

**El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de la Corte Suprema de
Justicia**

Renán Piedrahita Jaramillo

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de Magister en
Derecho Penal
Modalidad: Profundización

Director: Profesor Juan Carlos Alvarez

UNIVERSIDAD EAFIT
Escuela de Derecho
Medellín
2012

Contenido

Introducción.....	3
1. El delito tráfico de influencias en la legislación colombiana.....	5
2. El bien jurídico protegido	
2.1. En la doctrina	7
2.2. En la jurisprudencia de la Corte.....	9
3. La estructura típica del delito de tráfico de influencias según la doctrina Colombiana	
3.1. Sujeto activo.....	11
3.2. Sujeto pasivo	13
3.3. Objeto material	14
3.4. Conducta	15
4. El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia: estructura típica.....	17
5. El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia: algunos problemas relevantes	
5.1. Los miembros de corporaciones públicas y el tráfico de influencias	20
5.2. El tráfico de influencias y la ausencia de lesividad en el bien jurídico de la Administración Pública	26
5.3. Tráfico de influencias y el concurso de delitos.....	29
5.3.1. Tráfico de influencias y la estafa	30
5.3.2. Tráfico de influencias y celebración ilícita de contratos.....	40
5.3.3. Tráfico de influencias y la concusión.....	43
5.3.4. Tráfico de influencias y la extorsión.....	46
5.3.5. Tráfico de influencias y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto...	47
6. Conclusión.....	48
7. Bibliografía.....	49

Introducción

El presente ensayo está dirigido al estudio desde la jurisprudencia del delito de tráfico de influencias (arts. 411 y 411 A). La justificación del estudio propuesto está dada por la necesidad de mirar la parte especial del Código Penal, en tanto que la mayoría de la doctrina nacional se ha interesado por el estudio de su parte general, recabando en los institutos que conforman el injusto penal y el tipo subjetivo, entre otros temas, sin mirar la necesidad de sentar las bases de interpretación y entendimiento de los delitos en particular, contenidos en la parte especial del Código Penal.

El estudio del tráfico de influencias tiene como motivación indagar si se trata de un delito que puede realmente tener aplicación práctica o si en realidad se trata de un tipo destinado a cumplir, como tantas veces ocurre en el derecho penal, una función simbólica, lo que en parte es coadyuvado, en muchas ocasiones por la falta de precisión de la descripción típica y la inseguridad que ello implica para el operador judicial ante la ambivalencia de su contenido, como podría ser el caso del delito de tráfico de influencias.

No obstante, y paradójicamente, como se mostrará en el desarrollo del trabajo, este delito está siendo utilizado en no pocas ocasiones, como una herramienta jurídica por el fiscal y juez para acomodar los comportamientos *non sanctos* de los servidores públicos de altas esferas del poder, que a pesar de incurrir en conductas que podrían merecer reproche social, no encuentran eco en adecuaciones típicas concretas.

Para abordar el estudio del tráfico de influencias, conviene señalar que viene consagrado desde tiempo atrás en la legislación colombiana, variando su contenido en diversos aspectos, tal como se desprende, por ejemplo un rápido vistazo a los artículos referidos a este delito a partir del código penal de 1936, del decreto ley 100 de 1980, la ley 190 de 1995, la ley 599 de 2000 y de la ley 1474 de 2011.

Para lograr el cometido y dado que se trata de un análisis del desarrollo de la figura en la jurisprudencia a partir de la vigencia de la ley 599 de 2000, se tendrán en cuenta, sin una pretensión exhaustiva, algunas de las opiniones de la doctrina nacional, para con base en ello y por supuesto, en el texto legal, adentrarnos en el

análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y concretamente para establecer hasta qué punto este delito se ha convertido en verdad en un tipo subsidiario porque muchas veces la conducta de traficar influencias es tratada como un medio comisivo de otros delitos más graves contra la administración pública o incluso, en algunas ocasiones, no es más que uno de los medios artificiosos utilizados para consumir el delito de estafa, que es como se sabe, un delito contra el patrimonio económico individual y no un delito contra la administración pública.

1. El delito tráfico de influencias en la legislación colombiana

La primera definición del delito objeto de estudio, con elementos muy distintos a los enunciados que le preceden, puede encontrarse en el artículo 198 del Código Penal de 1936, ubicado dentro del título IV, de los delitos contra la Administración de Justicia, capítulo III, De la colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros¹, y decía:

Artículo 198. El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de 15 días a 1 año y multa de 50 a 3.000 pesos.

Por su parte, en el Decreto-Ley 100, título III, capítulo V, artículo 147, se tipificó así:

Artículo 147. Tráfico de influencias para obtener favor de empleado oficial o testigo. El que invocando influencias reales o simuladas, reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto, o de algún testigo, incurrirá en prisión de 6 meses a 4 años y multa de 1.000 a 50.000.000 pesos.

Luego, en la Ley 190 de 1995 se reguló el tráfico de influencias de la siguiente manera:

Artículo 25. El artículo 147 del Código Penal quedará así:

Artículo 147. Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público. El que invocando influencias reales o simuladas reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

¹ Cfr. Ortega Torres, Jorge, Decreto 2300 de 1936 (septiembre 14), Código Penal y Código de Procedimiento Penal, décimosexta Edición, Actualizada, Editorial TEMIS, Bogotá, 1978, pág. 206. Se observa que para el año 1936 los artículos del código penal carecen de título, en tanto que para 1971 los artículos del código penal y de procedimiento penal vienen intitulados.

El tipo penal vigente es el consagrado en la ley 599 de 2000, modificada en lo pertinente por la ley 1474 de 2011, en la cual se tipifican dos modalidades del delito de tráfico de influencias, a saber:

Artículo 411, tráfico de influencias de servidor público. El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de 64 a 144 meses, multa de 133.33 a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de 80 a 144 meses.

Parágrafo- Adicionado. Ley 1474 de 2011, art. 134. Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal a favor de la comunidad o región².

Artículo 411 A, Tráfico de influencias de particular. El particular que ejerza indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como puede observarse se han producido cambios notorios en la tipificación de la conducta a lo largo de esta breve reseña legislativa, así por ejemplo, vemos que en algunas ocasiones el sujeto activo del delito no era cualificado, es decir, se tipificaba como un delito común, mientras que en otros casos se exige una calidad especial en el sujeto activo, eso es, la de servidor público o como ocurre en la actualidad en la que se prevé la posibilidad en la que existe un tipo especial con sujeto calificado y otra en la que puede ser sujeto activo cualquier persona, sin necesidad de una cualificación especial.

En lo referente al verbo rector también han sido notables los cambios, en la actualidad consiste en *utilizar* indebidamente influencias sobre servidor público, *con el fin* de obtener cualquier beneficio o provecho; mientras que antes, esto es, en el decreto 100 de 1980 y en el código penal de 1936 la conducta *consistía recibir o hacer dar o prometer dinero o dádiva, invocando influencias reales o simuladas*.

