estructurales del tipo penal de concusión (Especial referencia a Metus publicae potestatis). • Bien jurídico protegido en el delito de concusión. • Desarrollo del abuso del cargo o función a que hace referencia el tipo penal. • Consumación (Delito de mera conducta).
20/01/2017	CSJ. Cas Penal. Auto 20/01/2017, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (35.591).	<ul style="list-style-type: none"> • Conducta de sujeto activo cualificado. Debe tratarse de servidor público.
02/11/2016	CSJ. Cas. Penal. Sent. 02/11/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.794).	<ul style="list-style-type: none"> • Modalidades de conducta en la concusión. • Momento de consumación del comportamiento. Inadmisibilidad de la tentativa. • No se exige la realización de un acto extralimitado o ilegal como consecuencia de la solicitud, constreñimiento o inducción. • Diferencias entre las categorías de abuso del cargo y abuso de las funciones públicas y relevancia para el tipo penal de concusión. • El que la persona objeto de la conducta no ceda ante la exigencia ilegal no desvirtúa la presencia de metus publicae potestatis. • Tipo penal de mera conducta.
27/07/2016	CSJ, Cas. Penal. Auto 27/07/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del tipo penal. • Momento de consumación del comportamiento.
28/03/2016	CSJ. Cas. Penal. Auto 28/03/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645).	<ul style="list-style-type: none"> • Finalidad de la conducta. • Elementos del tipo penal. • Desarrollo especial de las modalidades del comportamiento y análisis del abuso del cargo o función. • Momento de consumación del comportamiento.
16/03/2016	CSJ, Cas. Penal. Sent. 16/03/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (40.461).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del tipo penal de concusión. • Diferencias entre lo que supone el abuso de funciones y el abuso del cargo. • Relación causal entre la solicitud ilegítima y el abuso del cargo o función e idoneidad del medio empleado para ocasionar el elemento subjetivo predicable de la víctima: metus publicae potestatis. • Conducta dolosa.
16/12/2015	CSJ. Cas. Penal. Sent. 16/12/2015 MP. José Leónidas Bustos Martínez (46.139).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del tipo penal de concusión. • Tipo penal de mera conducta. • Transgresión al bien jurídico tutelado.
11/08/2015	CSJ. Cas. Penal. Sent. 11/08/2015, MP Eugenio Fernández Carlier (46.102).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del tipo penal de concusión. • Tipo penal de mera conducta (aun cuando puede realizarse a través de varios actos). • Transgresión al bien jurídico tutelado. • Diferencias con el tipo penal de cohecho. Especial referencia al elemento Metus Publicae potestatis.



29/07/2015	CSJ. Cas. Penal. Sent. 29/07/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (39.180).	<ul style="list-style-type: none"> • Caso especial: Diferencias entre el delito de concusión y el secuestro extorsivo (caso de privación de libertad con exigencia económica).
29/04/2015	CSJ. Cas. Penal, Auto 29/04/2015 MP María del Rosario González Muñoz.	<ul style="list-style-type: none"> • Sujeto activo cualificado: servidor público aun cuando no sea el competente.
16/12/2015	CSJ. Cas. Penal. Sent. 16/12/2015 (46.139).	<ul style="list-style-type: none"> • Antijuridicidad material del delito de concusión – Relación de la conducta frente al bien jurídico protegido.
27/10/2014	CSJ. Cas. Penal. Sent. 27/10/2014 (34.282).	<ul style="list-style-type: none"> • Tipo penal de mera conducta o mera actividad (con independencia que quien es objeto de la conducta esté en posibilidad de cumplirla).
07/11/2012	CSJ. Cas. Penal. Sent. 07/11/2012 (30.395).	<ul style="list-style-type: none"> • Modalidad de concusión consistente en solicitar. Análisis especial y referencia jurisprudencial.
30/05/2012	CSJ. Cas. Penal. Auto 30/05/2012; (33.743).	<ul style="list-style-type: none"> • Contenido de las diferentes modalidades de la conducta (constreñir, inducir, solicitar).
03/06/2009	CSJ. Cas. Penal. Sent. 03/06/2009 (29.769).	<ul style="list-style-type: none"> • El abuso del cargo como elemento esencial de la concusión. Definición y alcance del abuso del cargo.

Cohecho		
Fecha	Cita	Contenido relevante para sobornos
07/02/2018	CSJ. Cas. Penal. Auto 07/02/2018 MP Luis Guillermo Salazar Otero (52.057).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho por dar u ofrecer. • Delito de Peligro, de mera conducta y de consumación instantánea.
01/02/2018	CSJ. Cas. Penal. Auto 01/02/2018, MP Luis Antonio Hernández Barbosa (50.969).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho por dar u ofrecer. • Concepto de Administración / Función Pública.
13/12/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 13/12/2017 MP- Eugenio Fernández Carlier (45.022).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio. • Delito de mera conducta.
01/11/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 1/11/2017, MP. Eyder Patiño Cabrera (48.679).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho impropio. • Finalidad de la protección penal en el delito de cohecho impropio.
13/10/2017	CSJ. Cas. Penal. Auto 13/10/2017 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (50.969).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del cohecho por dar u ofrecer y diferencia de la coacción.

20/09/2017	CSJ. Cas. Penal. Sent. 20/09/2017 MP. Jose Luis Barceló Camacho (50.366).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio (explicación amplia de cada uno de ellos). • Fin de protección de la norma (antijuridicidad). • Inadmisibilidad de la tentativa. • Tipo penal de mera conducta. • Concurso con el delito de prevaricato por omisión. • Concurso con el delito de asociación para la comisión de un delito contra la administración pública.
23/08/2017	CSJ. Cas. Penal, Auto 23/08/2017, MP. Patricia Salazar Cuellar (49.592).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio y su diferencia frente al delito de concusión. • Reprochabilidad de la conducta de cohecho propio.
11/07/2017	CSJ, Cas. Penal. Auto 11/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (38.340).	<ul style="list-style-type: none"> • Bien jurídico tutelado con el tipo penal de cohecho impropio. • Elementos del tipo penal de cohecho impropio. • Tipo penal de mera conducta.
21/06/2017	CSJ, Cas. Penal. Sent. 21/06/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (49.619).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio. • Bien jurídico tutelado y alcance de protección para el delito de cohecho propio. • Diferencias del delito continuado y el concurso de delitos de cara al tipo penal de cohecho propio.
23/03/2017	CSJ. Cas. Penal Auto 23/03/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34.282A).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio (Explicación de cada uno de ellos). • Concurso.
29/11/2016	CSJ, Cas. Penal, Auto 29/11/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34.282A).	<ul style="list-style-type: none"> • Concurso entre el cohecho propio (modalidad de aceptar) y enriquecimiento ilícito de particular.
12/09/2016	CSJ. Cas. Penal. Auto 12/09/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (39.178).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio.
27/07/2016	CSJ. Cas. Penal. Auto 27/07/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645).	<ul style="list-style-type: none"> • Bien jurídico tutelado con el tipo penal de cohecho impropio. • Elementos del tipo penal de cohecho impropio. • Tipo penal de mera conducta.
25/04/2016	CSJ. Cas. Penal. Auto 25/04/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34.282A).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio. • Finalidad de protección del delito.
14/09/2015	CSJ. Cas. Penal Auto 14/09/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (35.780).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio. • Ingrediente subjetivo (no exige que se traduzca, necesariamente, en una decisión prevaricadora).
15/04/2015	CSJ. Cas. Penal. Sent. 15/04/2015 MP Jose Luis Barceló Camacho (39.156).	<ul style="list-style-type: none"> • Finalidad del cohecho por dar u ofrecer como mecanismo de protección de la administración pública frente a comportamientos corruptores de terceros.



