

DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO EN SEDE DE CASACION
PENAL

JAVIER ELIAS BARRIOS AYAZO

RUBY A. ACOSTA ALVAREZ

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO
1992

DR # 0215.



DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO EN SEDE DE CASACION
PENAL

JAVIER ELIAS BARRIOS AYAZO

RUBY A. ACOSTA ALVAREZ

Trabajo de Grado presentado como
requisito para optar al título de Abogado

BARRANQUILLA
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
FACULTAD DE DERECHO

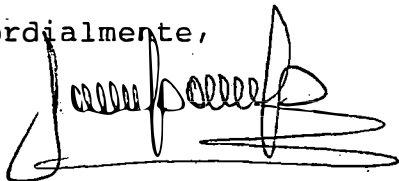
1992

Doctor :
CARLOS LLANOS SANCHEZ
DECANO FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR
E. S. D.

Apreciado Doctor :

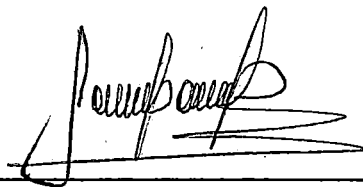
Por medio de la presente me permito rendir concepto favorable al trabajo de investigación presentado por los egresados : JAVIER ELIAS BARRIOS AYAZO y RUBY ACOSTA ALVAREZ, como requisito parcial para optar al título de Abogado. Después de revisarlo tengo que resaltar la importancia del tema escogido y además de las diferentes definiciones y precisiones acerca de los delitos de concusión y cohecho en sala de casación penal que indican que los mencionados estudiantes ahondaron y dominaron el tema en una forma responsable y acertada.

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jose Polo Rodriguez', with a stylized flourish at the end.

JOSE POLO RODRIGUEZ
Director.

Nota de Aceptación



Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Barranquilla, 1992

PERSONAL DIRECTIVO

RECTOR	:	JOSE CONSUEGRA BOLIVAR
SECRETARIO GENERAL	:	RAFAEL BOLAÑO MOVILLA
DECANO	:	CARLOS D. LLANOS SANCHEZ
DIRECTOR DE	:	
CONSULTORIO JURIDICO	:	ANTONIO SPIRKO CORTES

BARRANQUILLA

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

FACULTAD DE DERECHO

1992

DEDICATORIA

- A Dios, gracias por darme la vida,
- A Ena por ser pilar y sostén de este logro, por su tenaz persistencia y porque sin ella no lo hubiera logrado.
- A Elias por tu apoyo y confianza incondicional,
- A mis hermanos por sus esperanzas y sacrificios.
- A Viviana, quien con su amor, ternura y comprensión llena de inteligencia se convirtió en mi luz, mi inspiración y mi verdad; porque a su lado todos los vientos son favorables.

JAVIER ELIAS...

DEDICATORIA

A Dios, por permitirme uno de mis grandes anhelos.

A mi madre por su empeño, paciencia y enorme sacrificio.

A tí, Oscar por tu comprensión y apoyo.

RUBY...

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCION	1
OBJETIVOS	4
1. DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO	6
1.1 CONCEPTO DE CONCUSION	6
1.2 CLASIFICACION	9
1.3 ESTRUCTURAS	11
1.3.1 El objetivo jurídico	11
1.3.2 Sujeto activo	12
1.3.3 Objeto material	12
1.3.4 Conducta	12
1.4 SUJETOS ACTIVOS	13
1.5 TENTATIVA, PARTICIPACION Y CONCURSO	14
1.6 CONCEPTO DE COHECHO	19
1.7 CLASIFICACION DE COHECHO	22
1.7.1 Cohecho propio	22
1.7.2 Cohecho impropio	25
1.7.3 Cohecho retributivo	27
1.7.4 Cohecho por dár u ofrecer	28

	Pág.
1.8 DIFERENCIAS ENTRE COHECHO Y CONCUSION	29
1.8.1 En la concusión la iniciativa criminosa es del funcionario	30
1.8.2 En la estructura de la concusión está la violencia señalada con el verbo constreñir	30
1.8.3 En la concusión el abuso de poder adopta sus dos formas clásicas	31
2. LAS CAUSALES DE CASACION Y LOS DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO	32
2.1 APLICABILIDAD DE LAS CAUSALES DE CASACION EN EL DELITO DE CONCUSION	34
2.2 APLICABILIDAD DE LAS CAUSALES DE CASACION EN EL DELITO DE COHECHO	47
2.3 LA CONCUSION Y EL COHECHO EN UNICA Y SEGUNDA INSTANCIA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	51
3. CONFRONTACION JURISPRUDENCIAL ENTRE LOS DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO, Y LAS CAUSALES DE CASACION	54
3.1 JURISPRUDENCIAS DE COHECHO	54
3.1.1 Año 1980	54
3.1.2 Año 1981	57
3.1.3 Año 1982	57
3.1.4 Año 1983	57
3.1.5 Año 1984	58
3.1.6 Año 1985	58
3.1.7 Años 1986 y 1987	60
3.2 JURISPRUDENCIA DE CONCUSION	61

	Pág.
3.2.1 Año 1980	61
3.2.2 Año 1981	63
3.2.3 Año 1982	64
3.2.4 Año 1983	63
3.2.5 Año 1984	67
3.2.6 Año 1985	67
3.2.7 Año 1986	68
3.2.8 Años 1987 y 1988	69
CONCLUSIONES	74
BIBLIOGRAFIA	77

INTRODUCCION

Es el interés de nosotros, presentar este trabajo, aprovechando una oportunidad más que la Universidad brinda a los egresados para profundizar los conocimientos adquiridos a través de la carrera en una forma más técnica.

Es justificativo el trabajo desarrollado, desde el punto de vista jurídico, por cuanto consideramos que hemos sabido seleccionar dos delitos que son de reiterada ocurrencia en la práctica social (Concusión y Cohecho) atentatorios de un bien jurídico tutelado de gran significación, como es la Administración Pública, y no obstante lo anterior, su sanción en la práctica es muy difícil por razones que se analizarán en los distintos acápite del mismo.

En este tema, analizaremos este tipo de delitos frente al recurso de casación penal, del cual podremos sacar conclusiones importantes que nos permitirán así mismo, profundizar sobre los fundamentos ontológicos, filosóficos

y jurídicos que han llevado a la Corte Suprema de Justicia ha determinado pronunciamiento sobre el particular.

Nuestro objetivo general es, el de enfrentar Jurisprudencialmente el criterio de la Corte Suprema de Justicia respecto a los delitos de concusión y cohecho en sede de casación, con el fin de obtener el aporte a la Administración de Justicia como fuente de interpretación de las normas sustantivas. Lo anterior, con el fin de proponer políticas de procedimiento que contribuyan a que dentro de un proceso no se presenten los fallos que luego, se convierten en cualquiera de las causales que hacen posible recurrir en casación.

Es más, demostrar cualitativa y cuantitativamente el aporte jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en esta materia.

A través de éste, se confirmará que la impunidad, la inadecuada tipificación de los delitos en mención, respecto de la realidad social y la falta de interés jurídico para recurrir, son la causa del desfase entre la realidad práctico-social y la norma.

Por último, se demostrará en esta temática porque en

materia jurisprudencial existen tan escasas sentencias relacionadas con procesos por estos delitos.

OBJETIVOS

GENERALES

Enfrentar jurisprudencialmente el criterio de la Corte Suprema de Justicia respecto de los delitos de Concusión y Cohecho en sede de Casación, para obtener el aporte a la Administración de Justicia como fuente de interpretación las normas sustanciales.

ESPECIFICOS

Identificar plenamente las conductas tipificadas en los delitos en mención, confrontándolos con las causales de casación, con el fin de proponer políticas de procedimiento que contribuyan a que dentro de un proceso no se presenten las fallas que posteriormente se convierten en causales que hacen posible recurrir en casación.

Demostrar cualitativa y cuantitativamente el aporte jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en esta materia.

Confirmar que la impunidad, la inadecuada tipificación de los delitos en mención respecto de la realidad social y la falta de interés jurídico para recurrir, son las causas de desfase entre la realidad práctico-social y la norma.

1. DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO

1.1 CONCEPTO DE CONCUSION

Según la Academia de la Lengua, la palabra CONCUSION se deriva de la voz latina CONCUSSIONIS, que significa conmoción o sacudimiento.

Carrara y Carmignani, a firman que CONCUSION se desprende de CONCUTERE, lo cual quiere decir sacudir. Para el primero de ellos, CONCUSION tiene un sentido que "reduce la idea al temo infundido mediante el poder público, debido a que representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos"¹.

Si nos remontamos a la historia, notaremos que la CONCUSION tuvo origen en el derecho romano. Según nos dice

¹ CARRARA, Francesco. Programa de Derecho Criminal, T. VII, Bogotá, Temis, 1961. p. 115

BRUCHI², en épocas de los reyes la concusión era imposible en Roma, debido a la pequeñez del reino, a la constante vigilancia del Senado y de los Tribunos, y a la severidad de costumbres de los primeros latinos. Sin embargo, Roma creció y la conquista hizo necesario el envío de gobernadores al territorio conquistado, y fue entonces cuando el exceso de poder y la decadencia en los controles permitió la extorsión del particular realizada por el funcionario romano.

Según confirma CARMIGNANI³, el senado romano debió afrontar las continuas quejas sobre las extorsiones del funcionario de Roma en la provincia conquistada, y apareció la ley Julia como parte de la legislación, conocida como las Doce Tablas, que con respecto a la concusión, tuvo el título de Pecuntis Repetundis o Crimen repetundarum, porque como única sanción consistía en obligar al funcionario punido a devolver el valor duplicado, de lo recibido mediante la extorsión⁴.

² BRUCHI. El delito de Concusión, Buenos Aires, Edit. Roque Depalma, 1963. p. 13

³ CARMIGNANI. Elementos de Derecho Criminal. Trad. de A. Forero y Jorge Guerrero. Bogotá Temis, 1979 p. 343.