² Se denominan corporaciones públicas en Colombia el Congreso de la República, las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales (Cfr. Artículos 133, 299 y 312 de la Constitución Política), sus miembros elegidos mediante el voto popular son considerados servidores públicos para el derecho penal, véase, artículo 20/Ley 599 de 2000.

No obstante las diferencias en la tipificación, puede advertirse que todas convergen en que la conducta típica se dirige a ejercer influencias respecto de un servidor público –en la denominación actual o empleado oficial en la legislación anterior– que está conociendo de un asunto en el que aquél que utiliza las influencias, reales o simuladas, tiene interés.

2. El bien jurídico protegido

2.1. En la doctrina

El código penal, en el título XV, de los delitos contra la administración pública, sanciona una serie de comportamientos que afectan la actividad estatal en sus distintas manifestaciones. Se ha considerado que:

El ejercicio de la función pública debe estar sometido en un Estado Social de Derecho a ciertos criterios rectores que tienen que ver, entre otros, con la legalidad, la eficiencia y la honestidad en el desempeño mismo de la actividad de los órganos del poder público.³

Y es que, cuando de Administración Pública se habla, resulta obligado remitirse al artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, el que prescribe lo siguiente:

La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señala la ley.

Sin entrar en matizaciones y discusiones más de fondo que superan el interés de este trabajo podemos afirmar que el bien jurídico protegido por los delitos contra

³ Gómez Méndez, Alfonso, y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, 2ª Edición, Editora Universidad Externado de Colombia, julio 2004, pág. 29.

la administración pública, entre ellos el delito de tráfico de influencias, lo es el correcto funcionamiento de la administración pública.

Gómez Méndez y Gómez Pavajeau destacan:

Se busca proteger el 'instituto funcional'⁴ en orden a garantizar el cumplimiento en debida forma de las funciones estatales. Ello debe realizarse bajo estrictos parámetros guiados por los fines estatales y el interés general.⁵

Molina Arrubla por su parte, considera que el bien jurídico en el delito de tráfico de influencias se materializa en:

La buena imagen de la Administración y su buena marcha, las mismas que se verían afectadas y entrabadas si no se sancionará la conducta de aquellos que, ante terceros, crean la idea de venalidad, deshonestidad y corrupción en la Administración Pública⁶.

A su turno, Peña Ossa, señala:

En concreto, el interés protegido mediante la incriminación en estudio es el correcto funcionamiento de la administración pública, en cuanto a su prestigio y dignidad en la actuación de sus mismos representantes, quienes con su conducta de invocar influencias ante otro servidor público, hacen difundir la creencia de que esta se mueve a través de la presión, de intrigas y favorecimientos.⁷

En la doctrina española se ha dicho que el bien jurídico específicamente protegido en el tráfico de influencias puede ser:

a) el cumplimiento de los deberes del cargo; b) imparcialidad y el honor (prestigio de la administración); c) objetividad e imparcialidad de la administración.⁸

⁴ En la obra citada: Delitos contra la administración pública de los autores Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, págs. 59 a 67, explican que la afectación al bien jurídico como la deformación del correcto funcionamiento de la administración pública se traduce en la deformación del instituto funcional, deformación al instituto personal, deformación al instituto jurídico y deformación al instituto real, ahora bien, en lo que respecta al tráfico de influencias deforma el instituto funcional porque afecta los fines estatales y al interés general, en cuanto desvía la finalidad pública hacia intereses privados o particulares.

⁵ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, 2ª Edición, Editora Universidad Externado de Colombia, julio 2004, pág. 379

⁶ Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la administración pública*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1995. Pág. 309

⁷ Peña Ossa, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2005, p. 212

⁸ Ver por todos Cugat Mauri, Miriam, *La desviación general y el tráfico de influencias*, Barcelona, Cedes Editorial, 1997, pp.100-104.

2.2. En la jurisprudencia de la Corte

La Corte Suprema de Justicia considera que con el comportamiento enunciado y sancionado en el artículo 411 del código penal, tráfico de influencias, se lesiona la buena imagen de la administración pública aparte de cualquiera motivación del sujeto activo, véase lo dicho:

c) El uso de la indebida influencia puede darse bien en provecho del mismo servidor que la ejerce, o bien en provecho de un tercero. Con una u otra forma de actuar es claro que la administración sufre ante la comunidad un desmedro en su imagen⁹.

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, alude al bien jurídico tutelado por el título XV del Código Penal de la forma siguiente:

El bien jurídico protegido, de acuerdo con la prescripción legal, es la Administración pública. Se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguardia apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de sus derechos en la comunidad¹⁰

Sobre el bien jurídico de la administración pública también ha dicho la Corte Suprema:

En consecuencia, la Corte aborda el análisis de la conducta en el punto de la motivación de la decisión, de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales, pero destaca que, el análisis jurídico penal, se contraerá al acto concreto de haber accedido y consentido comprometer una decisión que debía ser libre y orientada por el íntimo convencimiento, para que se produjera de una determinada manera a cambio de recibir ciertas utilidades, con lo cual se menoscabó el bien jurídico de la administración pública

Ese interés jurídico como concepto que sintetiza el contenido material de los tipos penales, se entiende como manifestación de los principios constitucionales, no solamente en cuanto a constituirse en límite de la intervención penal sino también en cuanto a que a través de ellos adquiere su real dimensión como bien jurídico

⁹ Corte Suprema de Justicia. Auto del 2 de marzo de 2005, Radicado N° 21.678, MP. Mauro Solarte Portilla

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Casación 13922, 19 de mayo de 1999, M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego, disponible en www.cortesuprema.gov.co, consultado 24 agosto de 2012.

funcional, nutrido de valores que honran el ejercicio de la democracia y la igualdad de oportunidades que la ley otorga a los particulares para acceder a la administración, englobando atributos de moralidad, integridad, transparencia, igualdad y eficacia, que conforman los derroteros que deben regir las relaciones entre servidores estatales y asociados en procura de la materialización de un orden justo, como lo proclama e impone la carta.¹¹

Como puede verse, la Corte Suprema de Justicia insiste en que los delitos contra la administración pública tutelan el correcto funcionamiento de esta administración, pero cada uno de ellos salvaguarda un objeto particular de ella y como se dijo en principio de este acápite, en el delito de tráfico de influencias corresponde a la tutela de la buena imagen del Estado.