27/10/2014	CSJ. Cas. Penal Sent. 27/10/2014 MP Fernando Alberto Castro Caballero (34.282).	<ul style="list-style-type: none"> • Elementos del delito de cohecho propio. • Acto contrario a los deberes oficiales (alcance). • De la figura del interviniente.
03/09/2014	CSJ. Segunda Inst. Sent. 03/09/2014 MP Gustavo Enrique Malo Fernández (44.094).	<ul style="list-style-type: none"> • Soporte probatorio de su configuración (especial referencia a la prueba indiciaria).
14/05/2014	CSJ. Cas. Penal. Sent. 14/05/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (40.392).	<ul style="list-style-type: none"> • Cohecho por dar u ofrecer como tipo penal de peligro.
20/11/2013	CSJ. Cas. Penal. Auto 20/11/2013, MP. José Luis Barceló Camacho (42.429).	<ul style="list-style-type: none"> • Lo que se espera del servidor público en el cohecho por dar u ofrecer no refiere a un acto presente sino futuro. • Debe tratarse de un asunto que el servidor público tenga bajo su conocimiento o pueda efectivamente realizar.
17/10/2012	CSJ. Cas. Penal. Auto 17/10/2012 MP José Leónidas Bustos Martínez (35.023).	<ul style="list-style-type: none"> • Verbos rectores del cohecho por dar u ofrecer no exigen requisito específico en torno a que sea inequívoco.
02/09/2013	CSJ. Cas. Penal. Auto 02/09/2013 MP. Fernando Alberto Castro Caballero (34.282).	<ul style="list-style-type: none"> • Diferencia del cohecho propio con el tráfico de influencias.
23/11/2011	CSJ. Única Inst. Auto 23/11/2011 MP Fernando Alberto Castro Caballero (37.322).	<ul style="list-style-type: none"> • Antijuridicidad del cohecho propio. • Elementos del delito de cohecho propio, especial referencia al ingrediente normativo acto contrario a sus deberes oficiales.
31/07/2003	CSJ. Cas. Penal. Sent. 31/07/2003 MP Jorge Luis Quintero (16.834).	<ul style="list-style-type: none"> • Diferencias entre cohecho y concusión. • Diferencias entre cohecho propio e impropio.
12/03/2002	CSJ Cas. Penal. Sent. 12/03/2002 MP. Carlos Augusto Gálvez Argote (16.065).	<ul style="list-style-type: none"> • Aclaración de los límites y configuración del cohecho aparente o implícito. • Finalidad de protección de la norma. • Relación Causal- Imputación Objetiva.
24/01/2001	CSJ, Cas. Penal. Sent. 24/01/2001 MP. Fernando Arboleda Ripoll (13.155).	<ul style="list-style-type: none"> • Elemento subjetivo del tipo penal – Imposibilidad de admisión de la conducta en modalidad culposa. • Ausencia de exigencia de un ingrediente subjetivo en la modalidad de cohecho aparente o implícito. • Finalidad de protección del tipo penal (antijuridicidad) • Alcance de asunto que conozca.
03/12/1999	CSJ, Cas. Penal. Sent. 03/12/99 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136).	<ul style="list-style-type: none"> • Cohecho impropio implícito (aparente). • Finalidad de protección de la norma (antijuridicidad de la conducta). • Posibilidad de concurso cohecho impropio y concusión.

Notas y referencias

- 1 CSJ. Cas. Penal. Sent. dic. 3/1999; MP. Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)
- 2 CSJ. Cas. Penal. Sent. abr. 6/2005; MP. Herman Galán Castellanos (20.403)
- 3 CSJ, Cas. Penal. Auto Interlocutorio nov. 23/2011 MP Fernando Alberto Castro Caballero (37.322)
- 4 CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio feb. 01/2018 MP Luis Antonio Hernández Barbosa (50.969)
- 5 CSJ. Cas. Penal. Sent. nov. 01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (48.679). En igual sentido CSJ Cas. Penal. Sent. ene. 24/2001 (13155) y CSJ Cas. Penal. Sent. nov. 19/2002 (16547).
- 6 CSJ, Cas. Penal. Auto 11/07/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (38.340). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto 27/07/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (32.645)
- 7 CSJ. Cas. Penal. Sentencia Única Instancia de sep. 20/2017 SP14985-2017 (50.366) MP. José Luis Barceló Camacho
- 8 CSJ. Cas. Penal. Sent. 16/12/2015 MP. José Leónidas Bustos Martínez (46.139). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Sent. 11/08/2015, MP Eugenio Fernández Carlier (46.102)
- 9 *CSJ. Cas. Penal. Sent. 15/04/2015 MP Jose Luis Barceló Camacho (39.156).*
- 10 "Como es apenas evidente, se trata de un delito especial, es decir, de aquellos que solo pueden ser consumados por un autor que cumpla con la cualificación especial requerido por el tipo que, en este caso concreto, fungir como servidor público" CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio de dic. 13/2017 AP. 8566-2017 (45.022)
- 11 En el segundo supuesto tratándose de un servidor público extranjero en los términos que se contempla en la Ley.
- 12 CSJ. Cas. Penal, Sent. 07/06/2017, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (42.176)



- 13 Ello fue objeto de análisis en un caso de concusión (CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165))
- 14 CSJ. Cas. Penal, Auto 29/04/2015 MP María del Rosario González Muñoz
- 15 CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165)
- 16 CSJ. Cas. Penal. Sent.mar.12/2002; MP. Carlos Augusto Gálvez Argote (16.065)
- 17 Así se analizó en CSJ Segunda Instancia Sent. 08/06/2011 MP Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez (36.570): *“Precisamente por esa adscripción inescapable al abuso de la función pública como medio para obtener la indebida utilidad, o mejor, el favor sexual de otra manera inalcanzable, es que el delito se encuadra dentro del atentado contra la administración pública y no en las fronteras del acoso sexual que postula el defensor, pues, en la novísima conducta introducida por el artículo 29 de la Ley 1257 de 2008, que agrega el artículo 210 A al Código Penal, no se delimita de sujeto activo calificado el hecho, ni se supedita el mismo al abuso del cargo o de la función, notas características que, en razón del principio de especialidad, obligan acudir al artículo 404 ibidem, marco típico que de forma integral, con el nomen iuris de concusión, recoge el comportamiento contrario a derecho del acusado.”*
- 18 Para complementar esta información ver; C.C., No. C-238, Sent.mar.25/2005. M.P. Jaime Araújo Rentería
- 19 Para complementar esta información ver: CSJ, Cas. Penal, Sent.mar.21/2007. (26.065)
- 20 Se pueden analizar los elementos de este delito en CSJ. Cas. Penal. Sent. nov.01/2017 Mp. Eyder Patiño Cabrera (48.679); CSJ. Cas. Penal Auto Interlocutorio sep.27/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (50.009); CSJ. Cas. Penal Sent.jun.01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (46.165)
- 21 Una de las diferencias sustanciales frente a las conductas de concusión es que en este caso ambos son o pueden llegar a ser parte del acuerdo corrupto (en forma independiente y autónoma y respondiendo cada uno por su respectivo tipo penal): *“de la cosa que indebidamente se da u ofrece en el cohecho, se desprende el particular por su libre voluntad, sin subordinaciones ni temores, sino a manera de contraprestación dentro de un acuerdo corrupto en el que ya se pactaron bilaterales compromisos -el del funcionario para proferir la decisión que le compete o una que contraría su deber, y el particular la de lucrarse o darle recompensas-, cuando menos y con la misma libertad (artículo 210 C. P. M.), a su exclusiva iniciativa da*

- u ofrece regalos o expectativas de lucro para desviar al funcionario de la decisión debida, para conseguirla a toda costa en su favor, para inhibirle secuelas de adversidad o de demora, o aún para halagar o conrgraciarse al menos con el servidor oficial". CSJ. Cas. Penal. Sent.oct.08/1993 MP. Juan Manuel Torres Fresheda. Incluso se hace alusión a un relativo estado de "igualdad" en contraposición de la concusión en que el funcionario abusa de sus funciones. En este sentido CSJ. Cas. Penal. Sent.nov.10/2005 MP. Marina Pulido de Barón (22333)*
- 22 *"El objeto jurídico se relaciona con la necesidad de impedir que la administración pública y sus cargos sean el origen de enriquecimientos indebidos, y usados como instrumentos de injusticia, mientras el material está integrado por el acto vendido, cuya realización dependerá del pago o el cumplimiento de lo ofrecido" CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio mar.23.2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A)*
- 23 *Sobre los elementos de este delito, revisar CSJ. Cas. Penal. Sent.abr.06/2005 MP Herman Galán Castellanos (20.403). Su antijuridicidad se centra en "En esa línea de argumentación, se debe matizar la jurisprudencia para indicar que la percepción pública del favoritismo no es el fundamento de la antijuridicidad(12) , sino, como con acierto lo señala la defensa, tratándose del delito de cohecho impropio, la imparcialidad en la toma de decisiones públicas en las que está en juego la noción de interés general como fundamento de un orden justo, más aun tratándose de la función legislativa que "está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad." Por eso, el tipo de injusto de cohecho impropio que se describe en el segundo aparte del artículo 406 del código penal de 2000, requiere de la relación de imputación entre recibir el dinero y la creación de un riesgo concreto frente a la imparcialidad, al considerar intereses distintos del general en la toma de decisiones en el asunto sometido a conocimiento del servidor público, pues de no ser así se caería en el peligro de estructurar el injusto sobre el desvalor de "intención" del primer acto, cuando no en criterios éticos que llevarían a la fusión entre moral y derecho.(...)" CJS, Cas. Penal. Sent.oct.01/2009 (29.110)*
- 24 *Condición que debe existir al momento que se desarrolla la conducta CSJ. Cas. Penal Sent.jun.01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (46.165)*
- 25 *"Igualmente se ha advertido por la jurisprudencia de esta Sala que para cometer el delito de concusión es presupuesto indispensable que pueda deducirse, además de los elementos referidos, el abuso del cargo o de sus funciones. A este respecto, se ha dicho (CSJ SP, 3 jun 2009, rad. 29769): Como lo viene enseñando la jurisprudencia de la Sala, se abusa del cargo o de la función pública cuando el servidor, al margen de las normas*