⁴ MOMMSEN, Teodoro. Derecho Penal Romano. T. III. Trad. de Pedro DORADO MONTERO. Madrid, La España Moderna p. 179

En las Doce Tablas, se ignoró la diferencia existente entre concusión y cohecho o corrupción. Si volvemos a Carmignani, observamos que en el Imperio, el pretor reprime con la muerte tanto al magistrado que extorsiona como al particular que ofrece la dádiva que recibirá el corrupto magistrado, y por ello la distinción en dos tipicidades diferentes aparecerá en el digesto 5, con la advertencia de que la pena aplicable ya no era la repetición de lo extorsionado o inmediatamente pagado, sino la muerte de allí que glosadores como Mathaeus⁶, criticaban a quienes dieron a la concusión y a la corrupción el mismo nombre de crimen repetundarum alegando que en la misma Roma la diferencia era notable. Según Donelo : "Delito que consiste en la extorsión de cualquier cosa por medio del temor injustamente infundido por una potestad o decisión nuestra o ajena, de manera que la persona aterrorizada, no por otra causa, sino por sustraerse al mal con que se le amenaza, se presta a la indebida prestación de la cosa"⁷.

⁵ CARMIGNANI, Op. Cit. p. 339

⁶ Citado por Carmignani. Op. Cit. pp. 339-340. Nota 30

⁷ CARMIGNANI. Op. Cit. p. 343.

La anterior definición, nos precisa lo que es concusión y la diferencia claramente del cohecho. La concusión es una extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, de suerte que su autor debe estar investido de la autoridad que ejerce dicho poder. La víctima de su extorsión debe prestar la cosa que se le exige, como exclusiva consecuencia del terror infundido y no por otra causa.

Según nuestra Jurisprudencia, concusión es, "La exacción ilegal que hace un funcionario o empleado público; consiste en un abuso de autoridad que suscita en la víctima un temor o también un error que la determinan a dar o prometer algo que no debe".

1.2 CLASIFICACION

Señala Carmignani que el miedo puede ser infundido por quien ostenta una verdadera autoridad o poder político, y la concusión se llamará propia; o por quien simula tenerla, y la concusión será impropia. Diferenciando a ésta de la extorsión, en que el temor infundido por invocación del poder estatal es algo muy especial y distinto del que infunde otra causa de miedo⁸.

⁸ Ibid. pp. 343 - 344

Farinaccio fue el que redujo la concusión al ámbito de la función pública y al Magistrado que ostenta el poder para realizarla, introduciéndole, el elemento Metus Pnblicas Potestatis⁹.

La extorsión cumplida por quien no tiene título de funcionario, quedó como delito contra el patrimonio, al lado de las estafas. Además, el Código Penal de 1936 nuestro, distinguía entre una concusión que tipifica la extorsión causada por el funcionario a su víctima, y otra presumida al recibir o retener bienes de otra persona, aprovechándose de el error en que ésta se encuentra al entregarlos; dicha figura fue tipificada por el Artículo 159 del antiguo Código, y en el actual, en el Artículo 135 se la denomina peculado por error ajeno. A la primera se le llamó concusión propia y a la Segunda Concusión impropia.

Otra clasificación se debe al Código Toscano de 1853, sobre el cual escribió Carrara, en cuyos artículos 182 y siguientes se distinguía entre una concusión cometida cuando el empleado oficial constriñe a su víctima, a la cual llamó concusión explícita, y otra que sucede cuando

⁹ CARRARA. Op. Cit. parágrafo 2567, Nota 1.

el agente induce a su víctima a dar u ofrecer la dádiva, y a la cual denomina concusión implícita¹⁰.

El Decreto 100 de 1980, en su artículo 140 comprende dos modalidades de concusión así : la explícita y la implícita.

Incurre en la primera el empleado oficial que abusando de su cargo o de sus funciones constriña a alguien a darle o prometerle dinero o cualquier otra utilidad. Y en la segunda, cuando induzca a otro en idénticas circunstancias y con los mismos fines.

1.3 ESTRUCTURAS

Los elementos estructurales de la concusión son los siguientes :

1.3.1 El objeto jurídico. Viene a ser "La Administración Pública", la cual el legislador consideró digna de protección penal, aunque desde el punto de vista teórico es un tipo pluriofensivo, como que se pueden quebrantar otros bienes o intereses como el de la propiedad, el de la

¹⁰ CARRARA. Op. Cit. p. 115

libertad individual. Acontece asimismo, que el titular de ese bien patrimonial no tiene la calidad de sujeto pasivo del delito, sino la de perjudicado y podrá concurrir en tal condición al proceso para constituirse en parte civil.

1.3.2 Sujeto activo. Lo veremos más a fondo en el acápite siguiente : se trata de un tipo con sujeto activo cualificado jurídicamente de derecho público.

- SUJETO PASIVO : "Es el estado, ya que es el titular del bien jurídico de la Administración Pública. Pueden existir otras personas naturales, pero no en calidad de sujetos pasivos, sino de perjudicados".

1.3.3 Objeto material. Es de carácter personal. Si el objeto material es la persona, cosa o fenómeno sobre el cual recae, según el caso, la conducta del sujeto activo, en este tipo el comportamiento se realiza con relación a otra persona.

1.3.4 Conducta. Verbo rector : "Constreñir o inducir" a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos o los solicite".

Circunstancias : "De Modo". Es necesario para la estructuración del tipo, que realice la conducta abusando del cargo o de sus funciones.

Se puede agregar que es un tipo básico, ya que permite un proceso de adecuación directo. Es por otra parte, compuesto de conducta alternativa, toda vez que contiene varios verbos rectores, "constreñir, inducir, solicitar". Además es un tipo penal compuesto por cuanto tiene precepto y sanción.

1.4 SUJETOS ACTIVOS

Son sujetos activos del delito que se viene tratando, los empleados oficiales, palabras estas, que señalan un valor normativo que cualifica al autor y cuyos alcances los determina la misma ley penal en su artículo 63 C.P. Por lo que doctrinalmente se ha dicho, se trata de un delito propio o especial.

El profesor Quintero Olivares nos dice : "Que el camino para encontrar un concepto de delito especial, no puede ser otro que el de, partiendo del principio básico de que el carácter esencial de los delitos especiales radica en que solamente puede ser autores principales de los mismos,

un número determinado de individuos, buscar cuál es el criterio determinado de una limitación de la esfera de sujetos activos¹¹.

El Legislador Colombiano fue muy estricto al señalar que el Sujeto activo del delito de Concusión tiene que ser el "empleado oficial" quien tiene tal categoría, de acuerdo al artículo 63 del Código Penal.

El anterior artículo aclara muy bien las dificultades que se presentaban respecto a la clasificación de empleados oficiales, y que este término abarca los conceptos de trabajador oficial y funcionario público.

1.5 TENTATIVA, PARTICIPACION Y CONCURSO

Es de suma importancia tener claro, cuál es el momento consumativo del delito y si es posible que se presente el fenómeno de la tentativa en la concusión.

¹¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Los delitos especiales y la teoría de la participación. Barcelona Cymys, 1974. pp. 14 y ss.

Antes de profundizar, es necesario traer a colación un caso muy importante que conoció la Corte Suprema de Justicia, en el que un Juez de Aduanas se valió de subalternos y abogados litigantes para constreñir a ciudadanos que tenían pendiente un proceso en su despacho, para que le dieran cierta suma de dinero. Sin mayores comentarios de fondo dejó expresado : "En la concusión todo comienza y todo concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia, siendo indiferente a este fin que los funcionarios recibieran o no el dinero, que fueron sorprendidos con él o se recuperara en manos de terceros encargados de cumplir su recepción¹², etc.

La Corte quiso significar respecto a lo anterior, que para la estructuración del delito no se hacía indispensable el que los sindicatos hubieran recibido el dinero exigido; pero dejó consignada una frase que encierra una radical posición sobre el momento consumativo del delito y que se debe aclarar si corresponde a la estructura del tipo o no: "En la concusión todo comienza y todo concluye con el abuso de autoridad constituido por la exigencia".

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Auto de fecha Sep. 16/76. Mag. Ponente Dr. Gómez Velásquez. Gaceta Judicial T. CLII, parte 2 No. 2393. pp. 615 y ss.

El tratadista Colombiano Pacheco Osorio dice que se trata de un delito formal, que se consuma con el acto de constreñir o inducir, siendo indiferente que el sujeto pasivo acceda o no a dar o prometer lo que se le trata de explicar, en razón a que el objeto jurídico que se protege es la Administración Pública y no se ve motivo alguno para exigir un resultado que envuelve el empobrecimiento actual o futuro de la víctima¹³.

Asimismo, el profesor Luis Carlos Pérez sostiene : "No importa que no se le haya dado nada al funcionario, es suficiente que se le haya prometido lo que se sabe que no se le adeuda". Lo anterior, destaca el carácter formal de esta infracción; se consuma, no cuando el sujeto pasivo ha entregado el dinero o los bienes, sino el momento en que el servidor público instiga, engaña, induce, intimida. Si se consuma, con la mera exigencia, es claro que queda descartado el grado de tentativa¹⁴.

¹³ GARCIA ITURBE, Arnoldo. Delitos contra la Administración Pública. Publicaciones venezolanas, pp. 65 y ss.

¹⁴ PEREZ, Luis Carlos. Manual de Derecho Penal. Partes General y Especial, Bogotá, Temis, 1962, pp. 254 ss.

Antonio Vicente Arenas, afirma que "Debe tenerse presente que la concusión es uno de los delitos llamados formales, en el que no se requiere la producción de un determinado resultado, para que se consume". Para este tratadista, el delito se perfecciona "Con el solo acto de constreñir o inducir a alguien a dar o prometer, aunque no se obtenga la dádiva ni la promesa. Si el tercero es constreñido o inducido a dar o prometer y se niega a lo uno o a lo otro, no por eso puede decirse que se trata de un conato de concusión. Es un delito perfecto o consumado¹⁵.

Podemos concluir diciendo, que no es necesario que el sujeto violentado dé ou ofrezca alguna cosa; basta con la sola exigencia, sea contestada o rechazada estóicamente por él, para que se tipifique la concusión. Por lo tanto creemos que cualquier acto idóneo a su consumación es decir, el primero de ellos que haga el autor incurre en concusión.