De acuerdo con el libro segundo, título III - hoy, título XV- del C. P., el bien jurídico protegido en el delito examinado es el correcto funcionamiento de la administración pública. La distribución de los tipos legales en capítulos, con sus respectivas denominaciones, significa que en cada caso se tutela una dimensión distinta de la administración pública, pues sería diverso el amparo según se trate del peculado, o la concusión, el cohecho, la celebración indebida de contratos, *el tráfico de influencias*, el enriquecimiento ilícito, el prevaricato, el abuso de autoridad y otras infracciones, la usurpación y abuso de funciones públicas, o los delitos contra servidores públicos. Y es distinto el ámbito de protección, siempre dentro de la administración pública, no sólo por la variedad existencial de las conductas y los modos de comisión, sino también por los sujetos que en cada caso se ven involucrados.

Ahora bien, la misma definición de los tipos legales, como conductas prohibidas, delimita el ámbito de protección penal del bien jurídico de la administración pública, que de otra manera quedaría expuesto a interpretaciones amplias y extrajurídicas nocivas a los principios de seguridad jurídica y legalidad.¹²

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Sentencia de Única Instancia, radicado 22.453, del 26 de junio de 2008, disponible en www.cortesuprema.gov.co, consultado 24 agosto de 2012.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, Sentencia del 8 de febrero 2001, M. P. Jorge Aníbal Gómez Gallego, tomado del *Manual de Derecho Penal, parte especial*, tomo ii, Coordinador de colaboradores Carlos G. Castro Cuenca, colaborador Jaime Lombana Villalba, Editorial Temis, 2011, Bogotá, página 238.

3. La estructura típica del delito de tráfico de influencias según la doctrina Colombiana

3.1. Sujeto activo

Puede ser el servidor público, como también el particular. El tráfico de influencias se comete por un servidor público cuando "... utiliza indebidamente influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función" (artículo 411); en tanto que, lo comete el particular cuando "... ejerce indebidamente influencias sobre un servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya de conocer, con el fin de obtener cualquier beneficio económico" (artículo 411 A).

En lo que respecta al servidor público como sujeto activo de la conducta ilícita de tráfico de influencias se le exige:

Cierto y real poder de influencia, esto es, combate los verdaderos abusos del poder, toda vez que el tipo antiguo reprimía conductas que en la gran mayoría de las veces son llevadas a cabo por sujetos sin mayor capacidad de daño, lo que indicaba que sus destinatarios era 'los de ruana'¹³.

Respecto del servidor público en los delitos especiales ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

Tal expresión constituye un ingrediente normativo del tipo, predicado en este caso del sujeto activo, cuyo significado y alcance debe ser precisado por el intérprete mediante un juicio de valor, elemento de contenido jurídico, es decir, es un concepto que se debe precisar acudiendo a una sustentación en derecho.¹⁴

También habrá de tenerse en cuenta que se deja por fuera, en algunos eventos, a los miembros de corporaciones públicas como potenciales autores del delito de tráfico de influencias, pues la última modificación al título de los delitos contra la administración pública adiciona un párrafo al artículo 411 que exime de

¹³ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, 2ª Edición, Editora Universidad Externado de Colombia, julio 2004, pág. 373

¹⁴Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 3 diciembre 1991, M.P. Ricardo Calvete Rangel.- No obstante cabe precisar que el artículo 20 de la ley 599 de 2000 delimita, sin perjuicio de que el juez de todas formas debe precisarlo en el caso concreto, el concepto de servidor público. Véase además la noción de servidor público contenida en la sentencia de la Corte Constitucional C-299 de 1994.

imputación por tal conducta a los concejales, diputados y congresistas (ley 1474/2011, art. 134), siempre y cuando “intervengan ante servidor público o entidad estatal a favor de la comunidad o región”.

En lo atinente al particular que ejerce tráfico de influencias (art. 411 A), resulta claro que el sujeto activo puede ser cualquier persona a quien se le reprocha el comportamiento con el cual busca esquilmar el patrimonio de quien atiende el artificio de presumir relaciones *non sanctas* con servidores públicos, sin que éstos tengan conocimiento del asunto.

Dada la redacción de la norma (art. 411 A), resulta atípica la conducta por carencia de relevancia penal en los casos en los que el sujeto activo que simula amistad con un servidor público le ofrece al particular sus influencias a cambio de dádivas o favores sin contenido patrimonial, drástica tal apreciación pero así lo dispone el contenido de la norma en cita; ahora bien, en caso de que el sujeto activo cuente con reales influencias y las utiliza de manera efectiva a cambio de dádivas o favores de contenido patrimonial incurre en atentado contra la administración pública (capítulo 3º, título XV, libro II del código penal).

La calidad especial requerida para ser sujeto activo de un delito contra la Administración Pública es la de servidor público a quien se le reprocha:

La violación de la confianza dispensada por el Estado a su funcionario y en la trasgresión de la consiguiente lealtad por éste debida, relación recíproca que impone un deber irreductible al servidor público respecto de las funciones que concreta y específicamente le ha encomendado el poder público¹⁵

La Constitución Política, que en su artículo 123, define el concepto de servidor público como la persona que está “... al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento¹⁶.” La misma norma los ha clasificado en tanto que en el inciso primero refiere que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; y los particulares que en algunos casos desempeñen funciones públicas.

¹⁵ Salazar Marín, Mario. *Autor y partícipe del injusto penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1992, pág. 70.

¹⁶ Gómez Sierra, Francisco, *Constitución Política de Colombia*, Decimonovena edición, Editorial LEYER, 2.004

Clasificación que retoma la legislación penal en el artículo 63 del Decreto 100 de 1980, para aquella época se definía como ‘empleado oficial’ al agente que prestaba sus servicios a la administración pública, nominación que mutó a la de ‘servidor público’ con el artículo 18 de la Ley 190 del año 1995 y sigue vigente con la Ley 599 el 2000:

Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

Para Peña Ossa, el sujeto activo además de ser cualificado, debe influir en el funcionario que tiene a cargo el asunto que le interesa, veamos:

Habría que especificar que el servidor público ante quien otro ejerce las influencias debe tener poder de decisión en relación con el asunto, pues de otra manera no puede decirse que éste se encuentra bajo su conocimiento o lo pueda estar.¹⁷

3.2. *Sujeto Pasivo*

En principio, el Estado es el sujeto pasivo del delito de tráfico de influencias, la doctrina así lo explica:

El Estado, persona jurídica titular del bien jurídico tutelado en forma prevalente. La acción en apariencia recae sobre particulares, por cuanto puede verse afectado su patrimonio por la acción del agente (servidor público y particular), pero ellos no

¹⁷ Peña Ossa, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2005, p. 213

asumirán la calidad de sujetos pasivos si no de perjudicados, ya que su patrimonio económico no es el bien jurídico primordial¹⁸.

Sin embargo, otros autores¹⁹ consideran que la conducta es pluriofensiva, por tanto, el sujeto pasivo no sólo es el Estado (título XV), sino también, el patrimonio económico (título VII) de quien paga por la influencia.