constitucionales y legales a las cuales debe obediencia, es decir aquellas que organizan y diseñan estructural y funcionalmente la administración pública, *constríne, induce o solicita a alguien dar o prometer alguna cosa. El delito se consume simplemente al ejecutarse cualesquiera de estas acciones en provecho del servidor o de un tercero, independientemente de que la dádiva o la utilidad hayan ingresado o no al ámbito de disponibilidad del actor.*

Tal conclusión se desprende no solo del alcance y significación de los verbos rectores empleados por el legislador, sino igualmente del hecho que la administración pública, que es el bien jurídicamente tutelado, se ve transgredida con el acto mismo del constreñimiento, de la inducción, o de la solicitud indebidos, en cuanto cualquiera de ellas rompe con la normatividad que la organiza y estructura, derrumbándola y generando la sensación o certeza de deslealtad, improbidad y ausencia de transparencia dentro de los coasociados." (destaca la Sala). [subrayado original del texto]»" CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165). En igual sentido CSJ, Cas. Penal. Sent. 16/03/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (40.461)

Incluso se ha reconocido como parte de aquellos delitos "funcionales" CSJ. Cas. Penal, Sent. 18/04/2017 MP José Francisco Acuña Vizcaya (48.965)

- 26 *"En el momento de la dación o aceptación de la promesa el sujeto agente ha de ostentar la condición de servidor público y tener facultad para decidir lo pedido o tener la posibilidad de hacerlo (...) El agente debe tener la competencia para ejecutar el acto arbitrario bien sea por acción u omisión, o tener la posibilidad de realizarlo, por su calidad, por el organismo a que pertenece o el oficio que ejecuta. El acto propio de la función es realizado por el agente atendiendo sus facultades específicas deferidas por la ley. La pretermisión implica tener la competencia pues solo se puede omitir o retardar los comportamientos que está compelido a cumplir o ejecutar en determinado plazo." CSJ Cas. Penal. Sent.sep.20/2017 MP Jose Luis Barceló Camacho (50.366)*
- 27 *Aquí vale la pena aclarar que la consagración de este tipo penal no tiene objeto distinto a proteger "a la administración pública de comportamientos corruptores de terceros" CSJ. Cas. Penal. Sent. 15/04/2015 MP Jose Luis Barceló Camacho (39.156). Continúa esta decisión: "las razones de política criminal que llevaron al legislador a elevar a categoría de delito aquellos comportamientos tendientes a dañar el espíritu y la rectitud que se espera de los servidores públicos, con ofrecimientos o prebendas que hagan ceder los intereses superiores de la comunidad, por los que debe velar Estado, frente a los de quien ofrece guiado por su mera conveniencia, permiten concluir que para la comisión del delito de cohecho por dar u ofrecer resulta indiferente si la iniciativa corruptora proviene de un particular o de un servidor público.*

Obsérvese al respecto que en esta específica modalidad de cohecho, quien da u ofrece “dinero u otra utilidad” no lo hace de manera espontánea, sino con un fin específico: que el servidor público corrompido realice cualquiera de las conductas descritas en el artículo mencionado, esto es: i) “retardar u omitir un acto propio de su cargo” o “ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales” (cohecho propio) o ii) llevar a cabo un “acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones” (cohecho impropio). Es decir, esta modalidad representa el otro extremo de la cadena corruptora de la administración pública».

- 28 Aquí resulta fundamental conocer que se creó una conducta homóloga para personas jurídicas en la Ley 1778 de 2016 que será de competencia de la Superintendencia de Sociedades. La redacción actual del tipo penal de Soborno Transnacional responde a la Convención contra el cohecho de servidores públicos extranjeros de la OCDE y las recomendaciones emitidas en el proceso de Colombia de ingreso a la OCDE.
- 29 “De manera particular estos verbos rectores significan: (i) constreñir: “obligar, precisar, compeler por fuerza a alguien a que haga y ejecute algo, oprimir, reducir, limitar”; (ii) inducir: “mover a alguien a algo, causar o provocar indirectamente algo, extraer”; (iii) solicitar: “pretender, pedir o buscar algo con diligencia y cuidado”. CSJ. Cas. Penal. Sent.nov.01/2017 Mp. Eyder Patiño Cabrera (48.679). Incluso se señala más adelante: “El constreñimiento será idóneo si se emplean medios coactivos que socaven la voluntad del sujeto pasivo, o se le obligue con actos de poder para obtener la utilidad pretendida. En la inducción el resultado se concreta por un exceso de autoridad oculto, para mostrar como genuino un acto que no lo es y, de paso, generar temor o intimidar al sujeto pasivo para que omita o haga lo que el funcionario quiere, so pretexto de evitar o extender aún más un perjuicio en su contra. La solicitud debe ser expresa, clara e inequívoca con total abandono de actos de violencia, engaño, artificios y amenazas sobre la víctima, con la intención de vender su función o el cargo, y a través de ello, recibir una suma de dinero u otra utilidad, o la promesa de que así será” CSJ. Cas. Penal. Auto 30/05/2012; (33.743)
- 30 “Agréguese, que cuando el servidor judicial conoce que la indebida solicitud tiene la aptitud de quebrantar la voluntad del sujeto pasivo de la acción, por cuanto bajo su investidura se halla la potestad de decidir un caso cuyo resultado interesa a éste, así el dinero requerido no entre a su haber patrimonial, se configura la conducta punible de concusión. Lo anterior, resáltese, el no pago del dinero exigido por el concusionador, tampoco conlleva siempre a entender que la víctima no ha sentido temor de lo que pueda suceder, sino que, por cualquier razón, se sustrae de hacerlo, sin que ello desvirtúe la existencia de la relación de causalidad



entre la petición indebida y la condición de servidor público del procesado." CSJ. Cas. Penal. Sent. 02/11/2016 MP Patricia Salazar Cuellar (46.794). El elemento al que se ha hecho referencia en la jurisprudencia alude a la existencia de "relación o nexo causal" aunado a la "idoneidad" del medio empleado para generar el elemento subjetivo predicable de la víctima, con independencia que acceda o no a lo solicitado, inducido o constreñido: "Bien sea que la persona constreñida o inducida acceda o no a las pretensiones del servidor público, debe existir una relación causal entre la solicitud ilegítima efectuada por éste y el abuso del cargo que ostenta o la función que ejerce.

Además de ello, a efectos de tener por configurado el delito "es indispensable la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima, el "metus publicae potestatis", de modo que "si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración". (CSJ, Cas. Penal. Sent. 16/03/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (40.461)).