Carrara, hablaba de una concusión cometida por un particular, la cual llamó concusión impropia, que se verifica cuando alguien que no ostenta poder público, lo simula para amenazar a otro que le dé u ofrezca valores de

¹⁵ ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano. Parte Especial T.I Ed. ABC, 1987 pp. 83

cualquier clase. Es evidente que se trata de una extorsión pura y simple.

Un hecho que si es evidente, es que un contratista del Estado que presta sus servicios públicos emanados de éste, puede extorsionar utilizando el poder que le confiere el contrato para prestarlos y por ésto el encargado del servicio público a que alude el artículo 63 del Código penal, es otro posible sujeto activo de la concusión.

Siguiendo las reglas generales sobre concurso de hechos punibles, la concusión puede concursar con otros que sirven de finalidades propuestas a su designio criminoso, conforme decía el Código Penal de 1936. Tal es el caso de la falsedad documental para la cual se compromete el empleado oficial que concusiona, o la detención arbitraria cometida por la misma razón.

Por lo antes expuesto, no podrían concursar una concusión y un cohecho por tratarse de dos tipicidades, no distintas, sino opuestas : aquella es una extorsión del empleado oficial; éste, un convenio con el usuario de la función pública que él ejerce, lo uno incluye la posibilidad de lo otro. A propósito decía Carrara que el funcionario rara vez usa medios demasiado bruscos para su

exigencia de dádivas : "No siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular para decirle; "o me das mil pesos on te hago poner preso (...)", el empleado no pide sino que dá a entender que recibiría, no amenaza, pero hace que se tema su poder. Entonces el particular comprende y teme, ofrece el dinero".

La realidad es que Carrara está esbozando un claro caso de concusión : es cierto que solo una extraña vulgaridad y pérdida del pudor a que nos estamos viendo abocados ultimamente, explican los casos en que el funcionario exige francamente y sin embagues. Pero por ésto, justamente la exigencia constrictiva es sutil y hasta se reviste de cierta cortesía.

1.6 CONCEPTO DE COHECHO

El cohecho al igual que la concusión, reprimen al funcionario o empleado público que abusa de sus poderes con un fin de lucro o enriquecimiento.

En términos generales el cohecho es la aceptación que hace el funcionario, para si o para un tercero, de dinero, dádivas o promesa remuneratoria, no debidos, con el fin de ejecutar, omitir o retardar un acto propio del cargo, o

para realizar uno contrario a los deberes oficiales.

Carrara afirma que el cohecho es un verdadero contrato que se ha elaborado con objeto y causa ilícita. Según palabras del citado tratadista, es una compraventa, en la cual el funcionario vende y el particular compra. El objeto de la compraventa, es la función y su causa es un lucro inmoral.

En esta forma, es obvio que el cohecho resulta ser un delito plurisubjetivo :los delincuentes son siempre dos", y su agotamiento no podrá suceder mientras corruptor y corrompido no hayan pactado la compraventa. El acuerdo de voluntades marca la pauta para su consumación. El funcionario que admite la corrupción, hace las veces del "demonio femenino" conocido en la demonología como Súcubo y al que los romanos llamaron intra-neus. El de la corrupción es el "demonio masculino" o incubo y que en Roma se denominó extraneus. Lo anterior no puede significar otra cosa que recalcar que se trata de un acuerdo perverso de dos voluntades malignas. De ahí su identificación tradicional con figuras demoníacas.

Enrico Pessina, presenta un criterio adverso al de Carrara. Para aquel, "puede darse una corrupción sin pacto

o convenio alguno. No nos parece que la corrupción incluya siempre un individuo corruptor y un individuo corrompido¹⁶.

Según Pessina, el delito se agita en la acción cumplida, cada una de las dos partes indispensables para esta figura el funcionario comete cohecho cuando acepta la corrupción ofrecida o prometida. Es el cohecho el elemento pasivo de esa acción corruptora, comete su propio personal Cohecho, que se denominará cohecho pasivo. El particular lleva la corrupción a la Administración pública estatal : Es quien corrompe al funcionario o al menos, lo intenta con la oferta o promesa de dádiva, asalta su moral, y en su acto hay delito pleno. Es el cohechador que acciona, se le llamará cohecho activo. El cohecho pasivo se agota con la aceptación de dádivas, el cohecho activo con la sola oferta y, más aún, con la simple promesa. Para nada intervendrán las voluntades.

Nosotros consagramos el criterio de Enrico Pessina, y por ello el capítulo tercero del libro segundo del Código de 1980 consagra el cohecho dividido en dos grupos : cohecho pasivo, en los artículos 141. (Cohecho propio) y 142

¹⁶ PESSINA, Enrico. Elementos de Derecho Penal. Madrid. Editorial Reus, 1936.

(cohecho impropio). Cohecho activo en el 143. El cohecho no retributivo, que la ley 95 de 1936 tipificó en su artículo 165, se tipifica en código de 1980 como un segundo inciso del artículo 142 (Cohecho aparente), en la denominación inadecuada de cohecho impropio.

1.7 CLASIFICACION DE COHECHO

En nuestro estatuto penal actual figuran cuatro clases de cohecho, como veremos a continuación :

1.7.1 Cohecho propio. Se consuma cuando el empleado recibe el dinero u otra utilidad o acepta la promesa remuneratoria, como precio de la injusticia pactada. El funcionario debe ser oficial, ya se ha visto, según lo preceptuado en el artículo 63.

Es diferente que las dádivas o las promesas se reciban o acepten para si o para un tercero, pero si por ejemplo, el agente entrega la dádiva o hace la promesa a un tercero para que influya sobre el ánimo del funcionario, sin que se tenga conocimiento de la promesa o de la dádiva, el empleado no comete delito de cohecho. Por su parte el particular tampoco infringirá la ley penal por este delito, sin embargo, se le puede deducir responsabilidad

por otro : Es el caso del artículo 147 'que reprime el tráfico de influencias reales o simuladas.

Para que exista cohecho propio, no es necesario que quien hace la promesa cumpla, ni que quien la acepte ejecute el acto prometido, basta el simple acuerdo de voluntades para que el delito se reputa consumado. Como el acuerdo es instantáneo y no de ejecución gradual, no admite la tentativa.

El precio que se paga u ofrece al funcionario debe consistir en dinero, dádivas o promesas remuneratorias, de los cuales el monto es indiferente.

Las dádivas pueden entregarse o las promesas hacerse directamente al funcionario, o por medio de interpuestas personas. El intermediario en estos casos, es cómplice de cohecho, a menos que reciba o acepte, no para el funcionario sino para sí o para otro, a cambio de ejercer influencias reales o supuestas, pues en este caso, se incurre en otro delito, no en el de cohecho.

1.7.1.1 Estructura. Esta clase de cohecho está configurado por los siguientes elementos estructurales :

1.7.1.1.1 Sujeto. Estpa indicado por la p alabra empleado oficial y se refiere a aquel que reúne las características previstas en el artículo 63 del Código Penal.

1.7.1.1.2 Complementos del sujeto. Señaladas por las palabras "para retardar u omitir acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales" y que indican el abuso de poder por acto funcional.

Este elemento está subrayando la obligación que adquiere el empleado oficial, de realizar un acto propio de sus funciones, como retribución al dinero o dádiva entregados u ofrecidos por quien compra su función pública. Este espera de él el acto funcional abusivo, cumplido malamente pero dentro de su órbita.

La retribución a que se compromete el funcionario corrupto está señalada por los verbos retardar, omitir, y ejecutar. Resulta, que su compromiso puede ser comisivo u omisivo. Lo primero, si se pretende de él que retarde un acto funcional que le corresponde en términos. Igual, si lo que se busca es que no realice, pero "contrariando sus deberes oficiales", en lo segundo.

1.7.1.1.3 Predicado. El cohecho se cometé recibiendo o aceptando promesas remuneratorias a cambio de datos de omisión de sus deberes o de ejecución de alguno contrario a su deber oficial. Vale decir, se compra la decisión funcional a su favor.

1.7.1.1.4 Verbos. Recibir y aceptar, este último como verbo compuesto o frase verbal : "acepta promesa remuneratoria", pues no se trata de algo que se da y se recibe, si no de una oferta lucrativa que se acepta.

1.7.1.1.5 Complemento indirecto. Que señala el objeto material del delito y que en este caso son el dinero u otra utilidad cualquiera.

1.7.1.1.6 Complemento circunstancial de causa. De la acción verbal, indicando por la frase que sigue a la preposición para y que indica el propósito que guía al sujeto a realizar el hecho indicado en el predicado, así : "Para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales". Señala un elemento subjetivo del tipo.

1.7.2 Cohecho impropio. El artículo 142 de nuestra norma penal contempla lo que es el cohecho impropio así : el

empleado oficial que acepte para sí o para un tercero, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años.

En esta clase de cohecho, el empleado oficial se compromete a omitir la ejecución de un acto justo, a retardar uno de igual naturaleza o a ejecutar uno contrario a sus deberes. Asimismo, el empleado oficial recibe el dinero o acepta la promesa remuneratoria "por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones". Según lo anterior está vendiendo la justicia.

En esta forma de cohecho el acto ofrecido debe ser de aquellos a que el empleado está obligado en el desempeño de sus funciones.

1.7.2.1 Estructura. Estructuralmente está conformado por los siguientes elementos :

1.7.2.1.1 Sujeto activos. Están indicados por las palabras "empleado oficial".

1.7.2.1.2 Abuso de poder. Que enseña la frase "por acto

que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones".

1.7.2.1.3 Acción descrita. Señalada por los verbos recibir y aceptar dinero u otra utilidad, o promesa remuneratoria, para sí o terceros, en forma directa o indirecta.

Analizando las dos clases de cohecho vistas, notamos que no hay razón válida para distinguir entre uno llamado propio y otro al que se le otorga el calificativo de impropio. Lo impropio es lo que no corresponde con precisión a la esencia de una cosa como su modelo. La realidad es que la esencia de un cohecho es el aceptar promesa remuneratoria o recibir dinero u otra dádiva. A cambio de la promesa del empleado oficial de que venderá por este estipendio su función arbitraria. Que si lo prometido por él es acto ilícito, como retardo u omisión de funciones, o la ejecución indebida de deberes oficiales, o si lo que se prometió por él era acto funcionalmente debido, pero no susceptible de especial remuneración, no importa para su agotamiento como cohecho.