Evidentemente, cuando se trata de analizar al particular afectado con este comportamiento delictual, en tanto sujeto pasivo de esta infracción a la ley penal, habrá de decirse que él aparece como un sujeto pasivo secundario, no esencial, de esta forma delictual²⁰

Para Peña Ossa, el sujeto pasivo es:

El Estado, como titular del bien jurídico de la administración pública y como afectado con la conducta de su representante que trafica con la influencia de otro, es el sujeto pasivo de este delito.²¹

3.3. Objeto material

El objeto material inmediato de las dos infracciones (arts. 411 y 411 A) es de carácter personal, porque es el otro servidor público hacia el cual se dirigen las indebidas influencias y de quien se espera la obtención del beneficio para sí o para otro.

Se trata de un objeto material de naturaleza personal, empero, lo que se pretende por el sujeto activo debe tener relación con el cargo o función pública que ejerce el sujeto pasivo. 'En asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer'²².

¹⁸ Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Manual del Derecho Penal*. Ediciones doctrina y ley Ltda. Bogotá, 2005, en el mismo sentido Peña Ossa, Erleans, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, pág. 213.

¹⁹ Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la administración pública*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1995; Gómez Méndez, Alfonso. *Delitos contra la administración pública en Derecho Penal Especial de autores varios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1985, Pág. 20; Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de derecho penal especial*. Departamento de publicaciones Universidad de Medellín. Medellín, 1985, 2ª Ed. Pág. 112.

²⁰ Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la administración pública*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1995.

²¹ Peña Ossa, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2005, p. 212

²² Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Op. Cit. pág. 379. En el mismo sentido, Gómez Méndez, Alfonso. *Delitos contra la administración pública en Derecho Penal Especial de autores varios*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. 1985, Pág.

Agregase como objeto material mediato el patrimonio económico de quien ha resultado esquilmo por el particular que ha ejercido influencias reales o simuladas sobre servidor público para la obtención de tal provecho.

Una vez referida la conducta del agente delictual al interesado, ante quien expone o invoca sus influencias para ante el servidor público que tiene a su cargo resolver o atender el pedimento o asunto que le atañe a aquél, se tiene que la conducta del primero se orienta hacia el patrimonio económico del segundo, toda vez que, al fin de cuentas, lo que persigue con su actuar es obtener un provecho de tal índole, representado en dinero o en cualquier dádiva, con lo que el Objeto Material Mediato de este comportamiento delictual, será de carácter Real, en la medida en que se refiere al provecho económico pretendido.²³

3.4. Conducta

Consiste en ‘utilizar’ indebidamente las influencias derivadas del cargo o de la función pública que se ejerce. *“Utilizar es un verbo transitivo que significa aprovecharse de algo.”*²⁴

Pero el particular lo que hace es ‘ejercer’ indebidamente la influencia sobre servidor público para obtener provecho de contenido patrimonial. *“Ejercer es un verbo transitivo que significa realizar sobre alguien o algo una acción, influjo, etc. Realizó presión sobre las autoridades.”*²⁵

Ambas influencias (arts. 411 y 411 A) deben tener relación con el cargo o la función del servidor público receptor, no se trata de influencias por razones personales, profesionales o gremiales, en estos casos, no se estaría abusando del buen nombre de la administración pública; por ello, además de tener relación con el cargo o la función, las influencias tienen que ser indebidas.

20 Ortiz Rodríguez, Alfonso. *Manual de derecho penal especial*. Departamento de publicaciones Universidad de Medellín. Medellín, 1985, 2ª Ed. Pág. 112.

²³ Molina Arrubla, Carlos Mario. *Delitos contra la administración pública*. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1995. Pág. 312

²⁴ Real Academia Española. <http://lema.rae.es/drae/>, consultado el 24 de agosto de 2012

²⁵ Real Academia española. <http://lema.rae.es/drae/>

Lo indebido, como elemento normativo del tipo, es aquello que no está conforme con los parámetros de conducta de los servidores públicos diseñados por la Constitución, la ley o los reglamentos a través de regulaciones concretas o los que imponen los principios que gobiernan la Administración Pública.²⁶

Cancino, por su parte señala que:

La conducta consiste en ‘utilizar indebidamente en provecho propio o de un tercero...’lo que nos permite predicar que existió una redundancia por parte del legislador, ya que el término en *provecho propio o de un tercero* es actitud indebida por lo cual hubiera bastado la segunda de las expresiones.”²⁷

Como las influencias tienen que ser indebidas, tienden a torcer el correcto funcionamiento de la administración pública, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, expone:

Pero no toda influencia puede ser punible, sino aquella que sea indebida; se entiende por indebido aquella que está por fuera del deber; y el deber, en el servidor público está centrado, como ya se decía, en el servicio a la comunidad. Ese es su norte y su esencia²⁸.

De otra parte, Henao Cardona y Castro Cuenca consideran que, siguiendo a Muñoz Conde, la conducta típica común a los delitos de tráfico de influencias es la de ‘influir’.

Verbo rector cuya definición ha sido explicada de múltiples maneras: Orts lo define como una presión, Mir Puig y Cugat Mauri la entiende como una forma de inducción; Campos Navas la identifican como la sugestión, inclinación, invitación o una instigación que una persona lleva a cabo sobre otra para alterar el proceso motivador de esta; Garcia Planas la entiende como un poder, valimiento, autoridad de una persona para con otra u otras, o para intervenir en un negocio, y Berdugo Gómez de la Torre como el ejercicio del predominio o fuerza moral en ánimo del otro.²⁹

²⁶ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Op. Cit. pág. 380

²⁷ Cancino, Antonio José, “*Delitos contra la administración pública*” en AA.VV., *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pág. 134.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Auto del 2 de marzo de 2005, Radicado N° 21.678, M.P. Mauro Solarte Portilla

²⁹ Henao Cardona, Luis F, y Castro Cuenca, Carlos G, *Urbanización Ilegal y otros delitos relacionados con la corrupción*, en AA.VV., *Manual de Derecho Penal, parte especial, tomo ii*, Bogotá, Universidad El Rosario y Editorial Temis, 2011, paginas 408 y 409, citan a pie de página la bibliografía de las obras de cada uno de los autores citados.

4. El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia: estructura típica

Una vez explicada la estructura típica del delito de tráfico de influencias en forma breve con apoyo de la doctrina nacional, se pretende ahora constatar qué tratamiento le ha dado la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia al delito de tráfico de influencias en la vigencia de la ley 599 de 2000 y derivar de ello algunas conclusiones, que más que respuestas son preguntas que podrían orientar nuevas líneas de investigación sobre este delito.