- 31 "(...) indudable resulta que en aquél la víctima actúa determinada por el metus potestatis publicae, esto es, por el temor derivado de fuerza física o moral (constreñimiento) que infunde el funcionario debido a su investidura oficial o por la inducción a entregar determinada dádiva. (...) CSJ. Cas. Penal. Sent. nov.10/2005 MP. Marina Pulido de Barón (22333) "Mientras en la concusión el funcionario genera con su acto de abuso el temor o el error de la víctima llevándola a dar o prometer mediante el constreñimiento, la inducción o la sola solicitud lo que no debe" CSJ, Cas. Penal. Sent. oct.8/1993 MP Juan Manuel Torres Fresneda (7768). En el mismo sentido: CSJ. Cas. Penal. Sent. nov.01/2017 Mp. Eyder Patiño Cabrera (48.679): "De ahí surge la relevancia de la concurrencia del elemento subjetivo predicable de la víctima, el "metus publicae potestatis" que no es otra cosa que el miedo que lleva a la víctima del ilícito a acceder a las pretensiones de quien constriña, induzca o solicite, en virtud de la cual se ve obligada a pagar o prometer el dinero o la utilidad indebida por ese temor que genera el cargo o las funciones que el servidor público ostenta y desempeña." Incluso se ha señalado la relevancia del medio empleado como forma idónea de generar esta situación frente a la víctima: "Si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración." CSJ. Cas. Penal Sent. jun.01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (46.165)
- 32 CSJ. Cas. Penal Sent. jun.01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (46.165)
- 33 "El delito concusión, que es de mera conducta en tanto basta con que se constriña, induzca o solicite al particular el dinero o cualquier utilidad

indebida, quedó consumado en el mismo instante en que a través de la violencia moral, como fue la amenaza de privar de la libertad a las señoras (...) y con la sugerencia que su demora sería de quince años, las indujo para que tácitamente complacieran en el apoderamiento por parte de la Fiscal de los dólares y los pesos colombianos que hallaron en su residencia, permaneciendo impávidas ante tal proceder. (...)" CSJ. Cas. Penal. Sent. abr.13/2005 MP. Jorge Luis Quintero Milanés (21447). En igual sentido CSJ. Cas. Penal Auto Interlocutorio sep.27/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (50.009) en donde además se plantea que no admite tentativa: "En tal orden, el producto de la abusiva exigencia no fue introducido por el legislador como presupuesto de la configuración del delito de concusión, en cuanto basta con la concreción de la conducta a través de cualquiera de los verbos rectores: constreñir, inducir o solicitar. Es decir, no admite el grado de tentativa" En igual sentido: CSJ. Cas. Penal Sent.jun.01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (46.165)

34 CSJ. Cas. Penal. Sent. 04/04/2018 MP Eyder Patiño Cabrera (46.655)

35 "Ciertamente, la Corte adujo que este tipo penal contempla dos formas de ejecución alternativa y no progresiva, recibir para sí o para un tercero dinero u otra utilidad o aceptar promesa remuneratoria directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, en ambos casos. Particularidades que lo convierten en un delito de mera conducta cuya consumación se alcanza con la recepción del dinero o la utilidad o con la sola aceptación de la promesa remuneratoria, sin necesidad de obtener la finalidad propuesta. Es decir, se consume con la realización de cualquiera de sus dos verbos rectores, recibir o aceptar" CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio nov.29/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A). En igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio de dic.13/2017 AP. 8566-2017 (45.022)

36 "La ilicitud se debe valorar en el instante de la entrega o la aceptación antes del retardo, omisión o ejecución del acto ilegal, sin requerir su ejecución para alcanzar el perfeccionamiento. El acto ha de ser futuro, atendiendo a que el fin de la dádiva o la promesa es obtener del actor hacer u omitir algo, encerrando con ello el inicial pago o aceptación de la promesa y después el acto convenido. La gratificación debe tener el alcance de recompensa o estímulo como contraprestación por lo prometido a realizar, es intrascendente la cuantía y el pago o cumplimiento de lo ofrecido." CSJ Cas. Penal. Sent.sep.20/2017 MP Jose Luis Barceló Camacho (50.366)
"(...) se tipifica con el mero acuerdo antelado entre el corruptor y el funcionario público, pues ello afecta la imagen de la administración pública y la pone en tela de juicio. (...)" CSJ. Cas. Penal. Sent. jul.26/2007 MP Javier de Jesús Zapata Ortiz (26.079).
De tal claridad que incluso puede concursar con el delito de enriquecimiento

ilícito de particular: "Tal es el caso de los delitos de cohecho propio, sea cual sea el verbo rector que tipifique la conducta y el de enriquecimiento ilícito. (...) En los dos casos, la conducta que realiza el verbo rector está directamente vinculada a los actos propios del cargo o los deberes propios de la función, lo que pasa es que cuando lo recibido o prometido además incrementa el patrimonio de su autor, la conducta trasciende la lesión al bien jurídico tutelado. Y si bien pudiera pensarse que desde el punto de vista dogmático existe alguna diferencia entre el primer y el segundo evento, ésta no encuentra apoyo en el ámbito de la prohibición, no solo por los bienes jurídicos que se vulneran, sino porque no resultaría razonable colegir que la conducta de recibir cierra el círculo de protección de aquellos y lo que es peor, desde el punto de vista político criminal terminaría beneficiado el servidor público corrupto que asegura el dinero, u otra utilidad concomitantemente al acto que ejecuta el que lo ofrece, que aquél que cede a los compromisos propios de sus funciones con el mero ofrecimiento, pero posteriormente obtiene aquello que le fue prometido. Lo que pasa es que en el primer evento, cuando lo recibido significa a su vez un incremento patrimonial, en ese mismo momento el comportamiento se torna en pluriofensivo, mientras que en el segundo, cuando la materialización de lo ofrecido se cumple efectivamente pero con posterioridad y con efectos directos en el patrimonio, como consecuencia de ese delito contra la administración pública, los supuestos fácticos que dan origen al concurso delictual entre cohecho y enriquecimiento ilícito se ejecutan de manera independiente en el tiempo y el espacio, siendo de esa manera posible un concurso material, pues para entonces el atentado a la administración pública ya se encuentra agotado, independientemente del posterior acrecimiento patrimonial que tiene como fuente esa conducta ilícita. (...) CSJ. Cas. Penal, Sent. may.28/2008 (29.705); en igual sentido CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio nov.29/2016 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A)

O con el tipo penal de prevaricato: "En ese orden de ideas, para que se configure el cohecho propio se requiere que el servidor público acceda a la propuesta ilegal que se le formula aceptando contravenir sus funciones oficiales, sin que sea necesario que se produzca el resultado en sentido naturalista, pues basta que con esa conducta se ponga en peligro el bien jurídico a causa del deterioro que sufre la imagen de irreprochabilidad que tenga la sociedad de la administración pública. Tampoco demanda que el ingrediente subjetivo referido al acto contrario a los deberes oficiales se traduzca necesariamente en una decisión contraria a la ley, prevaricadora, puede inclusive suceder que esa determinación se ajuste a la legalidad pero que sea consecuencia del comprado o comprometido incumplimiento de aquellos valores normativos de comportamiento que el servidor público está obligado a observar." CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio ago.23.2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.592)

- 37 CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio mar.23.2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A)
- 38 Se le ha denominado a esta conducta "cohecho aparente" no retributivo o implícito y opera cuando el servidor público recibe dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento. Se le denomina así pues aquí no existe claridad sobre lo que se pretende obtener, o la contraprestación que se espera recibir. Simplemente se deriva de la clara prohibición de recibir dinero o cualquier otra utilidad. Aquí lo que se busca proteger es la inmaculación de la administración pública derivado de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella. "De ahí que el halago, la dádiva, la ofrenda, la oferta o entrega de dinero, o la utilidad, otorgados por el particular no en consideración a la persona del funcionario sino de su cargo, estén prohibidos penalmente, tanto para el particular que ofrece (art. 143 C.P.), como para el funcionario que recibe, pues es de entenderse, que así expresamente no se anuncie la intención que anima ofrecer de una parte y recibir de otra, de todas maneras, el interés oculto de una solución favorable a los intereses particulares, y la percepción pública del favoritismo, se mantienen, poniendo en tela de juicio la imparcialidad y transparencia con que debe actuar la administración en la definición de los asuntos a su cargo." CSJ. Cas. Penal. Sent.ene.24/2001; MP. Fernando Arboleda Ripoll (13.155).
- 39 "En tratándose de la administración pública, eso es lo que ocurre con el tipo delictivo que describe el cohecho activo por dar u ofrecer, a través del cual se busca prevenir la efectiva lesión de ese bien jurídico, atacando el fenómeno desde su origen (el ofrecimiento), en el entendido de que el particular que propone no solo coloca en situación real de riesgo el correcto desarrollo de la función, sino que su conducta, analizada en el plano político criminal, resulta tan peligrosa para el bien jurídico protegido, como la del servidor público que se allana a sus pretensiones, no importando, por consiguiente, el sentido positivo o negativo de la respuesta del destinatario de la oferta, para que la conducta del particular se perfeccione como comportamiento punible». CSJ. Cas. Penal. Sent. 14/05/2014 MP Eugenio Fernández Carlier (40.392)
- 40 En el mismo sentido CSJ. Cas. Penal. Sent. 15/04/2015 MP Jose Luis Barceló Camacho (39.156).
- 41 CSJ. Cas. Penal Auto Interlocutorio feb.02/2018 MP Lis Guillermo Salazar Otero (52.057)
En CSJ. Cas. Penal. Sentencia Única Instancia de sep.20/2017 SP14985-2017 (50.366) MP. José Luis Barceló Camacho se señala que el objeto material "está integrado por el acto vendido, cuya realización dependerá del pago o el cumplimiento de lo ofrecido". Sin embargo, el objeto material es