1.7.3 Cohecho retributivo. El Código Penal nuestro en su artículo 142, inciso 2o., nos dice : el empleado oficial que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en

arresto de tres meses a un año, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

Este delito se consuma cuando el empleado oficial recibe el dinero o las dádivas, con una sola circunstancia : que el donativo se haga por persona que tenga interés en asunto sometido a conocimiento de dicho empleado. No hay necesidad de demostrar la existencia de pacto, convenio o acuerdo en ningún sentido, pues entonces no habría cohecho aparente, sino propio o impropio según sea lo ofrecido por el funcionario.

En esta clase de cohecho la retribución va implícita y no hace parte de tipicidad del hecho punible, aunque está sobreentendida.

Sobre aclarar que la donación al empleado público se hace en atención a su cargo. Ninguna vinculación anterior y diferente debe existir.

1.7.4 Cohecho por dar u ofrecer. El artículo 143 nos dice: El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad ha empleado oficial en los casos previstos en este capítulo, incurrirá en arresto de tres meses a dos años y multa de un mil a veinte mil pesos.

El cohecho en su forma activa puede cometerlo cualquier persona que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a empleado oficial con cualquiera de los siguientes fines :

- Para que retarde u omita un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales.
- Por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.
- Sin ninguna finalidad manifiesta, siempre que el donante tenga interés en algún asunto sometido al conocimiento del empleado que recibe el regalo.

1.8 DIFERENCIAS ENTRE COHECHO Y CONCUSION

Antes de ahondar en este acápite, no está por demás subrayar lo que dice la Corte respecto a los dos delitos, así : "ambos ilícitos reprimen al funcionario o empleado público que abusa de sus poderes con un fin lucrativo o enriquecimiento. Por ser comunes en las dos infracciones la investidura del agente y la avaricia como objeto de la acción criminal, llevó en un principio a confundir la concusión con el cohecho..."¹⁷.

¹⁷ CASACION de 1955, G.J.T. LXXXI. p. 625

La verdad es que son diferentes, miremos :

1.8.1 En la concusión la iniciativa criminosa es del funcionario. Es éste quien "con abuso de calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero u otra utilidad. En el cohecho la iniciativa es el particular; es él quien lleva al funcionario a la corrupción y la acción delictiva; para el funcionario el cohecho es "la aceptación (...) para sí o para un tercero de dineros, dádivas y promesas remuneratorias, no debidos, con el fin de ejecutar, omitir o retardar un acto propio del cargo...

1.8.2 En la estructura de la concusión está la violencia señalada con el verbo constreñir, o el engaño, indicado con el verbo inducir, y de todos modos la entrega u oferta del particular no es libre acto de su maligna voluntad. La estructura del cohecho es de libertad contractual, aunque perversa. No hay violencia sino acuerdo : "requiere un acuerdo perfecto, sin vicio alguno de la voluntad, entre el sobornador y el sobornado : hay un verdadero contrato ilícito en que ambos sujetos son codefincuentes. Uno y otro son protagonistas, actúan dolosamente en daño de la administración pública".

1.8.3 En la concusión el abuso de poder adopta sus dos formas clásicas : puede ocurrir por abuso funcional o por acto extralimitado. El cohecho es siempre y por su naturaleza contractual, abuso de funciones.

La teoría de su contractualidad no ha podido desterrarse completamente ni aún recogiendo una tipicidad que traslade a nuestro Código el pensamiento de Pessina. La misma Corte se ve obligada a reconocer que el cohecho es contractual, que se consuma, a lo menos en sus formas pasivas, cuando hay acuerdo de dos voluntades, puesto que no podrá haber un cohechador pasivo sin otro activo que ofreció y consiguió la corrupción.

Las anteriores diferencias planteadas son a groso modo las más importantes entre estas dos clases de delitos.

2. LAS CAUSALES DE CASACIÓN Y LOS DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO

Como es sabido, el recurso extraordinario de casación, es un medio de control jurisdiccional, el cual se interpone para que se cumpla con la recta interpretación y la adecuada aplicación de la Ley. Solamente, por medio de éste se pueden reprimir los desmanes de quienes realizan la función juzgadora.

El artículo 218 del Código de procedimiento Penal y el artículo 220 del Nuevo C.P.P. (Decreto 2700 de 1991) nos dice :

Habrà recurso de casación contra las sentencias de segunda instancia dictadas por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, por los delitos que tengan señalada sanción privativa de la libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco (5) años. El Nuevo C.P.P. lo extiende a los falos del Tribunal Nacional, y el Tribunal Militar, y aun cuando la sanción impuesta haya sido una medida de seguridad.

Así mismo, continúa el Código de Procedimiento Penal indicándonos en su artículo 226 cuáles son las causales de casación que se pueden interponer; las cuales son considerada de igual manera que el Nuevo Código de P.P. en su artículo 220.

1. Cuando la sentencia sea violatoria de la Ley sustancial, por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea.

Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de derecho o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

2. Cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación, o en su caso con el auto que la modifica.

3. Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

Atendiéndonos a las anteriores causales, vamos a darles aplicabilidad en los delitos de concusión y cohecho.

2.1 APLICABILIDAD DE LAS CAUSALES DE CASACION EN EL DELITO DE CONCUSION

Si traemos como ejemplo varios procesos que fueron ventilados ante la Corte Suprema de Justicia, interponiéndose el recurso en mención, vamos a entender más exactamente el por qué no son frecuentes las demandas en esta clase de delitos.

Tenemos entonces : La Casación No. 1374, donde fué Magistrado Ponente el Dr. Jorge Carreño Luengas, así mismo, aprobado según Acta No. 42, el 23 de junio de 1987.

El recurso de casación fue interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, del día 19 de julio del año 1986, por la que fue condenado Bernardo Avila Castillo a la pena principal privativa de la libertad de 28 meses de prisión, más las accesorias correspondientes, como responsable del delito de concusión.

Al sentenciado le fue negado el beneficio de la condena de ejecución condicional.

El personero del sentenciado impugna el fallo, con fundamento en la causal primera de casación, por violación indirecta de la ley.

H E C H O S :

Se infiere del proceso que cuando se hallaba próximo a vencerse su contrato de trabajo como Almacenista Supernumerario de la Aduana de Bogotá, Gabriel Herrera Herrera, fue contratado por Luis Alvaro Sandoval quien le hizo saber que estaba "descabezado", o sea, próximo a perder el empleo y que la única forma de solucionar el problema era procurar la ayuda mediante el aporte de dinero del Dr. Bernardo Avila Castillo, Jefe de la División de Servicios Administrativos de la Dirección General de Aduanas, con quien debía entrevistarse.

Fué así como Herrera, asesorado por su compañero llegó hasta la Oficina del Dr. Avila, donde éste le comunicó que para solucionar su problema laboral, debía contribuir con la cantidad de \$50.000,00 como ya lo había hecho entre otros Luis Alvaro Sandoval.

Consternado Herrera ante esta indebida y delictuosa presión del funcionario, ya que sólo tenía un salario mensual de \$16.500,00, comentó el hecho con sus familiares y uno de sus hijos le aconsejó, hacer una grabación de una llamada telefónica que Sandoval había quedado de hacerle al día siguiente, para concretar la fecha en que iría a

entregar el dinero al Dr. Avila Castillo.

Efectivamente, al día siguiente, llamó Sandoval a su compañero de trabajo Herrera y éste según lo acordado y para preconstituir la prueba grabó la charla telefónica y con esta grabación se presentó ante el jefe de Personal de la Dirección de Aduanas a quien enteró de lo ocurrido, funcionario que lo puso en contacto con el Dr. Poveda Alfonso, Director General de Aduanas.

El dinero fue entregado por el constreñido.

A lo anterior, la Corte Suprema de Justicia manifestó :

Que no es exacto que el Tribunal no haya considerado los testimonios de Monroy y Molano, o haya atribuido un valor probatorio que no tienen a las declaraciones de Herrera y sus familiares y altos empleados de la Dirección de Aduanas que intervinieron en los hechos y que a la vez hubiera desconocido el mérito a la versión dada por el acusado, pues dentro de un análisis amplio y sereno de todos los elementos de juicio, lo único que resulta evidente es que el Tribunal con facultad otorgada a los Jueces para valorar la prueba, halló sobrados fundamentos para proferir una sentencia de condena.

Debe tenerse en cuenta además, que cuando se ataca la prueba de cargo de fondo o circunstancialmente, con base en la causal por violación indirecta, compete al impugnador demostrar el error sentenciador, pero un error que se ponga en evidencia, que sea manifiesto y que sea igualmente causa determinante de la sentencia. Las declaraciones a que alude el recurrente y que se dice indebidamente apreciadas, son versiones uniformes, acorde con la realidad que indican a las claras cómo una familia no obstante, la amenaza y el natural miedo que inspira la autoridad, amparada en su fortaleza moral, tuvo el valor suficiente para denunciar un hecho que estaba mancillando el buen nombre de la Administración Pública.

Por tal, no estando demostrados los cargos, la demanda no puede prosperar.

Resuelve la Corte, no casar la anterior sentencia.

En el caso antes expuesto, se está solicitando la casación por su primer causal, como lo manifestó la Corte Suprema la anterior demanda de casación por ningún motivo está confirmando el que se de violación de la Ley. Generalmente todas las demandas de casación que invocan esta causal, no han sido casadas por la Corte Suprema de Justicia,

demostrándose con ésto, que los juzgadores efectivamente están aplicando la ley a cabalidad, o que los impugnadores no sustentan jurídica ni técnicamente el recurso.

Es importante aclarar en que casos cabe la causal primera de casación; se da esta causal cuando la sentencia es violatoria de la Ley penal sustancial, se configura a través de dos modalidades nítidamente diferenciadas, así: cuando se infringe directamente, la norma, al margen de la estimación probatoria, que no ofrece reparo; y cuando la violación de la ley es debida a que se aprecie mal determinada prueba, o no se tiene en cuenta a pesar de existir, o se considere existente sin que el proceso la contenga, en los casos en que la infracción es indirecta.