Los elementos del tipo penal de tráfico de influencias (art. 411 de la ley 599 de 2000), según la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³⁰, son los siguientes:

En efecto, debe partirse por precisar que el delito de tráfico de influencias se encuentra descrito en el artículo 411 del Código Penal en los siguientes términos:

Tráfico de influencias de servidor público. El servidor público que utilice indebidamente, en provecho propio o de un tercero, influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cien (100) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de cinco (5) a ocho (8) años”.

Conducta punible respecto de la cual, en lo que atañe a su configuración, tiene dicho la Sala que se requieren los siguientes elementos:

“a) Que el agente sea un servidor público, esto es, una persona que esté vinculada con el Estado en forma permanente, provisional o transitoria.

b) Que dicho servidor haga uso indebido de influencias derivadas del ejercicio de su cargo o función. Es decir, que aprovechando la autoridad de que está investido, por su calidad de servidor público, ejerza unas determinadas influencias.

³⁰Véase auto rad. 21.678 de marzo 2 del año 2.005, M.P. Mauro Solarte Portilla, y también la sentencia número 34.908 de julio 21 del año 2.011, M. P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Pero no toda influencia puede ser punible, sino aquella que sea indebida; se entiende por indebido aquella que está por fuera del deber; y el deber, en el servidor público está centrado, como ya se decía, en el servicio a la comunidad. Ese es su norte y su esencia.

c) El uso de la indebida influencia puede darse bien en provecho del mismo servidor que la ejerce, o bien en provecho de un tercero. Con una u otra forma de actuar es claro que la administración sufre ante la comunidad un desmedro en su imagen.

d) La utilización indebida de la influencia, debe tener como propósito el obtener un beneficio de parte de otro servidor público, sobre un asunto que éste conozca o vaya a conocer.

O lo que es lo mismo, la influencia mal utilizada, para estructurar el punible, debe ejercerse para que otro servidor del Estado haga u omita un acto propio de sus funciones, esto es, que esté dentro del resorte de su cargo³¹.

En un caso en el que se juzgó un congresista, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el presente año (2012³²), explicó y desarrolló algunos de los anteriores elementos del tipo en los siguientes términos:

Los hechos que originan la investigación por parte de la Sala Penal de la Corte Suprema se deben a que se le atribuye a (la) representante a la Cámara, periodos 2006-2010 y 2010-2014, la acción de presionar al magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura, por intermedio de sus superiores del Consejo Superior de la Judicatura (tres magistrados), para sancionar disciplinariamente a un abogado litigante, dentro del proceso adelantado a raíz de la queja instaurada por el esposo de la congresista.

Consideró la Corte Suprema que el comportamiento atribuido a la Representante a la Cámara encaja con la descripción típica del artículo 411 de la Ley 599 de 2000 (modificado por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en cuanto a los límites punitivos), porque la servidora pública (representante a la Cámara) actuó en provecho de su marido y en detrimento de un enemigo de éste. Su conducta consistió en aprovecharse de sus relaciones públicas y de su posición como congresista para ejercer de manera indebida influencias en el magistrado encargado de decidir la suerte del abogado. Lo hizo por intermedio de los superiores funcionales y jueces en materia disciplinaria de este último, todos ellos de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Y la acción se

³¹ El ya citado Auto del 2 de marzo de 2005, Radicado N° 21.678, M.P. Mauro Solarte Portilla

³² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 30.682 del 23 de mayo de 2012, M.P. Dr. Julio E. Socha Salamanca.

tradujo en las exigencias o sugerencias que tales personas le hicieron al funcionario de inferior rango para sancionar al abogado.

El tipo penal, como se deriva de lo transcrito en el capítulo de la imputación jurídica, cuenta como ingrediente subjetivo el de 'obtener cualquier beneficio derivado del ejercicio de parte de servidor público'. La conducta de tráfico de influencias de servidor público puede tener como fin último un acto, decisión o reconocimiento que podría reputarse acorde con el ordenamiento jurídico, pero también una acción de carácter ilegal o incluso delictiva. Por lo tanto, si se le pidió emitir un fallo de condena dentro de un asunto cuya acción disciplinaria ya prescribió, habría un mayor grado de reproche, pues sería una conducta relacionada con la comisión de otros delitos. En este caso, el menoscabo a los principios que rigen a la administración pública en general, y a la de justicia en particular, tendría más intensidad.

De otra parte, la demostración de los elementos subjetivos del tipo no se prueban con el recaudo de pruebas alusivas a hechos psíquicos, sino de la valoración de los datos objetivos con los que cuenta la actuación. Y, en este caso, es posible afirmar que la procesada sí ejerció influencias indebidas para que (los tres altos magistrados) presionaran a su inferior, independientemente de que no se adviertan los intereses, motivaciones o mecanismos psicológicos que los hayan impulsado a obrar de esa manera y no a comportarse como la majestad o elevada responsabilidad de su función pública lo requería.

Como que el argumento defensivo se circunscribe a supuestas teorías conspirativas para desprestigiar a la congresista, pero, la Sala reitera que el tipo de tráfico de influencias de servidor público puede ser cometido por cualquiera que cumpla la calidad del sujeto activo e influya indebidamente en otro servidor público en razón del ejercicio de su cargo, circunstancia independiente al reconocimiento de la relevancia social de este último.

Por último, concluye la providencia que dado que en el comportamiento típico de la congresista no medió cumplimiento de deber jurídico alguno, ni cualquier otra circunstancia o precepto permisivo que justifique o devengue en lícita la conducta, aunado a que es persona imputable, quien al momento de vulnerar el bien jurídico tuvo capacidad para comprender la ilicitud de su acto y determinarse de acuerdo con esa comprensión, la Sala declarará que es responsable del delito de tráfico de influencias de servidor público, de conformidad con lo establecido en el artículo 411 de la Ley 599 de 2000 y agravado por los numerales 9 y 10 del artículo 58 del Código Penal.

5. El delito de tráfico de influencias en la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia: algunos problemas relevantes

5.1. Los miembros de corporaciones públicas y el tráfico de influencias

La ley 1474 de 2011 adicionó una eximente de responsabilidad específica para el delito de tráfico de influencias a favor de los miembros de las Corporaciones Públicas del siguiente tenor:

Parágrafo- Adicionado. Ley 1474 de 2011, art. 134. Los miembros de corporaciones públicas no incurrirán en este delito cuando intervengan ante servidor público o entidad estatal a favor de la comunidad o región.

No obstante la anotada previsión legislativa, ya en el año 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia³³, había dicho que los congresistas a pesar de incurrir en tráfico de influencias se eximen de persecución penal. Según la Corte, si bien, para el caso sometido a estudio se cuenta con una correcta adecuación típica dentro del artículo 411 del Código Penal, que no es otro que el delito de tráfico de influencias:

Resulta ser el modelo legal a partir del cual deba examinarse la conducta imputada a los Parlamentarios como quiera que, desde diferentes perspectivas se sostiene, que la aprobación preferente de los proyectos por ellos gestionados ante el DRI, aunada al incumplimiento de una serie de requerimientos de orden legal y técnico por parte de los directivos de dicho fondo, dan lugar a inferir que los Congresistas, valiéndose de su investidura, hicieron que la balanza se inclinara en torno a sus propuestas.