sobre el que recae la conducta que en este caso corresponde a lo que se “acepta” o “recibe”. En este sentido, este específico elemento se integra dentro del “ingrediente subjetivo” pues es la finalidad pretendida. Ahora, visto de manera amplia lo que se trata de señalar es que la conducta se orienta a sancionar la negociación de la “función pública” y es posible que desde este preciso elemento se advierta el objeto es el “acto vendido”.

- 42 “el tipo del artículo 407 del Código Penal, no exige que los comportamientos *alternativos dar u ofrecer destinados a corromper al servidor público, deban acompañarse de una liturgia verbal específica que torne inequívoca la acción contra el bien jurídico de la administración pública, solo demanda que se desarrolle una de tales acciones, conforme aconteció en el caso analizado.»*” CSJ. Cas. Penal. Auto 17/10/2012 MP José Leónidas Bustos Martínez (35.023)
- 43 “Promesa es el ofrecimiento de un estímulo por su actuación. Remunerar es retribuir, gratificar, recompensar, pagar o premiar no solo con dinero sino de otras maneras. El costo o la promesa pueden ser para el autor o para un tercero que en todo caso ha de ser indebido, no interesa para su perfección el monto o la calidad de lo cedido o prometido. Debe ser trascendente como para constituir causa eficiente de la conducta, basta el solo acuerdo” CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio mar.23.2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34282A)
- 44 Cuando se hace alusión a un asunto que conoce o que esté bajo su conocimiento no se refiere únicamente a capacidad de decisión o impacto en el asunto, pues el conocimiento puede implicar un alcance mayor. Sobre ello se refirió la CSJ Cas. Penal. Sent. 12/03/2002 MP. Carlos Augusto Gálvez Argote (16.065).
- 45 CSJ. Cas. Penal. Auto 20/11/2013, MP. José Luis Barceló Camacho (42.429)
- 46 La definición de servidor público extranjero es la que se trae en la Convención contra el cohecho de servidores públicos extranjeros de la OCDE y acoge las recomendaciones de esta organización permitiendo un concepto amplio de “servidor público extranjero” que se consagra en el parágrafo de la conducta: “Para los efectos de lo dispuesto en el presente artículo, se considera servidor público extranjero toda persona que tenga un cargo legislativo, administrativo o judicial en un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o una jurisdicción extranjera, sin importar si el individuo hubiere sido nombrado o elegido. También se considera servidor público extranjero toda persona que ejerza una función pública para un Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades locales, o en una jurisdicción extranjera, sea dentro de un organismo público, o de una empresa del Estado o una entidad cuyo poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad del Estado, sus subdivisiones políticas o autoridades

locales, o de una jurisdicción extranjera. También se entenderá que ostenta la referida calidad cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.”

- 47 “La arbitrariedad puede referirse solamente al cargo del que está investido, caso en el cual es usual su manifestación a través de conductas por fuera de la competencia funcional del agente, posición aceptada por la jurisprudencia atendiendo la incontrovertible ofensa sufrida por la administración pública. En suma, es susceptible de realización por los servidores públicos que en razón a su investidura o a la conexión con las ramas del poder público, pueden comprometer la función de alguna forma- “CSJ. Cas. Penal Sent.jun.01/2017 MP. Eyder Patiño Cabrera (46.165)
- 48 CSJ. Cas. Penal. Sent.nov.10/2005 MP. Marina Pulido de Barón (22333). Se cita de esta sentencia: “El abuso del cargo inherente al delito de concusión exige que el agente «haga sobresalir ilícitamente la calidad pública de que está investido»* para atemorizar al particular y conseguir sus propósitos, es decir, aprovecha indebidamente su vinculación legal o reglamentaria con la administración pública y sin guardar relación con sus funciones consigue intimidar al ciudadano a partir de su investidura oficial, a fin de obtener de este una prebenda no debida.
Por su parte, el abuso de las funciones públicas que también corresponde al delito de concusión está determinado por el desvío de poder del servidor público, quien desborda sus facultades regladas, restringe indebidamente los límites de éstas o pervierte sus fines, esto es, la conducta abusiva tiene lugar con ocasión del ejercicio funcional o en relación con el mismo. (...)”
- 49 CSJ. Cas. Penal. Auto 20/11/2013, MP. José Luis Barceló Camacho (42.429) –“Más contundente, por la misma vía, es el numeral (iv), igualmente obviado por el actor, en donde no admite discusión que lo dicho por la Corte apunta a que la oferta se hace es por algo por lo que el funcionario tenga bajo su conocimiento “y pendiente por resolver”, esto es que, debe despacharlo en el futuro.
El numeral (v) de la sentencia de la Sala de Casación Penal fue leído fuera de contexto, pues si bien allí se expresa que el servidor público debe tener capacidad de decisión, inmediatamente se advierte que esta se impone entenderla, no como el hecho de tener materialmente el proceso en su poder, sino como “la posibilidad presente o futura de intervención en él”, y esta última eventualidad fue demostrada en el caso juzgado, en tanto se acreditó que el servidor a quien se le hizo el ofrecimiento era el encargado de estudiar y elaborar los proyectos de decisión dentro del proceso penal que se quería falsear, esto es, no tenía posibilidad, sino una probabilidad cierta, real, presente y futura, de intervenir dentro de la actuación que interesaba a la sentenciada ».”



- 50 Algunos autores han señalado que para que se configure este delito se requiere de la efectiva recepción o aceptación por parte del servidor público. Sin embargo, la jurisprudencia ya ha señalado que no es así, y que cuando refiere a los artículos anteriores alude al ingrediente subjetivo de ambos, es decir, la finalidad pretendida con el comportamiento.
- 51 *“Dicha conducta punible, ha dicho la Sala, no requiere para su configuración que el ingrediente subjetivo referido al acto contrario a los deberes oficiales se traduzca necesariamente en una decisión prevaricadora”, pues es posible que el acto ejecutado por el servidor con ocasión de la transacción de la función pública se ajuste a Derecho, pero “sea consecuencia del comprado o comprometido incumplimiento de aquellos valores normativos de comportamiento que el empleado y funcionario judicial están obligados a observar” CSJ. Cas. Penal Auto 14/09/2015 MP Eugenio Fernández Carlier (35.780) “(...) con el fin de llevar a cabo una acción contraria a sus deberes funcionales, resultando intrascendente, de cara al juicio de adecuación o encuadramiento, si ésta se realiza o no.” CSJ. Cas. Penal. Sentencia Única Instancia de sep.20/2017 SP14985-2017 (50.366) MP. José Luis Barceló Camacho.*
“El acto propio de la función es realizado por el agente atendiendo sus facultades específicas deferidas por la ley. La pretermisión implica tener la competencia pues solo se puede omitir o retardar los comportamientos que está compelido a cumplir o ejecutar en determinado plazo. El convenio para realizar un acto contrario a los deberes oficiales conlleva la violación de las atribuciones concedidas por la constitución o la ley.” CSJ. Cas. Penal Auto 23/03/2017 MP Eugenio Fernández Carlier (34.282A)
- 52 CSJ. Cas. Penal Sent. 27/10/2014 MP Fernando Alberto Castro Caballero (34.282)
- 53 Al igual que frente al cohecho por dar u ofrecer de lo que se trata es de una conducta acorde o no a la Ley, además en tanto el reproche no está vinculado al acto pretendido sino a la negociación de la función pública.
- 54 CSJ. Cas. Penal. Sent.dic.3/1999 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)
- 55 CSJ. Cas. Penal. Sent.dic.3/1999 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136).
 En igual sentido
 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal, sentencia de 6 de abril de 2005, radicado 20403.) (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 26 de junio de 2008. Rdo. 20.355) CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal; Sentencia No 31240 de tres (3) de diciembre de dos mil nueve (2009).
- 56 CSJ. Cas. Penal. Sent.feb.15/1989; MP. Lisandro Martínez Zúñiga (3188)