Es directa, cuando se da quebrantamiento del precepto. Lo que quiere decir, es preciso que la incorrección se refiera a un elemento probatorio importante, hasta el extremo de que por el error de hecho o de derecho en él cometido, se haya llegado a la indebida aplicación de la ley sustancial.

La indirecta se produce a través de deficiente o torcida apreciación de la prueba reconocible.

En conjunto, tanto la infracción directa como la indirecta, se comprenden en la misma primera causal de casación, ya que se resuelven siempre en el quebranto de la norma. Pero no por ello pueden plantearse en conjunto, sino discriminadamente, con el análisis jurídico que demuestre su viabilidad, a fin de que la Corte tenga puntos concretos de apoyo para su estudio.

Respecto a la segunda causal de casación aplicable al delito de concusión se aplica cuando hay desacuerdo entre auto de proceder y sentencia.

Consiste esta causal "cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en la resolución de acusación o en su caso con el auto que la modificó."

Hay desacuerdo entre la sentencia y el auto de proceder o resolución de acusación. Cuando la sentencia, es condenatoria o absolutoria o se refiere a circunstancias específicas de agravación que no se tuvieron en cuenta en la Resolución de Asunción o desatiende un cargo en el mismo y no desvirtuado en el juicio, o se le condena por delito diferente por el que fué llamado a juicio, o se le absuelve sin que en la causa se hubieren demeritado los cargos. En estos casos se presenta la no consonancia, o

inconformidad entre la Resolución de acusación y sentencia.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, dijo :

De manera que si en el auto de proceder o pliego de cargos no figura una circunstancia modificadora que agrave la responsabilidad del sindicado, no puede el Juez, en los juicios de puro derecho, deducirla en la sentencia condenatoria, salvo en el caso, que posteriormente, en la etapa probatoria de la causa aparezca prueba con virtud suficiente para sustentarla... 18

Lo propio ocurre con las modalidades que degradan la responsabilidad del autor del hecho delictuoso. No se puede desconocer por el juzgador las que dedujo en la Resolución de Acusación, sino porque, igualmente, con posterioridad, en la etapa probatoria del juicio, se aduzca, válidamente prueba fehaciente.

Pasamos a la causal tercera, cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

De conformidad a lo estudiado, colegimos que las causales

18 CALDERON, Ob. Cit. pág. 93

de casación que se dan generalmente y con mucha frecuencia en el delito de concusión con la primera y última causal, pero pocas veces la Corte Suprema de Justicia casa.

Tomamos un ejemplo claro respecto a la causal tercera de casación aplicando la causal tercera de conformidad al nuevo y actual estatuto en su artículo 220, así :

Casación No. 1748, siendo Magistrado Ponente dr. Dídimo Páez Valencia, aprobado según Acta No. 70, del 20 de octubre de 1987.

El recurso de casación fué interpuesto por los procesados Hugo Sierra Muñoz, Campo Elias Ocampo Ríos, Luis Alberto Suárez Quimbaya, Eliserio Rayo Castaño y Henry Arias, miembros todos de la Policía Nacional, contra la sentencia del 31 de julio de 1986 proferida por el Tribunal Superior Militar, mediante la cual se les condenó a todos a la pena principal de seis (6) años de prisión, con la especificación que unos lo fueron por delitos de concusión y los demás por los de concusión y violación de habitación ajena.

H E C H O S :

En la zona de desastre del municipio de Armero los individuos Yesid y Gilberto Ramirez, Arcadio Ochos, Aicardo Ibañez, Luis Acero y Hernán Luna, encontraron el 12 de diciembre de 1985 una maleta que contenía dinero en apreciable cantidad, el que se repartieron entre ellos de acuerdo al tamaño de los fajos. Llevándolo a sus respectivos domicilios, pero que unos días después, el 16 y 17 de de los mismos mes y año, se vieron obligados a entregar a varios miembros uniformados de la Policía Nacional que prestaban su servicio en el sector y adscritos a la Subestación de Policía del Municipio de Lérída, que enterados del hallazgo, los hicieron objeto de procedimientos arbitrarios para lograr su fin.

En efecto el 16 de diciembre el Cabo Segundo Campo Elias Ocampo Ríos se presentó a la casa de Aicardo (o José Aicardo) Ibañez con los agentes Eliserio Rayo Castaño y Henry Arias, y tras hacerle saber que conocía del hallazgo y amedrantarlo con llevarlo a la cárcel si no le entregaba el numerario, se hizo dar tres cientos mil pesos (\$300.000,00).

Al mismo ciudadano lo abordó al día siguiente el Capitán

Hugo Sierra Muñoz en compañía del agente Luis Alberto Suárez, y mediante el mismo procedimiento, logró la entrega de quinientos mil pesos más (\$500.000,00). Arcadio Ochoa fue constreñido por el mismo Capitán Sierra Muñoz, y así le entregó su parte. Los hermanos Yesid y Gildardo Ramirez fueron igualmente obligados a entregar su dinero mediante amenazas, ultrajes y agresiones físicas que el mismo Capitán Sierra Muñoz y el citado agente Suárez le propinaron al primero de ellos en especial, luego de localizarlo en casa de su progenitora, a la cual penetraron ilegalmente en su búsqueda. Por su parte Hernán Luna le entregó el 16 de diciembre parte de su dinero al mentado cabo Segundo Campo Elias Ocampo y a los conocidos agentes Rayo Castaño y Arias, después de ser constreñidos y amenazado; mientras que Luis Acero el día 17 se la entregó al mismo Cabo Segundo Ocampo Ríos luego de recibir sus amenazas desde el día anterior.

La demanda de Casación fue interpuesta alegando la causal 3 del artículo 226 del C. de P.P. hoy artículo 220 del nuevo C. de P.P. causal tercera, la que se considera proferida en juicio viciado de nulidades de orden constitucional y legal.

A la anterior demanda de casación, la consideración de la

decisión de la Corte Suprema : No asiste la razón al profesional recurrente, y por tanto el fallo impugnado habría de mantenerse, como lo sugiere el señor agente del Ministerio Público.

En los casos invocados, no existe razón alguna para que en el proceso en estudio se desconociera el principio de la unidad procesal bajo el cual se adelantó la investigación y se emitió la sentencia, y habiéndose observado a plenitud el procedimiento propio del juzgamiento en el que los derechos de los procesados se respetaron en su integridad, carece de fundamento la nulidad invocada, y por tanto el cargo que en ella se apoya.

Los acusados, que se hallaban en ejercicio del cargo y en la tarea de vigilar y prevenir los saqueos en la zona de desastre de Armero, abusaron tanto de aquel, como de las funciones que les habían encomendado.

Era un hecho notorio su calidad de miembros de la Policía Nacional adscritos a la Subestación de Policía de Lérída y se comprobó que para cometer los hechos delictuosos hicieron ostentación y uso abusivo de sus respectivos cargos. También abusaron de la función que cumplían porque en desarrollo de la misma pretextaron la obligación de

recuperar para "El Estado" según alguno de los afectados, los dineros encontrados, y así, abusivamente lograron su entrega. De esta suerte, el abuso del cargo y de las funciones consignado en los cuestionarios, se ajustó a la realidad y permitió la comprensión por vocales y acusados, de la imputación que se hacía.

Respecto a la conducta desarrollada por los agentes activos del delito, no cabe duda que se acudió tanto a la inducción como al constreñimiento para mover la voluntad de los ciudadanos timados a la entrega de las cantidades de que dieron cuenta. Se les dijo primero que el dinero debía ser entregado al Estado, obviamente a través de los representantes de la autoridad que para el caso eran los procesados; se le asedió haciéndoles saber el conocimiento que tales representantes tenían del hallazgo, a algunos se les condujo al cuartel, se fustigó su familia, y finalmente se les amenazó directa e indirectamente con perder la libertad, de negarse a entregar el dinero. Todas estas diversas formas de comportamiento por parte de los uniformados envuelven, de la inducción al constreñimiento como extremos comportamentales de la definición normativa del delito de concusión material del juzgamiento, por lo que en este sentido los cuestionarios resultaron correctamente elaborados, y así mismo válida la actuación

posterior a ellos.

En consecuencia a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia y de conformidad con el concepto dado por el Ministerio Público, resolvió no casar.

Es importante demostrar en qué consiste la causal 3a. de casación, para podernos ubicar dentro del ejemplo anterior.

Decía el artículo 226 del C.P.P. numeral 3o. : Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad, lo mismo confirma el artículo 220 del actual estatuto en su numeral tercero.

Como es de notarse, la nulidad, es una sanción procesal, expresamente estatuida por la ley en su propia defensa o en interés de sus destinatarios, mediante la cual se invalidan jurídicamente los actos que ella misma reglamenta y la relación procesal a que pertenecen, como dice Calderon Botero.

Es de aclararse así mismo, que cuando se va a reclamar una nulidad, deberá hacerse en el ámbito de la causal tercera del actual estatuto de casación, en forma autónoma,

alegando, como fundamento del error de calificación, el error de hecho manifiesto, o el error de derecho, que le dió origen. Lo anterior, porque la nulidad continúa siéndolo y no trasmuta su naturaleza a los hechos que la causan, así sean estos los motivos de otras causales de casación.

2.2 APLICABILIDAD DE LAS CAUSALES DE CASACION EN EL DELITO DE COHECHO

En tratándose de la aplicabilidad de las causales de casación el delito de cohecho, nos atrevemos a decir que son muy pocas las sentencias dictadas, en las cuales han interpuesto el recurso de casación. Tal vez por ser en esta clase de delito, el particular quien también lo comete; es la diferencia patética que se da en procedimiento con el delito anteriormente visto que es el de concusión.

Más sin embargo, traemos a colación un hecho que fué de gran renombre en nuestros medios de comunicación, como es el caso del Contralor General de la República, cuya investigación disciplinaria fue adelantada por la Procuraduría General de la Nación, debido al alto cargo que desempeñaba.

Sobre éste caso, la Corte Suprema de Justicia, actuó en única instancia por ser la máxima autoridad para juzgar a los altos funcionarios.

Tenemos entonces, que la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Penal, siendo Magistrado Ponente el Dr. Alfonso Reyes Echandia, según Acta No. 23 por el cual fue aprobado, el 5 de abril de 1984 en Bogotá, procedió a la calificación del mérito de sumario.