Desde esta óptica, preciso es señalar que en términos del tipo penal en comento, la conducta prohibida está condicionada a que el servidor haga uso indebido de la influencia derivada del cargo, lo que supone, por sustracción de materia, que quedan por fuera de tal prohibición los eventos en que la intervención por parte del servidor público ante otro servidor público, demandando de él algún tipo de actuación, hace parte de las funciones o facultades del primero y, por ende, no corresponde a un desbordamiento de la investidura, sino al ejercicio legítimo de ella.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sent. Rad. 19.379 del 16 de febrero de 2.005, M. P. Marina Pulido Barón.

En dicho sentido, la Ley 5° de 1992, por la cual se expide el reglamento del Congreso de la República, en punto al régimen de incompatibilidades aplicables a los Parlamentarios, expresamente prescribe como excepciones al mismo, las siguientes:

Artículo 283.- Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

6. Adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales.

(...)

8. Intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado en la obtención de cualquier tipo de servicios y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para beneficio de la comunidad colombiana.

De la anterior disposición, nítido surge que existe una cláusula de permisión para los miembros del Legislativo, por virtud de la cual les es posible intervenir directamente ante el Gobierno Nacional en la consecución de ayudas y recursos para sus regiones, siempre que tales peticiones estén dirigidas a la satisfacción de intereses colectivos, de manera que, obrar en dicho sentido, no puede, a su vez, constituir conducta delictiva, como se sugiere en estas diligencias. Agréguese que sobre la constitucionalidad de la disposición atrás mencionada, tuvo ocasión de pronunciarse la Corte Constitucional, mediante sentencia C-497 de 1994, señalando:

El numeral 6° acusado faculta a los integrantes de las cámaras para ‘adelantar acciones ante el Gobierno en orden a satisfacer las necesidades de los habitantes de sus circunscripciones electorales’. El numeral 8°, también objeto de impugnación, los autoriza para ‘intervenir, gestionar o convenir en todo tiempo, ante los organismos del Estado, en la obtención de cualquier tipo de servicio y ayudas en materia de salud, educación, vivienda y obras públicas para el beneficio de la comunidad colombiana’.

Estos preceptos deben relacionarse necesariamente con el numeral 2° del artículo 180 de la Constitución, que prohíbe a los miembros del Congreso gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas.

Es claro que, al adelantar acciones ante el Gobierno para buscar satisfacción de las necesidades de los habitantes de una parte del territorio nacional, el

congresista está gestionando algo a nombre de otros, ante una entidad pública.

Pero, analizado el contenido de las excepciones, se encuentra que no consisten en la posibilidad de intermediar para servir intereses particulares, evento en el cual ellas harían perder todo vigor a la disposición constitucional hasta el extremo de dejarla sin sentido, sino que están orientadas a fines de interés general que los pobladores de la respectiva circunscripción electoral canalizan a través de quien, en el plano nacional, actúa como su representante.

Los preceptos, así entendidos, no se oponen a la Constitución Política, sino que, por el contrario, encajan dentro del papel que en la democracia ha sido atribuido a los congresistas, quienes tienen a su cargo una función representativa de los intereses de la comunidad, a cuyo servicio se encuentran, como todos los servidores públicos, según el artículo 123 de la Constitución.

Si la filosofía de las incompatibilidades radica, como se deja dicho, en la necesidad de impedir que la investidura congresional sea utilizada para beneficio puramente privado, los numerales atacados no desconocen el principio que las sustenta, desde el momento en que, por estar referidos a aspiraciones de naturaleza colectiva y al bien público, excluyen de plano todo asomo de interés personal.

En la misma dirección, se pronunció la Corte Constitucional:

La Carta autoriza que el Congreso aumente partidas del proyecto presentado por el Gobierno, o incorpore nuevas apropiaciones, siempre que cuente con la aceptación del Ministro de Hacienda (CP art. 351). Es pues posible que los congresistas realicen gestiones para lograr la aprobación de ese tipo de partidas, siempre y cuando su actividad no esté orientada por intereses individuales sino a satisfacer las necesidades de los habitantes del territorio que ellos representan. Y es que no se puede olvidar que los congresistas, si bien deben votar consultando el bien común, también son responsables políticamente frente a sus electores (CP art. 133)³⁴.

Lo reseñado permite concluir que los parlamentarios cuando gestionan ante las entidades encargadas de financiar los proyectos formulados con anterioridad,

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1168 de 2001, MP. Eduardo Montealegre Lynett

proyectos orientados de manera indiscutible a la satisfacción de necesidades básicas de los habitantes de los municipios que se beneficiarían de ellos, esa gestión posterior no puede considerarse tráfico de influencias, tal cargo deviene atípico, en tanto no se corresponden con el uso indebido de influencia que derive del cargo o de la función, ejercida ante otro servidor para obtener de él un beneficio en provecho propio o de tercero, pues, evidentemente, la actuación desarrollada ante el organismo que financia los proyectos resulta legal.

5.1.1. Luego en el año 2009, vuelve la Corte Suprema de Justicia³⁵, a referirse a la exigente de responsabilidad penal para los congresistas en relación con el delito de tráfico de influencias, esta vez, los hechos que vinculan a una parlamentaria se circunscriben a que: “en su condición de primera vicepresidente de la Cámara de Representantes, mediante comunicaciones del 31 de enero de 2006, requirió del Comandante y del Segundo Comandante de la Fuerza Aérea Colombiana, el apoyo de un vuelo para trasladar alimentos donados por la Red de Solidaridad Social hasta el municipio de Inírida, Guainía”. Se probó, advierte la decisión, que lo transportado no correspondía a donación alguna y las personas no eran indígenas, por el contrario eran cercanos a la congresista, entre ellos su hermana.

Alegó la defensa que todo trataba del tráfico de influencias autorizado única y exclusivamente para los miembros de corporaciones públicas:

Esto resulta relevante, aduce el abogado defensor, porque de atenderse la tesis de la Sala, los numerales 6° y 8° del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, convirtieron en función de los miembros del Congreso, al exceptuarlas del régimen de inhabilidades, el adelantar ante el Gobierno nacional diligencias para satisfacer las necesidades de los habitantes de sus regiones e intervenir o tramitar ante organismos estatales la obtención de cualquier tipo de servicio o ayuda a sus comunidades.