- 57 Entre otros CSJ. Cas. Penal. Auto Interlocutorio ago.23/2017 MP Patricia Salazar Cuellar (49.592)
- 58 “indudable resulta que en aquél la víctima actúa determinada por el *metus potestatis publicae, esto es, por el temor derivado de fuerza física o moral (constreñimiento) que infunde el funcionario debido a su investidura oficial o por la inducción a entregar determinada dádiva. (...)*” CSJ. Cas. Penal. Sent. 10/11/2005 MP Marina Pulido de Barón (22.333)
- 59 “Mientras en la concusión el funcionario genera con su acto de abuso el temor o el error de la víctima llevándola a dar o prometer mediante el *constreñimiento, la inducción o la sola solicitud lo que no debe*” CSJ. Cas. Penal. Sent. 08/10/1993 MP Juan Manuel Torres Fresneda (7.768).
- 60 CSJ. Cas. Penal. Sent. 10/11/2005 MP Marina Pulido de Barón (22.333)
- 61 Se debe recordar que existen 3 modalidades de cohecho. El cohecho por dar u ofrecer (en donde es el particular quien incurre en la conducta ante el ofrecimiento, promesa o entrega), el cohecho propio y el cohecho impropio (contrapartida de la negociación ilegal que puede o no estar presente, y que se materializa cuando el servidor público acepta o recibe, en el primer caso en contravía de lo que son sus funciones o lo que es el cumplimiento de la ley, en el segundo para realizar un acto que le corresponde.
- 62 de la cosa que indebidamente se da u ofrece en el cohecho, se desprende el particular por su libre voluntad, sin subordinaciones ni temores, sino a manera de *contraprestación dentro de un acuerdo corrupto en el que ya se pactaron bilaterales compromisos -el del funcionario para proferir la decisión que le compete o una que contraría su deber, y el particular la de lucrarse o darle recompensas-, cuando menos y con la misma libertad (artículo 210 C. P. M.), a su exclusiva iniciativa da u ofrece regalos o expectativas de lucro para desviar al funcionario de la decisión debida, para conseguirla a toda costa en su favor, para inhibirle secuelas de adversidad o de demora, o aún para halagar o congraciarse al menos con el servidor oficial* “CSJ. Cas. Penal. Sent. 08/10/1993 MP Juan Manuel Torres Fresneda (7.768).
- 63 CSJ. Cas. Penal. Sent. 10/11/2005 MP Marina Pulido de Barón (22.333)
- 64 “en el ilícito de concusión, el funcionario tiene conciencia de que induce al ciudadano a *entregar lo no debido*” CSJ. Cas. Penal. Sent 03/12/1999 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136).
- 65 “(...) pues en el injusto de cohecho, el sujeto activo sabía que tenía bajo

su órbita funcional un asunto de interés para la persona que desplegaba halagos, a pesar de lo cual los aceptaba” CSJ. Cas. Penal. Sent 03/12/1999 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136).

- 66 Las conductas de cohecho por dar u ofrecer y las de cohecho propio o impropio son autónomas e independientes. Es posible que se configure únicamente la primera, de manera que el servidor público no recibe o no acepta. También es posible adelantar la actuación por la segunda conducta sin que sea requisito previo haber establecido un cohecho por dar u ofrecer.
- 67 CSJ. Cas. Penal. Sent. 10/11/2005 MP Marina Pulido de Barón (22.333)
- 68 CSJ. Cas. Penal. Sent. 10/11/2005 MP Marina Pulido de Barón (22.333)
- 69 Elementos que se toman de CSJ. Cas. Penal. Sent. 11/08/2015, MP Eugenio Fernández Carlier (46.102)
- 70 CSJ. Cas. Penal. Sent. 11/08/2015, MP Eugenio Fernández Carlier (46.102)
- 71 Se debe dar claridad que este no es el factor conforme al cual se diferencian los comportamientos. No siempre el origen de la iniciativa será el criterio determinante (aun cuando a veces pueda servir como indicio o elemento orientador para la adecuación del tipo penal). CSJ, Cas. Penal. Sent. 03/12/99 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)
- 72 CSJ, Cas. Penal. Sent. 03/12/99 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)
- 73 Tomado de CSJ, Cas. Penal. Sent. 03/12/99 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)
“Es cierto que no siempre el origen de la iniciativa será determinante para distinguir el cohecho de la concusión, cuando se trate de los mismos hechos, pero en este caso no solo hubo dos acciones naturalísticamente deslindables, sino que en una ocasión el estímulo partió reiteradamente el ciudadano oferente, pero en la segunda, la solicitud del cheque y la fijación de su valor, se hicieron soberanamente por el servidor público. En ambas oportunidades existenciales, el funcionario hizo uso de medios de comisión completamente diferentes, la corrupción pasiva para recibir los presentes y la fuerza arbitraria de su poder (metus potestatis publicae) para solicitar el título valor, que se valoran negativamente también de manera distinta por el ordenamiento jurídico, pues en una de ellas se tipifica como cohecho impropio implícito y en la otra como concusión implícita”
- 74 CSJ, Cas. Penal. Sent. 03/12/99 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)

- 75 Entre otros, CSJ. Cas. Penal. Sentencia Única Instancia de sep.20/2017 SP14985-2017 (50.366) MP. José Luis Barceló Camacho
- 76 *"Ha de ser firme, inequívoca, precisa, completa, acto voluntario del oferente, y estar dirigida al destinatario o destinatarios y llegar a su conocimiento"* CSJ Cas. Civil, Sent. mar.8/1995 (4473), MP Pedro Lafont Planetta.
- 77 CSJ. Cas. Penal. Sent. nov.26/2003 MP Mauro Solarte Portilla (17.674)
- 78 Art. 845 del Código de Comercio.
"Nótese -porque esto incide en el cómputo de los términos de duración de la oferta y en el perfeccionamiento de la convención respectiva- que el texto transcrito no requiere, para que la oferta comience a producir sus efectos, que el destinatario la conozca, sino solamente que el oferente emplee un medio idóneo para comunicársela, como lo sería una carta o un telegrama, consagrándose así el sistema de la expedición y no el de la información, sistemas estos que trataremos ampliamente" Ospina Fernández, G. y Ospina Acosta, E. *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, séptima edición, 2005, pág. 147.
"A primera vista se pensaría que la oferta requiere ser conocida por el destinatario, para que se perfeccione, pero esto es un error ya que no dice "se presumirá" sino "se entenderá", con lo cual el Código de Comercio acoge la teoría de la expedición y descarta la teoría de la recepción de la oferta" Peña Nossa, Lisando. *Contratos Mercantiles Nacionales e Internacionales*. Bogotá D.C.: Editorial Temis, tercera edición, pág. 155.
- 79 Se opone a la teoría de la recepción que exige que el destinatario efectivamente reciba
- 80 La Real Academia Española entiende por emitir *"Arrojar, exhalar o echar hacia fuera algo"*. En este orden de ideas, hay emisión de la oferta siempre que la misma se exteriorice, por cualquier medio idóneo, que le permita ser leída por su pretendido destinatario
- 81 Ello incluso se refuerza desde la perspectiva de la teoría de la acción que se acoge en Colombia para establecer en qué momento se entiende que se realiza el comportamiento penal.
- 82 Incluso se ha reconocido en la jurisprudencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que: *"En tal sentido, es claro que el cohecho por dar u ofrecer, en oposición con el cohecho propio e impropio, se caracteriza por su unilateralidad, al describir y sancionar de manera exclusiva la conducta de quien ofrece, sin que importe la actitud que frente al ofrecimiento asuma el servidor público receptor de la propuesta indebida.*

Dese luego, lo anterior no equivale a asegurar que en ningún caso es viable la tentativa, en el delito de cohecho por dar u ofrecer.