Se le implicó del delito de Cohecho Propio, por :

a. Contraprestación burocrática por los favores recibidos del doctor Marulanda para obtener la designación como Contralor. Aclarando en este punto, que al Contralor no se le acusa de recibir dádivas al momento de hacer los nombramientos que se dice recayeron en personas amigas del doctor Marulanda, sino por haberlas recibido antes de ser Contralor, con lo cual se trata de establecer una relación de causalidad entre actuaciones en parte cobijada por la función, pero en otra parte no amparadas por ésta, relación que no es la que gobierna la estructura del delito de cohecho, pues en éste la dádiva debe tener la virtualidad de mover la voluntad del funcionario hacia la relación de un acto que están en condiciones de poder

efectuar por ser de su incumbencia.

b. Mora en la destitución del Auditor Horacio Arenas parra, solicitada por la Procuraduría General de la Nación como resultado de una investigación de índole administrativa.

c. Por haber autorizado la apertura irregular de la cuenta corriente No. 006-30-190-7 en el mes de enero de 1978 en el Banco del Comercio Sucursal "Las Nieves" de Bogotá. Por razón del mantenimiento de esa cuenta, que alcanzó promedios mensuales entre 137 y 346 millones de pesos durante los años 1981 y 1982, el Banco habría pagado comisiones periódicas que beneficiaron ilícitamente al propio Martínez Zuleta, a su esposa e hija y a otros altos funcionarios de la Contraloría como hernán Baute Meza, Rafael Cenón García y Roberto Palacino Borbón. Mientras la Contraloría mantuvo en el Banco dicha cuenta, estas personas obtuvieron frecuentes y elevados préstamos de dicha entidad bancaria, con anuencia del doctor Martínez Zuleta quien al menos en un caso suscribió como codeudor cuantioso pagaré, buena parte de estos créditos habían sido cancelados con el producto de las comisiones que el banco pagaba en cheques de gerencia girados a terceras personas para disfrazar su real destinación. Por este

último hecho, se le llamó a juicio; y resolvió la Corte Suprema de Justicia, así :

1. LLamar a responder en juicio al doctor Anibal Martinez Zuleta, por ser autor de delitos de cohecho en concurso sucesivo y homogéneo con una misma conducta varias veces. El último hecho punible. Y por el delito de prevaricato que concurre con aquellos.

Dispuso asimismo, la Corte, su detención preventiva sin derecho a excarcelación. Libró la orden de captura correspondiente; y una vez cumplida la anterior poner en disposición al procesado en la Cárcel Modelo de esta ciudad. Notificarle lo actuado personalmente y hacerle saber el derecho de nombrar defensor.

Se solicitó en este evento, la prescripción del mismo, dándose la tercera del C. de P.P. ya explicada en el acápite anterior, pero no aplicable por ser última instancia.

Respecto a la causal segunda, se dan los mismos lineamientos que para la concusión. Lo mismo cabe para la causal tercera de casación según el antiguo y el nuevo C. de P.P. explicados con mucha claridad en el aparte

mencionado.

Tal vez, este delito no es de frecuente denuncia por lo ya mencionado y además, por cuanto en el cohecho implica sustancialmente un acuerdo, donde las partes operan en pie de igualdad, mientras que en la concusión, se exige que el funcionario se halle en una situación de metus publicae potestatis, esto es, de superior frente al particular, para de ese modo intimidarlo y compelerlo a dar o prometer.

2.3 LA CONCUSION Y EL COHECHO EN UNICA Y SEGUNDA INSTANCIA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Es entendido, que el Tribunal competente para conocer del recurso de Casación es la Corte Suprema de Justicia por medio de su Sala de Casación Penal. Sala creada por la Ley para ejercer la función casacional en materia penal. Basta también considerar, de conformidad a lo expuesto en el capítulo anterior que obra también como Juez de única y de segunda instancia; desatando determinados conflictos de competencia; conceptuando sobre el cambio de radicación de los procesos, y asume funciones disciplinarios como es el caso de Anibal Martínez Zuleta. Se dice que, todo esto, extraño a su razón de ser, debería estar encomendado a una

sala penal ordinaria de esa corporación, cuya creación es imperiosa, para rescatar la sala de casación penal de la promiscuidad en que la ha colocado la Ley para que pueda cumplir, con absoluta libertad y consagración, sus objetivos naturales. Nos identificamos con lo antes expuesto.

Respecto a este recurso, la jurisprudencia ha entendido que lo que la norma quiso exigir fue una manifestación escrita expresa e inequívoca de que se propone el mismo. Esta concepción ha sido moderada en relación con el procesado, al admitir la Corte que cuando éste emplea, por ignorancia, expresiones similares a "apelo ante la Corte Suprema de Justicia", se está refiriendo al recurso extraordinario, porque señala en forma inequívoca su deseo de acudir a ella en el único sentido posible, es decir, como Tribunal de Casación.

Una vez propuesto el recurso, el Tribunal debe decidir si lo concede o lo niega. En los casos de concusión y cohecho por lo general la Corte Suprema de Justicia no ha casado, debido a que las sentencias proferidas tienen el lleno de conformidad a la Ley, donde el Juez respectivo ha sabido aplicarlos. Asimismo, la Corte para tomar tales determinaciones, estudia antes si fue incoado en su debida

oportunidad, si lo formuló quien tenía derecho o hacerlo y, finalmente, si la sentencia está sujeta a casación. La falta de uno cualquiera de estos presupuestos constituye motivo suficiente para negar el recurso. De lo contrario, tendrá que concederlo.

3. CONFRONTACION JURISPRUDENCIAL ENTRE LOS DELITOS DE CONCUSION Y COHECHO, Y LAS CAUSALES DE CASACION

3.1 JURISPRUDENCIAS DE COHECHO

Para este estudio, hemos recurrido a la Gaceta Judicial (que es el órgano oficial de publicidad de nuestra jurisprudencia) en donde se dan a conocer las decisiones de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal en lo que hace referencia a los delitos de concusión y cohecho.

Asimismo, en este aparte trataremos de dar una estadística por años a partir de 1980 y 1990 sobre criminalidad y administración de justicia en lo que concierne a los delitos antes mencionados, recurriendo para esto al boletín mensual de Estadística del DANE, con el motivo de demostrar la frecuencia con que se dan estos delitos.

3.1.1 Año 1980. Tenemos entonces, Delito de Cohecho. Aspecto objetivo : La dádiva o promesa en las especies de cohecho propio y de cohecho impropio; su magnitud para que

configuren el delito. Estas clases de cohechos se clasifican de conformidad al antiguo C.P.

Entre los elementos objetivos de esa figura delictiva se tiene, en primer término, la existencia de una dádiva o de una promesa remuneratoria a consecuencia de los cuales el funcionario procede a ejecutar o a omitir un acto sea éste de aquellos que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones. Artículo 142 C.P. conducta denominada cohecho impropio, ora contrariándolos, esto es, omitiendo o retardando un acto propio del cargo o ejecutando uno contrario a sus deberes oficiales -artículo 141 Ibidem, cohecho propio.

Esa dádiva o promesa debe ser, por otra parte, de suficiente entidad, es decir, de tal magnitud que sirvan de móvil a la conducta o sea que haya entre ésta y aquellas una relación cuantitativa que permita equipararlas. Las dádivas o promesas de escasa significación esto es, lo que los prácticos llamaban "munuscula", como en el clásico ejemplo de la canasta de frutas, aunque objetivamente puedan configurar la conducta punible de que se trata, no los acepta la doctrina moderna como cohecho a no ser que se trate de dádivas reiteradas.

En el concepto de retribución, dice Antolisei (en lo cual acompañan otros autores como Ricci y Ranieri) "está sin duda implícita una cierta proporcionalidad entre la prestación del particular y la del funcionario ppor lo que no puede hablarse de corrupción cuando existe una desproporción manifiesta entre las dos prestaciones, como en el caso de pequeños donativos (cigarrillos, bebidas, etc) y en el de pequeños homenajes de cortesía (invitaciones, etc) Manuales, Volumen II, p. 622). C.S.J. Auto de enero 11 de 1979 -M.P. Dr. Luis Enrique Romano Soto.

Entre el grupo de los delitos contra la Administración Pública tenemos a la concusión y al cohecho, de momento estamos tratando del cohecho.

En el año de 1980 por el delito de cohecho fueron presentadas 474 denuncias de las cuales, se llegó a sentencia por la mitad de las denuncias expuestas.

Por ende, colegimos, que es por ello que la Corte Suprema de Justicia ventila muy poco el recurso de casación respecto a esta clase de delito. Y cuando llega a conocer de ello, por los jueces cumplir con la recta y cumplida administración de justicia, la Corte no casa.

3.1.2 Año 1981. En este año, la Corte Suprema de Justicia no se pronunció respecto al delito de cohecho.

Pero con relación a la estadística podemos decir que, en este año fueron presentadas 490 denuncias sobre el mismo, de las cuales sólo 54 fueron llevadas a sentencia.

3.1.3 Año 1982. En este año, tampoco se tiene conocimiento de que la Corte haya conocido del recurso de casación respecto al cohecho.

Estadísticamente, en el año de 1981 se presentaron 490 denuncias de las cuales sólo la cuarta parte fueron llevadas a sentencia.

3.1.4 Año 1983. Sujeto Activo : Ha de tener la calidad de funcionario público al recibir la dádiva.

Conviene anotar que al Contralor no se le acusa de recibir dádivas al momento de hacer los nombramientos que se dice recayeron en personas amigas del doctor Marulanda sino por haberlas recibido antes de ser Contralor, con lo cual se trata de establecer una relación de causalidad entre actuaciones en parte cobijadas por la función pero en otra parte no amparadas por ésta, relación que no es la que

gobierna la estructura del delito de cohecho, pues en éste la dádiva debe tener la virtualidad de mover la voluntad del funcionario hacia la realización de un acto que está en condiciones de poder efectuar por ser de su incumbencia. C. S. de J. Sala de Casación Penal. Auto de agosto 3 de 1982. M.P. Dr. Darío Velásquez Gaviria.

En este año el delito aumentó estadísticamente un 15% a la del año anterior. Se nota que se comete progresivamente cada año.