La Corte Suprema hace la diferencia entre que puede ser acto constitutivo del delito de tráfico de influencias por parte de un parlamentario y acto propio de la gestión encomendada a los congresistas en beneficio de las comunidades que los eligen, para ello consideró:

³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de Única Instancia, radicado 27.339 del 17 de junio de 2009, Magistrada ponente María del Rosario González de Lemos.

La evolución de la jurisprudencia ha llevado a precisar, como señaló la Sala en oportunidad reciente³⁶, que influenciar otros funcionarios públicos para obtener el nombramiento de determinadas personas en cargos de igual naturaleza, hipótesis abordada en las decisiones citadas por el defensor, es una conducta relacionada, no con el ejercicio de sus funciones de Congresista, sino con el de su cargo, cuya dignidad, abusivamente, se impone.

Además, mientras dicho comportamiento no está permitido a los Legisladores, pues fue previsto como causal de pérdida de investidura³⁷, la gestión en beneficio de su comunidad constituye una excepción a la incompatibilidad. Resta señalar que esta Sala ya había analizado el tema en discusión, al concluir que las diligencias cumplidas por un Congresista en orden a obtener inversiones para su región, no constituyen conducta punible, pues al contrario, responden al ejercicio legítimo de las atribuciones de estos servidores, en especial de los Representantes a la Cámara, quienes por ser elegidos a través de circunscripciones electorales, tienen compromiso directo con la comunidad a la cual representan³⁸.

La tesis no responde, entonces, al capricho de la Corporación; al contrario, atiende las precisiones que al respecto hizo la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de los numerales 6° y 8° del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992 en los siguientes términos:

Estos preceptos deben relacionarse necesariamente con el numeral 2° del artículo 180 de la Constitución, que prohíbe a los miembros del Congreso ‘gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas’. Desde luego, por virtud de la misma norma, podía el legislador establecer las excepciones correspondientes. Es claro que, al adelantar acciones ante el Gobierno para buscar satisfacción de las necesidades de los habitantes de una parte del territorio nacional, el congresista está gestionando algo a nombre de otros, ante una entidad pública.

Pero, analizado el contenido de las excepciones, se encuentra que no consisten en la posibilidad de intermediar para servir intereses particulares, evento en el cual ellas harían perder todo vigor a la disposición constitucional hasta el extremo de dejarla sin sentido, sino que están orientadas a fines de interés general que los pobladores de la respectiva circunscripción electoral canalizan a través de quien, en el plano nacional, actúa como su representante.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 27/05/09

³⁷ Ley 5ª de 1992, artículo 296 numeral 5

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto 23/02/0 Rad. 22453

Los preceptos, así entendidos, no se oponen a la Constitución Política, sino que, por el contrario, encajan dentro del papel que en la democracia ha sido atribuido a los congresistas, quienes tienen a su cargo una función representativa de los intereses de la comunidad, a cuyo servicio se encuentran, como todos los servidores públicos, según el artículo 123 de la Constitución.

Si la filosofía de las incompatibilidades radica, como se deja dicho, en la necesidad de impedir que la investidura congresional sea utilizada para beneficio puramente privado, los numerales atacados no desconocen el principio que las sustenta, desde el momento en que, por estar referidos a aspiraciones de naturaleza colectiva y al bien público, excluyen de plano todo asunto de interés personal³⁹.

Ha de concluirse, entonces, que la (congresista) en ejercicio de su función de representación, tenía la facultad de adelantar gestiones ante el Gobierno nacional y las entidades públicas adscritas a él, siempre y cuando dichas actividades tuvieran los específicos propósitos indicados en las normas aludidas, pudiendo, en consecuencia, extender comunicaciones con destino a esas entidades para obtener atención adecuada a los intereses de sus electores.

Por consiguiente, consideró la Corte que la carga transportada por la fuerza área en virtud de influencias de la congresista, así fuere ajena a las donaciones, igual las personas no fueran indígenas como en su carta rogatoria lo afirma, de todas maneras eran favores dirigidos a la comunidad que la eligió y por ello fue exonerada de responsabilidad penal por la eximente normativa respecto de que le es autorizado gestionar a favor de su electorado.

5.1.2. De otra parte, caso de no existir tal párrafo del artículo 411 del código penal y de acuerdo a las funciones que la Constitución Política atribuye a los congresistas, para los mismos sería aplicable eximente de responsabilidad descrita en el numeral 5° del artículo 32 de la ley 599 de 2000 (Código Penal), porque se obra “... en legítimo ejercicio... de un cargo público”, con lo que se excluye la antijuridicidad de la conducta dado que la influencia desplegada a favor de las regiones resulta ser lícita.

El fundamento de esta eximente de responsabilidad penal radica según lo planteado por Velásquez, en que “Solo el principio del interés preponderante explica

³⁹. Corte Constitucional, Sentencia C-497 del 3/11/1994. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

cabalmente esta causal de exclusión de la antijuridicidad..."⁴⁰. En el caso que nos ocupa es obvio que ese interés preponderante es el servicio que deben prestar los parlamentarios a las comunidades que los eligieron y ello explica, al menos en parte la previsión constitucional a la que ya se ha hecho referencia. Así las cosas y de acuerdo con los requisitos de esta eximente, vemos que para el caso se cumplen, así: (1) la existencia del cargo público –ser senador o representante en ejercicio-, (2) el ejercicio debe ser legítimo –ley 5 de 1992, artículo 283, numerales 6 y 8-, (3) la persona debe actuar dentro del servicio y con ocasión de éste –gestionar a favor de sus regiones-, (4) el ejercicio de la actividad correspondiente no debe implicar atentado grave contra la dignidad humana, y (5) el agente debe actuar con la finalidad de cumplir el servicio público y no para obtener dádivas o favores personales⁴¹.

5.2. El tráfico de influencias y la ausencia de lesividad en el bien jurídico de la Administración Pública.

En el año 2010, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁴², al conocer de un asunto relacionado con el delito de tráfico de influencias, examinó anónimo que imputaba cargos a un Representante a la Cámara por varios delitos, entre ellos el delito de tráfico de influencias.

En lo que respecta al delito de tráfico de influencias en concreto se afirma que el congresista influenció ante el Presidente de la República, para que nombrara a su hermano como representante del Gobierno Nacional y miembro de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de su ciudad natal.

Según la Corte Suprema, no se observa la tipificación del delito de tráfico de influencias de servidor público, en el evento en que hubiera mediado ante el Gobierno Nacional, toda vez que la simple recomendación para la ocupación de un cargo no constituye la vulneración del bien jurídico de la administración pública.

⁴⁰ Velásquez Velásquez, Fernando. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tercera edición, Comlibros, 2007, Medellín, págs. 377.

⁴¹ Tomado de la misma obra citada, Velásquez V., Fernando, págs. 378 y 379.