En principio, la parte general del Código Penal irradia sus efectos sobre toda la parte especial; y, por ende, no es factible descartar ex ante tal posibilidad –tentativa- cual si se tratara de un irrealizable absoluto.

La casuística de la vida real o los modelos académicos, bajo ciertas condiciones, podrían enseñar lo contrario. Tal hipótesis sería discutible, por ejemplo, si A se propone realizar una oferta a B, con la naturaleza del cohecho, para lo cual envía la promesa de la dádiva a través de un escrito, remitido por correo; y al llegar a la entidad, los encargados de seguridad leen el contenido e informan a las autoridades, antes de que el servidor público destinatario la conozca” Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, sentencia del 21 de marzo de 2014, radicado 11001-6000049-2006-07341-03 (2451), Magistrado Ponente Fernando León Bolaños Palacios.

- 83 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE; (2007); Bribery in Public Procurement. Methods, Actors and Counter-Measures; Disponible en <http://www.oecd.org/investment/anti-bribery/anti-briberyconvention/44956834.pdf>; Págs. 75-76
- 84 CSJ. Cas. Penal. Sent. dic.10/2002 MP Carlos Augusto Gálvez Argote (18.095) y CSJ Cas. Penal. Sent. nov.12/2003 MP Yesid Ramírez Bastidas (17.979).
- 85 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 30
- 86 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE; (2013); Manual para la Detección de Cohecho y Corrupción para Inspectores Fiscales y Auditores Fiscales; Págs. 30-31.
- 87 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre).
- 88 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Pág. 9
- 89 *“Este caso aludía a una transacción de soborno iniciada por un intermediario, no por la mandante ni por un funcionario corrupto. El intermediario sobornaba a servidores públicos extranjeros para obtener información*

confidencial; por ejemplo, especificaciones sobre adquisiciones públicas futuras. El intermediario luego se acercaba a los licitantes potenciales para esas adquisiciones y le vendía la información al licitante de su preferencia. La empresa sabía que el intermediario había conseguido la información de manera deshonestamente. El intermediario y la empresa también firmaban un contrato de consultoría. El intermediario participaba en varios casos de cohecho al mismo tiempo, usando cuatro personas morales distintas. Operaba en distintos países. En uno de esos casos, el intermediario, el servidor público extranjero y tres mandantes estaban establecidos en cinco diferentes países."

Tomado de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–; (2009); "Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales"; Informe Final; (noviembre); disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/49085275.pdf> pág. 41.

- 90 "Una empresa de ingeniería conseguía un contrato en un país extranjero para modernizar un astillero. Después de que se firmaba el contrato y se esperaba que el proyecto empezara, el gobierno exigía a la empresa que contratara a un determinado consultor. El consultor imponía otros requisitos sobre el proyecto que, de hecho, desviaban parte de los gastos del proyecto a una campaña política en el país extranjero." Tomado de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–; (2009); "Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales"; Informe Final; (noviembre); disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/49085275.pdf> pág. 41.
- 91 La petrolera Baker Hughes fue condenada en el año 2007 por pagar cerca de US\$ 5,2 millones de dólares conociendo que todo o parte sería destinado a sobornos para recibir contratos de explotación petrolera en Kazajstán. Adicionalmente, se estima la realización de otros pagos ilegales en Angola, Indonesia, Nigeria, Rusia y Uzbekistán. La compañía ha sido condenada hasta el momento al pago de más de 44 millones de dólares por multas. "Después de que se presentara la propuesta, servidores públicos de Kazajstán solicitaron que BHSI contratara a un agente que era ciudadano del Reino Unido. Ese agente también era el director de una empresa de consultoría constituida y registrada formalmente en la Isla de Man, pero con una oficina y cuenta bancaria en el Reino Unido. Conforme al contrato de representación, BHSI acordaba pagar al agente 2% de los ingresos sobre el contrato en cuestión; y 3% de los ingresos de todos los servicios posteriores que prestara Baker Hughes en Kazajstán. El contrato también especificaba que Baker contratara al consultor –en reconocimiento por dicho trabajo y por la ayuda dada por la [empresa de consultoría] a Baker Hughes en su lucha para obtener [dicho] contrato. No se realizó ninguna diligencia debida significativa antes de que se contratara al agente. Posteriormente, el contrato fue adjudicado a Baker Hughes." Tomado de Organización

para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); disponible en <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/49085275.pdf> pág. 36.

- 92 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Pág. 11.
- 93 En el documento Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); se encuentran algunos ejemplos de esta modalidad, como fueron los casos de Green, Siemens, Lesoto y Transporte en Camiones de Carga. Incluso, en Colombia se conoció recientemente de hechos similares en el caso conocido como “Ecopetrol y Petrotiger” en donde en uno de los casos, el soborno se sustenta en un falso contrato con la esposa de un funcionario del Estado.
- 94 En el documento Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); se encuentran algunos ejemplos de esta modalidad, como fueron los casos de Siemens, Lesoto, Titan Corporation, Vetco y Backer Huges. Se traen apartes del caso Titan Corporation; *“La denuncia presentada por la Comisión Federal del Mercado de Valores afirmaba que Titan Corporation, una empresa de comunicaciones e inteligencia militar firmó un contrato en 1999 para construir y administrar un proyecto de comunicaciones en Benín. Poco después ese año, Titan contrató a un asesor de negocios del presidente de Benín como consultor. Cuando le presentaron al agente, a Titan se le avisó que éste tenía acceso al presidente. En el 2000, Titan pagó aproximadamente dos millones de dólares al agente a solicitud de este. Los pagos se facturaban de manera falsa como servicios de consultoría. También se dividían en incrementos más pequeños y se distribuían a lo largo del tiempo. Casi todos los pagos fueron canalizados a la campaña de reelección del presidente. Más o menos al mismo tiempo, la Oficina Postal y de Telecomunicaciones de Benín acordó cuadruplicar los honorarios de Titan por administrar el proyecto de telecomunicaciones. Titan esperaba que este aumento generara aproximadamente seis millones de dólares en ingresos.”* (Pág. 35).
- 95 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Págs. 11-12.

- 96 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Págs. 13-14.
- 97 En el documento Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico–OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); se encuentran algunos ejemplos de esta modalidad, como fueron los casos de ABC, Statoil, ABB, Vetco así como el “De las Municiones”. Se traen algunos apartes sobre el caso VETCO: *“El Agente A es un proveedor internacional de servicios de transporte y logística. Prestaba esos servicios a las subsidiarias de Vetco International descritas en varios países, entre éstos Nigeria. Publicaba una hoja de derechos arancelarios que enumeraba sus servicios en Nigeria, pero también prestaba otros servicios no anunciados como un —servicio de mensajería exprés, —intervencionesl y —evacuacionesl. De hecho, los servicios no anunciados estaban dirigidos a canalizar sobornos del exportador a funcionarios nigerianos de la aduana. El Agente A generaba dos facturas cuando se prestaban servicios no anunciados: una pretendía basarse en el peso del embarque, otra para una “cuota de tramitación locall o un término similar. No se proporcionaban facturas por los derechos aduaneros. Las subsidiarias de Vetco International Ltd. recurrían a esos servicios no anunciados cuando deseaban importar bienes a Nigeria de manera ilegal; o cuando sus bienes tenían demoras o dificultades para pasar la aduana nigeriana. Los empleados de las subsidiarias sabían que los honorarios pagados al Agente A se usarían para sobornar a funcionarios de la aduana nigeriana. Como era de esperar, el Agente A facturaba a Vetco Gray Controls Inc., que, a su vez, solicitaba el pago a otras subsidiarias. Más o menos en dos años y medio, las subsidiarias de Vetco International Ltd. hicieron por lo menos 378 pagos corruptos que ascendían a un total aproximado de 2.1 millones de dólares”* (Pág. 43).
- 98 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Págs. 13-14.
- 99 En el documento Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); se encuentran algunos ejemplos de esta modalidad, como fueron los casos de Siemens y TSKJ.
- 100 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Págs. 16-17.