3.1.5 Año 1984. En este año investigando la Gaceta Judicial, la Corte Suprema de Justicia, no se manifestó respecto a ninguna de las causales de casación respecto al delito que venimos tratando.

De la parte estadística, continúa aumentando el número de denuncias presentadas ante los distintos juzgados de conocimiento, un 3.87%.

3.1.6 Año 1985. Características del cohecho propio : Sus verbos rectores e ingredientes subjetivos; diferencias con la legislación italiana.

El tipo de cohecho propio descrito en el artículo 141 del

C.P. colombiano (esencialmente idéntico al 'previsto en el artículo 161 del 'C.P. anterior) contiene dos verbos rectores y tres ingredientes subjetivos alternativamente dispuestos a saber : recibir dinero u otra utilidad o aceptar promesa remuneratoria, para retardar un acto propio del cargo, para omitirlo, o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales. Como se sabe, característica de tales ingredientes es la que siendo finalidades hacia las cuales apunta la conducta del actor, ésta ha de precederlas, lo que significa que en el plano cronológico hay coincidencia entre el comportamiento del agente y el propósito que pretende lograr, pero no entre aquel y la efectiva realización del hecho pretendido cuya concreción material ni siquiera es necesaria para la cumplida adecuación del tipo. En este orden de ideas, el cohecho propio supone en nuestra legislación que la obtención del dinero o la aceptación de la promesa remuneratoria sean coetáneas con la finalidad "para" de retardar u omitir acto propio del cargo oficial o de ejecutar uno contrario a los deberes propios de aquel, pero anteriores al efectivo retardo, omisión o ejecución ilegal del acto oficial si es que estos hechos llegaren a realizarse. En este aspecto existe importante diferencia entre la nuestra y la legislación penal italiana en cuanto a esta última extiende el cohecho propio - allí denominado

"corrupción por acto contrario a los deberes oficiales". A la hipótesis en que el actor reciba el dinero o la utilidad por haber actuado contra los deberes propios de su cargo o por haber omitido o retardado un acto oficial; situación ésta no prevista como forma de cohecho en el ordenamiento punitivo colombiano. C.S.J. Sala de casación Penal. Auto de proceder de abril 5 de 1984. M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandía.

Estadísticamente, este delito en el año de 1985 aumentó un 3.87% al año anterior.

3.1.7 Año 1985. En este año la Gaceta Judicial no contiene ningún pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia con relación al recurso de casación aplicado al delito de cohecho.

En el año de 1985 las denuncias sobre el delito de cohecho aumentaron un 6.5% con relación al año anterior.

3.1.8 Años 1986 y 1987. En ninguno de estos dos años tenemos recopilación en que la Corte Suprema de Justicia se haya manifestado respecto al delito de cohecho dando aplicabilidad a las causales de casación.

En el año de 1986 a 1987 el delito de cohecho ha aumentado un porcentaje mucho menor que el de los años anteriores, es del 2.41%.

Dentro de los años de 1987 y 1991 se mantuvo un porcentaje igual, no habiendo registro de pronunciamientos por parte de C.S.J. con respecto a este delito.

3.2 JURISPRUDENCIA DE CONCUSION

3.2.1 Año 1980. Jurisprudencialmente, sobre el delito de concusión tenemos : Sujeto activo : Puede tener tal calidad cualquier funcionario capaz de poner en peligro con su actuación la administración pública; en esta situación se hallan los secretarios de los juzgados.

Carece de razón el censor al afirmar que sólo el juez, en su despacho judicial, puede cometer el delito de concusión ya que es el único que tiene facultad para dictar autos y sentencias.

En efecto, el delito que se deja mencionado está constituido por una particular modalidad de ofensa a la administración pública al cometerla los funcionarios públicos, empleados o transitoriamente encargados de un

servicio público están faltando a los deberes para con ella (artículo 63 C.P.).

Pero esos deberes no los tienen solo quienes pueden ejecutar determinados actos sino todos aquellos que por su investidura y por los nexos con las ramas del poder público pueden comprometerlo en alguna forma al ejercer sus funciones cualesquiera que ellas sean, lesionando o poniendo en peligro la administración estatal considerada en su totalidad.

Es la investidura en cuanto despierta cierto temor en los asociados (*timor publica potestatis*) lo que hace posible la ejecución del delito cuando se usan las funciones para fines distintos de los señalados en la ley, esto es, cuando se abusa de ellas.

Aunque también es posible, y esto esfuerza el punto de vista de la Sala, que el delito se comete no solo por abuso de las funciones sino también por el de la investidura, esto es, del carácter de funcionario público aun cuando el hecho ejecutado no pertenezca propiamente a la competencia del sujeto activo.

En consecuencia, cuando el secretario de un Juzgado hace

una exigencia de dinero por ayudar a una persona que tiene un negocio en esa oficina, está cometiendo el delito de concusión ya que lo hace poniendo de presente ante la víctima su investidura de funcionario y está ejerciendo un claro constreñimiento sobre ella. C.S.J. Casación de junio 7 de 1979. M.P. Luis Enrique Romero Soto.

En cuanto, a la estadística en este año de este delito, tenemos que ascendió a un ritmo superior a los años anteriores en 6.5%.

3.2.2 Año 1981

- Concepto :

Como se estructura la modalidad implícita de este delito, el constreñimiento por amenazas encubiertas.

Ciertamente existe una modalidad de concusión que puede llamarse implícita por cuanto el sujeto activo usa medios que, aparentemente, no envuelven coacción, pero los emplea en tal forma que el sujeto pasivo se siente intimidado y teme que si no hace u omite lo que el funcionario pretende puede resultar un perjuicio en su contra. Ciertamente en tales oportunidades se evidencia que el comportamiento de

la víctima, el temor o la perturbación que en su ánimo produce el poder del funcionario.

Pero tiene que haber en el comportamiento de éste algo que ponga de presente que si está usando su autoridad para determinados fines reñidos con la función pública que desempeña. En otras palabras, que está presionando a la víctima en determinado sentido y por medio de encubiertas amenazas de usar en contra de ésta la potestad de que está investido.

Si este elemento no aparece en forma suficientemente clara, no existe la concusión implícita o encubierta y se corre el riesgo de que cualquier palabra o comportamiento del funcionario puedan ser tomados como delictuosos, creando una amenaza de denuncia penal en su contra con grave mengua para la independencia con que deben obrar quienes son órganos de la administración pública. C.S.J. Auto de septiembre 30 de 1980. M.P. Dr. Luis Enrique Romero Soto.

3.2.3 Año 1982. En este ejemplo es para determinar el Bien Jurídico, así : El interés del agente no apunta necesariamente a la administración pública; también puede ser de carácter particular.

Ha sido opinión generalizada, pero no acertada, la de que en el tipo penal que recoge el citado artículo 157 se debe obrar siempre buscando o pretextando que se busca un beneficio para la administración pública. Ello obedece, quizás, a que el objeto de la conducta, en buena parte de la enumeración que de él hace la norma, alude a bienes destinados por su naturaleza al Fisco. Pero no se puede olvidar que también él puede consistir, por ejemplo, en emolumentos, salarios, créditos, conceptos que responden tanto al interés de la Administración Pública como del particular.

Emolumento significa tanto como contraprestación del algo que se debe dar a cambio de lo que se recibe.

C.S.J. Sala de Casación Penal. Auto de enero 22 de 1981.
M.P. Dr. Dario Velasquez Gaviria. Mag. Aux. Dr. Roberto Velez P.

Estadísticamente, en los años 1981, 1982, 1983, este delito, en vez de disminuir su criminalidad aumentó 8.5%.

3.2.4 Año 1983. Características : Aspectos esenciales caracterizadores de este delito.

El delito de concusión, en su tipo básico, puede darse, bien porque se abuse del cargo o investidura, o bien porque se abuse de las funciones propias, y tanto cuando se constriñe al sujeto pasivo, como cuando se le induce. Siempre que, quien así proceda, sea un funcionario y que la prestación que se exija no sea debida, la cual puede ser para él mismo para terceros.

Cuando se trata, pues, de la concusión por abuso de la calidad o investidura que se ostenta, no es preciso que el hecho ejecutado corresponda exactamente a la competencia funcional del agente del delito.

La Ley sanciona en este caso la indebida utilización de la preeminencia que entraña el cargo público y del poder intimidante que suscite su mal uso, para hacer a otro una exigencia a que no está obligado.

El abuso del cargo viene a ser, entonces, el medio para la coacción, la cual, al despertar en el constreñimiento el natural temor que infunde el desempeño arbitrario de la autoridad, determina la prestación indebida. En otros términos, debe haber una relación de razón suficiente entre el abuso de la investidura, el constreñimiento y la exigencia no debida.¹⁹

Tanto en el Código de 1936 como en el vigente forma parte de la estructura del delito de concusión en su forma básica lo indebido de la prestación, solo que éste lo dijo de manera expresa y en aquel había que inferirlo.

¹⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia de julio 30 de 1982. M.P. Dr. Dario Velásquez Gaviria.

3.2.5 Año 1984. Cuerpo del Delito : En qué consiste tal fenómeno en este delito.

Los elementos objetivos o externos del delito constituyen el cuerpo del delito, pues bien, tales aspectos son en conclusión los que se refieren a la parte sensorialmente perceptible del hecho típico, vale decir, a su objeto material-dinero o cualquier otra utilidad y los mecanismos utilizados por el actor para constreñir, inducir o solicitar la entrega o promesa de entrega de aquellos bienes.

3.2.6 Año 1985

- Concepto :

Alcance de su descripción típica. La determinación respecto de este delito.

La concusión descrita en el Artículo 140 del Código Penal es un comportamiento de acción que ha de realizar persona investida de la calidad jurídica de funcionario con abuso de su cargo o de las funciones que legalmente ha de cumplir; consiste en ejercer violencia física o síquica sobre alguien o en inducirlo a dar o prometer al mismo

actor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o en solicitárselos.

Es determinante de este delito quien logra por cualquier vía idónea (instigación, mandato, inducción, consejo, coacción, orden, convenio, etc) que otra persona actúe violentamente sobre un tercero o lo induzca a entregarle o a prometerle para sí mismo o para otro, dinero o utilidad indebidos, o se los solicite, como resultado de aquella determinación.

C.S. de J. Sala de Casación Penal. Auto de diciembre de 1984 M.P. Dr. Alfonso Reyes Echandia.

En este año el índice de criminalidad del delito de concusión produjo una disminución en 1.7%.

3.2.7 Año 1986. Configuración : Puede cometerse por abusos de cargo de la función la solicitud de dinero o utilidad como forma implícita de constreñimiento.

a. No sólo cuando el empleado oficial abusa de funciones puede cometer concusión, sino también cuando abusa de su cargo. Situaciones que son de suyo diferentes; se abusa de la función, cuando se desbordan o restringen indebidamen-

te sus límites o se utiliza con fines protervos; y se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que este pueda tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones. Y, resulta incuestionable que en el presente caso no podía, como lo sostiene el actor, existir abuso de la función, pero, en cambio, si abuso del cargo porque el empleado aprovechó esa coyuntura para lograr que el interesado en un asunto del juzgado, que no estaba llamado a resolver ni a ejecutar, le diera unos dineros no debidos.

b. No sólo cuando el empleado constriñe puede cometer concusión, sino también cuando induce a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquier utilidad indebidos, o cuando simplemente los solicita. De suerte que basta pedirlos, sin apremio o compulsión alguna, para que se configure el delito. Es una forma de concusión implícita o encubierta porque parte del supuesto lógico de que toda solicitud de dinero no debido, por parte de un empleado oficial, es obligante por sí misma, es decir, comporta constreñimiento.

3.2.8 Años 1987 y 1988. De estos dos años traemos como ejemplo jurisprudencial sobre el delito de concusión : El

cobro excesivo de expedición de copias. Su inculpabilidad.

M.P. Jorge Carreño Luengas. Octubre 21 de 1987.

La gratuidad de la justicia civil es norma general consagrada en el respectivo estatuto adjetivo, estableciéndose sin embargo allí mismo algunas excepciones entre las que se destacan las expensas señaladas para determinados actos de Secretaría.

En desarrollo del Artículo 1º. del C. de P.C. que estipula lo anteriormente expuesto, el artículo 1º. del Decreto 2266 de 1969 regula el valor que ha de pagarse por la expedición de copias o autenticación de las mismas, señalando como lo adujo el denunciante un precio "hasta de veinte pesos en total por la confrontación y autenticación, cuando se trate de reproducciones mecánicas".

Es un hecho incontrovertible en este proceso el relacionado con el cobro de un valor superior al fijado por el decreto en referencia por la autenticación de un juego de fotocopias, que contenía dos ejemplares del trabajo de partición y de la sentencia aprobatoria de la

misma, más concretamente la suma de seiscientos veinte pesos (\$620.00), circunstancia puesta de presente no sólo por la denunciante y gestora, sino aún por la Secretaría del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla y la titular de ese Despacho la Dra. C.G.O., acusada de haber incurrido por ello en un delito contra la Administración Pública como el de concusión.

No obstante, así pueda aparecer que la conducta imputada a la Juez se adecúa al tipo penal que describe el hecho punible ya mencionado, es bien sabido que a los elementos objetivos del delito debe agregarse el subjetivo, so pena de que no se configure plenamente la infracción.

En efecto : Es de la esencia del delito de "Concusión" como única forma de culpabilidad posible, el actuar doloso del agente, es decir, que conociendo el carácter contrario a derecho de su comportamiento lo realice en forma voluntaria con miras a lesionar el bien jurídico tutelado por el legislador; por tanto, si no se obra sobre la base de los anteriores supuestos cognoscitivos y volitivos no será viable hablar de la configuración del delito en cuestión.

En tal virtud le asiste razón al señor Procurador Delegado

cuando afirma que la funcionaria denunciada obró desprovista del ánimo de transgredir nuestro ordenamiento penal, pues, todo indica en el evento subexamine el proceder de buena fé de la acusada, a tal punto que dispuso la fijación de un aviso en la Secretaría del Juzgado en el sentido de que la autenticación de fotocopias tenía un valor equivalente a veinte pesos unidad, circunstancia que descarta una actitud dolosa en este caso concreto como quiera que ese era el criterio general de la oficina, originado en una errada interpretación de la norma reguladora de las expensas de Secretaría como lo aduce el Ministerio Público y el Tribunal de instancia, atendiendo lo argudio por el Juez en su indagatoria y que la Sala estima verosímil.

Esta corporación en diversas ocasiones ha sostenido que:

Otras circunstancias acrediten la intención criminal en las actuaciones judiciales. No debe perderse de vista igualmente, que la equivocación en el procedimiento o en la forma de apreciar las normas que lo señalan para resolver en caso dado, no permite por sí sólo conformar el elemento subjetivo del delito de abuso de autoridad, cuando la buena fe precede a aquella equivocación y no resulta prueba alguna que desvirtúe esa buena fé.²⁰

20

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de octubre 21 de 1987. M.P.
Dr. : JORGE CARREÑO LUENGAS.

recuérdese finalmente que ni la Juez ni la Secretaría que efectuó el cobro en el caso examinado, procedieron con ánimo de lucro personal. Actuaron convencidas de que estaban exigiendo las expensas que autorizaba la Ley, para destinar su producido a la reparación de las inservibles máquinas de escribir de ese despacho judicial.

Por lo tanto, no vislumbrándose que la Dra. C.G.O. hubiese actuado con la torcida intención de causar daño a alguien o queriendo en forma vulnerar algún bien jurídicamente tutelado, esto, es, careciendo el comportamiento de la acusada del elemento subjetivo anotado, ha de colegirse entonces, la inexistencia del hecho punible imputado, por ausencia de culpabilidad, razón suficiente para confirmar la cesación de procedimiento proferido en su favor, siguiendo los postulados del artículo 34 del C. de P.P. y que el Nuevo C.P.P. (Decreto 2700 de 1991) considera en su artículo 36.

CONCLUSIONES

La investigación precedente nos ha conducido a las siguientes conclusiones :

En primer lugar, nuestro legislador se ha quedado corto a pesar de haber dado pautas para la distinción entre la diferenciación de Cohecho y Concusión; aún existen dudas respecto a éstos, más que todo, cuando entra a jugar la parte procedimental.

Creemos que se hace necesario un mejor planteamiento acerca de los mismos, y mayor profundización de su estudio por parte de la doctrina y la jurisprudencia, para que no se presente por tal motivo, confusión, no solamente entre los delitos de concusión y cohecho, sino, también, con otros de similares elementos consumativos.

En segundo término, aún existen dudas respecto a la tan debatida clasificación de los funcionarios oficiales, que en el momento de diferenciarlos, no se sabe a ciencia cierta quien es uno u otro. es importante, que se aclare

contundentemente este fenómeno, para que cuando se de un ilícito del tipo se ha planteado, se sepa juzgar con efectividad a la persona que incurrió en el hecho.

Específicamente, tratándose de las causales de casación aplicadas a los delitos de concusión y cohecho, nos atrevemos a afirmar que a pesar de que la Corte Suprema de Justicia, en muy contadas ocasiones ha casado las demandas que se interponen ante la Sala de conocimiento en el caso que se está tratando, no es óbice para pensar que se está incumpliendo debidamente respecto al fallo, ya que se dan evidencias en que la persona es completamente inocente y sin embargo se le juzga. Por tal motivo no se cumple con la recta y cumplida administración de justicia cuando de estos delitos se trata.

Si pasamos a la estadística suministrada por el Departamento de criminología de la Policía Nacional, DANE, institución encargada de esta problemática, observamos que son muy pocos y contados los casos de criminalidad respecto a los delitos de concusión y cohecho, en todo el territorio nacional.

Tal vez lo anterior, porque no se están denunciando tales delitos a pesar de que diariamente se están cometiendo con

el acostumbramiento pretexto que para poder adelantar alguna gestión propia de su cargo, el funcionario cobra, omite, etc., o en su defecto el particular ofrece dinero para obtener lo que desea.

También, se puede dar el caso respecto de lo anterior, que en el momento de demostrarse la culpabilidad del funcionario oficial como la del particular, se hace difícil por cuanto las pruebas aportadas al proceso, no son suficientes.

Concluimos por lo tanto, que una técnica tipificación de la conducta en nuestro Estatuto Penal y un mayor interés de nuestra máxima autoridad Judicial en estudiar el fenómeno tratado, en los presupuestos adecuados para su juzgamiento.

BIBLIOGRAFIA

ARENAS, Antonio Vicente. Comentarios al Código Penal Colombiano. Tomo II. Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1983.

CALDERON BOTERO, Fabio. Casación y revisión en material penal. Segunda Edición, Ediciones Librería del Profesional.

CANCINO MORENO, Antonio José. El Delito de la Concusión en el Nuevo Código Penal Colombiano, Ediciones Librería del Profesional, 1988.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Jurisprudencia Penal 1979. Compilador : Alfonso Reyes Echandia. Universidad Externado de Colombia.

. Sala de Casación Penal. Jurisprudencia Penal 1980. Compilador : Alfonso Reyes Echandia. Universidad Externado de Colombia.

_____, Sala de Casación Penal, Jurisprudencia Penal 1981, 1982, 1983, 1984. Compilador : Alfonso Reyes Echandia.

_____, Sala de Casación Penal, Jurisprudencia Penal. Segundo semestre 1986. Editores Jurídica de Colombia.

FERREIRA DELGADO, Francisco J. Delitos Contra la Administración Pública. Segunda Edición. Editorial Temis, Bogotá - Colombia 1985.

REGIMEN PENAL COLOMBIANO. Publicaciones de Legis Editores S.A. Bogotá - Colombia, 1987.

RINCON PELAEZ, José. J. Jurisprudencia Penal Corte Suprema de Justicia 1985. Tomo I, Ediciones Librería Ley y jurisprudencia. Primera Edición, 1986.

RENDON ARANGO, Gabriel. El recurso de Casación en el Derecho Colombiano, Bogotá - Colombia. 1977.

TORRES ROMERO, Jorge Eduardo. El recurso de casación en materia penal. Bogotá, Colombia. Edición 1989.

PEREZ, Luis Carlos. Derecho Penal General y especial. Tomos I, II, III y IV. Bogotá - Colombia, Edición/85.