- 101 En el documento Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); se encuentran algunos ejemplos de esta modalidad, como fueron los casos de Blackbox, Domestic Acker Hughes, Hioki, Transportes en Camiones de Carga, entre otros. Para ejemplificar lo anterior, se tiene que Blackbox es una compañía estadounidense de comunicaciones a la que se le identificó una estructura sofisticada de pago de sobornos transnacionales. En el caso Blackbox Domestic se utiliza a una subsidiaria establecida en el extranjero y a un consultor de servicios falsos para ocultar los sobornos. El consultor es el encargado de enviar a un servidor público los recursos destinados al soborno, descontando del monto total el cobro por sus servicios. Se determinó que en algunos casos se agregan a la cadena más consultores para desvanecer aún más la línea de pago de los recursos.
- 102 Tomado de Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2013); Manual para la Detección de Cohecho y Corrupción para Inspectores Fiscales y Auditores Fiscales; Pág. 9.
- 103 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2013); Manual para la Detección de Cohecho y Corrupción para Inspectores Fiscales y Auditores Fiscales; Pág. 8.
- 104 Se debe destacar que en este ámbito se han desarrollado la mayoría de los casos de soborno transnacional al año 2014, según el reporte de la OCDE, que concluye: “En la mayoría de los casos, los sobornos se pagaron para obtener contratos de adquisición en el sector público (57%)”. Así se evidencia en Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 8
- 105 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 28
- 106 La Ocd e se refirió a esta modalidad en los siguientes términos “Reembolsos (kickbacks) – Forma de cohecho, en la que el dinero o dádiva es pagado a una persona de influencia dentro de una organización, a cambio de que este asegure algún tipo de beneficio de la organización hacia la

persona que pagó el cohecho. Comúnmente, el cohecho es pagado por las empresas que buscan asegurar contratos u obtener contratos en condiciones favorables. A cambio de su ayuda, parte de los beneficios del contrato se pagan (se reembolsan) al tomador de decisiones dentro de la organización, encargado de otorgar el contrato. La organización que concedió el contrato no está al tanto del pago hecho a su funcionario” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 8

- 107 En estos casos de lo que se trata es de elevar el valor del contrato para, con ello, asegurar los recursos del soborno a pagar. Es por ello por lo que se requiere que el monto presupuestado sea elevado.
- 108 Conforme a lo previamente anotado, y considerando que el valor del contrato se incrementa para asegurar recursos para el pago del soborno, es probable que otros oferentes ajenos al pacto ilegal presenten propuestas en condiciones de precio de mercado y que resulten inferiores al valor presupuestado.
- 109 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2013); Manual para la Detección de Cohecho y Corrupción para Inspectores Fiscales y Auditores Fiscales; Pág. 8.
- 110 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Págs. 27-28
- 111 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 27
- 112 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/>



- 113 ““En el sector de servicios, esto podría significar que los ciudadanos paguen más de lo que debieran pagar por un servicio público” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 28
- 114 “Son realizados por una empresa a un servidor público con el fin de alentar o garantizar que el servidor público desempeñe sus funciones cotidianas. Un ejemplo de este caso podría ser cuando una empresa realiza un pago a un servidor de aduanas para evitar retrasos innecesarios en el envío de mercancías. Los pagos de facilitación se hacen con la finalidad de influir en el comportamiento de un servidor público (...)” Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2013); Manual para la Detección de Cohecho y Corrupción para Inspectores Fiscales y Auditores Fiscales; Págs. 8-9
- 115 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2015); Informe de la OCDE sobre Cohecho Internacional. Análisis del delito de Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros, OECD publishing; Disponible en http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/governance/informe-de-la-ocde-sobre-el-soborno-internacional_9789264226654-es#.WH2n6LZ97NA#page4; Pág. 8
- 116 Este caso se sustenta en el que se plantea en CSJ. Cas. Penal. Sent. 01/11/2017, P. Eyder Patiño Cabrera (48.679). En este caso en particular se da claridad frente a la prerrogativa exclusiva del funcionario del Congreso (atribución que le es exclusiva) de conformar su U.T.L con quienes reúnan los requisitos para el cargo, con lo que se enmarca en un caso de cohecho impropio: “Esta facultad de postulación fue ejercida por CC con lo que desarrolló un acto propio de sus funciones asignadas en la Ley 5ª de 1992. De esa manera, al acordar la ilicitud, lo cual le representó un provecho personal, su responsabilidad penal lo es en calidad de autor”
- 117 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2013); Manual para la Detección de Cohecho y Corrupción para Inspectores Fiscales y Auditores Fiscales; Pág. 9.
- 118 Un caso similar se analizó en CSJ. Cas Penal. Auto 20/01/2017, MP. Luis Antonio Hernández Barbosa (35.591) en que se señala frente al caso

específico: “[...] si bien se demostró que MC, propuesta por RR para integrar su UTL, aparece haciendo aportes a su campaña, lo real es que cuando estos se efectuaron el denunciado no era Congresista y no ejercía cargo ni función pública de los cuales valerse para obtener de esa funcionaria la promesa o la entrega de dinero o de cualquier otro beneficio indebido. Desde esa perspectiva le era imposible utilizar el cargo o la función en la forma descrita en el punible de concusión que protege el bien jurídico de la administración pública y exige un sujeto activo calificado”

- 119 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE-; (2009); “Tipologías sobre el papel de los intermediarios en las transacciones comerciales internacionales”; Informe Final; (noviembre); Pág. 17.
- 120 CSJ. Cas. Penal. Sent. 24/01/2001 MP Fernando Arboleda Ripoll (13.155): *“No requiere la conducta, que el servidor reciba el dinero, la utilidad, o acepte la promesa remuneratoria, para omitir o retardar un acto propio de su cargo, para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, o uno que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, comportamientos que se tipifican y sancionan en otras disposiciones penales, las cuales definen los delitos de cohecho propio o impropio, de acuerdo con lo prometido por el funcionario; lo que la norma busca proteger es la inmaculación del bien jurídico administración pública a través de la insospechabilidad de la conducta de los servidores vinculados a ella, de manera que las actividades o negocios particulares de los funcionarios no pongan en duda la integridad y moralidad que debe gobernar el ejercicio de la función”*
- 121 CSJ, Cas. Penal. Sent. 03/12/99 MP Jorge Aníbal Gómez Gallego (11.136)
- 122 CSJ Cas. Penal. Sent. 12/03/2002 MP. Carlos Augusto Gálvez Argote (16.065)
- 123 *“El entender que la tipicidad objetiva en estos eventos concurre por el solo hecho de dar el dinero o la utilidad, comprendido este comportamiento desde un punto de vista meramente material, sin valoración alguna referida al bien jurídico objeto de protección, equivaldría a afirmar la imputación por la mera relación causal, desconociendo el imperativo legal que exige su imputación jurídica, esto es, valorativa normativa, y ella no puede hacerse sino en relación a la conducta prohibida, que a su turno, esté fundamentada en la protección de bienes jurídicos, es decir, que la acción debe exteriorizarse como peligrosa para un bien jurídico y así concretarse en un resultado típico, caso en el cual éste sería jurídicamente imputable”*. CSJ Cas. Penal. Sent. 12/03/2002 MP. Carlos Augusto Gálvez Argote (16.065)
- 124 Sobre el tema se puede consultar <https://www.occrp.org/en/daily/5954-lithuania-embezzled-30-million-found-on-bank-account-linked-to-ukrainian-kleptocrat>



- 125 A ello se hizo alusión en el cuadro comparativo de los tipos penales en que se llamó la atención frente al “metus publicae potestatis”, que es el “temor” que se genera en quien es objeto de la exigencia ilegal y que supone una condición de inferioridad del administrado y el temor que deriva del poder público en la relación concreta que se tiene.
- 126 Un caso similar se analizó en CSJ. Cas. Penal. Sent.01/11/2017; MP. Eyder Patiño Cabrera (48.679). Es importante clarificar que la circunstancia que conlleva a concluir en la realización del comportamiento típico de concusión deriva del temor o “metus publicae potestatis”. Sobre ello, se analiza con más detenimiento en CSJ. Cas. Penal, Sent. 01/06/2017 MP Eyder Patiño Cabrera, (46.165) cuando se advierte: *“Si el medio utilizado no es idóneo por cuanto la víctima no comprende fácilmente que no posee otra alternativa diferente a ceder a la ilegal exacción o asumir los perjuicios nacidos de su negativa, el delito no alcanza su configuración”*

Mayores informes:

Fiscalía General de la Nación
www.fiscalia.gov.co

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
www.unodc.org/colombia