⁴² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 34.056 de septiembre 8 de 2.010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

Precisamente, sobre el tema de las recomendaciones en estos casos, se ha pronunciado la Sala en los siguientes términos⁴³:

Hermenéutica que ha llevado a la Sala a considerar que la sola recomendación para ocupar un cargo o la postulación abierta no configura una influencia punible, excepto que la misma esté asociada a presiones o a un evidente favoritismo hacia un candidato que no satisfaga las exigencias legales, o que esté en menos condiciones de quien lo ocupa; dado que en estas hipótesis es palmar que los fines perseguidos son los de beneficiar a un particular soslayando el bien común.

5.2.1. En el año 2011, son varias las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con el delito de tráfico de influencias, sin embargo, sólo nos ocuparemos en este trabajo, de la sentencia número 34.908⁴⁴, en la cual la Corte Suprema se inhibe de abrir investigación a favor de dos congresistas por el delito de tráfico de influencias.

Los hechos se refieren un escrito mediante el cual se denunció que dos Representantes a la Cámara, para el periodo constitucional 2010-2014, estaban dedicados a traficar con influencias al dedicarse a negociar con el Gobierno Nacional los nombramientos de los directivos de los institutos descentralizados existentes en su región de influencia, como contraprestación al apoyo a la campaña presidencial.

La Corte revisa el asunto y considera que la iniciación de una investigación penal no solo exige el conocimiento serio y confiable de la probable ocurrencia de una conducta punible, sino también que, desde el punto de vista del imputado, en cuyo favor prevalece el principio constitucional de presunción de inocencia, conforme lo ha reiterado la Sala⁴⁵, resulta abusiva cuando no existe ese mismo conocimiento en relación con su posible participación en el delito que se le endilga, pues, el ciudadano tiene derecho a no ser sometido a investigación, sino por las causas y dentro de las circunstancias que expresamente autorice la ley.

Para tomar la decisión inhibitoria, advierte la Corte Suprema, debe partirse por precisar que el delito de *tráfico de influencias* se encuentra descrito en el artículo 411

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto de única instancia Rad. 21.475 de febrero 7 de 2007.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 34.908 del 21 de julio de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

⁴⁵ Entre otros, en providencia del 11 de mayo de 2005, Radicado N° 20.206.

del Código Penal y respecto de la cual, en lo que atañe a su configuración, dijo la sala que la queja falla cuando se confronta con los siguientes elementos:

Después de verificarse la calidad de servidor público acusado, se sigue la constatación que dicho servidor haga uso indebido de influencias derivadas del ejercicio de su cargo o función. Es decir, que aprovechando la autoridad de que está investido, por su calidad de servidor público, ejerza unas determinadas influencias.

Pero no toda influencia puede ser punible, sino aquella que sea indebida; se entiende por indebido aquella que está por fuera del deber; y el deber, en el servidor público está centrado, como ya se decía, en el servicio a la comunidad. Ese es su norte y su esencia.

De tal suerte que una mera recomendación o una postulación abierta -para ubicarnos en el tema central de la investigación-, por ejemplo, no puede constituirse en indebida influencia, a menos que la misma está acompañada de una presión o de un claro favoritismo hacia alguien que no reúne los requisitos para ocupar un cargo o que se encuentra en menores condiciones de quien lo ocupa, pues en ese caso sería evidente que el servicio a la comunidad habría cedido a unos reprochables apetitos burocráticos.

Agregó como elementos, el uso de la indebida influencia, y que ese uso indebido debe tener como propósito el obtener un beneficio de parte de otro servidor público, sobre un asunto que éste conozca o vaya a conocer.

O lo que es lo mismo, la influencia mal utilizada, para estructura el punible, debe ejercerse para que otro servidor del Estado haga u omita un acto propio de sus funciones, esto es, que esté dentro del resorte de su cargo. Para el caso que nos ocupa, verbi gratia, que tenga la posibilidad de retirar de la entidad a una persona para ubicar a otra, por la mera sugerencia indebida del actor⁴⁶.

Como puede observarse, en las providencias que se acaban de reseñar, la Corte Suprema se ocupa de analizar casos en los cuales queda claro que la simple recomendación de una persona para un cargo público que cumple con los requisitos del mismo, no constituye una conducta que pueda afectar o dañar el correcto funcionamiento de la Administración Pública y por tal razón tales conductas devienen atípicas, justamente por carecer de lesividad, aun cuando, formalmente, se podrían apreciar los requisitos que tipifican el delito.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 2 de marzo de 2005, radicado N° 21.678.

5.3. Tráfico de influencias y el concurso de delitos

Desde antaño los penalistas colombianos han considerado las dificultades de adecuación típica respecto del tráfico de influencias, dado que se presenta un concurso aparente de leyes⁴⁷, concepción de la que no se aparta este ensayo, basta mirar el abordaje dado por Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, veamos:

Se afirma en ediciones anteriores que la idea general que se tenía del delito no correspondía en verdad a su concepción jurídica. Cuando en el lenguaje corriente se habla de 'tráfico de influencias' se suele pensar en el delito de cohecho.⁴⁸

En el mismo sentido se pronuncia Arenas: Si el sujeto recibe o se hace entregar o prometer dinero u otro provecho ilícito, no para obtener favor, sino para comprar por este medio la justicia o la injusticia, no puede hablarse de tráfico de influencias, sino de cohecho o de soborno. Obtener favor equivale a conseguir una decisión, declaración, dictamen o versión gratuitos para el funcionario, el testigo, el perito o el intérprete, de quienes se ofrecen a alcanzar esos resultados merced a influencias reales o simuladas, nunca por precio o remuneración⁴⁹.

Igual sucede en la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia Colombiana emitida durante la vigencia del Código Penal de 2000 (ley 599), en veces, como se verá a continuación en orden cronológico, ha resuelto los casos de concurso aparente de tipos en los que una de las figuras que cabría aplicar sería la de tráfico de influencias, sin embargo, opta por aquellas conductas de mayor riqueza descriptiva, o simplemente considerando que no hay tal concurso y que la conducta de "tráfico de influencias" constituye en realidad un acto comisivo de otro delito, veamos.

⁴⁷ Sobre el concurso de leyes, véase a Camaruti, Carlos, *Concurso de delitos*, 1ª Ed, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2005, Pág. 181. Para quien, "Esta figura —el concurso aparente de tipos, se agrega— se presenta cuando, a pesar de que a primera vista son varios los tipos que concurren y bajo los cuales se subsume el hecho, en virtud de su respectivo contenido y de diversas relaciones existentes entre ellos sólo uno, que desplaza al otro u otros, resulta aplicable, por ser el que más particularmente contempla la totalidad de las modalidades del hecho, agotando su contenido de injusto y culpabilidad

⁴⁸ Gómez Méndez, Alfonso y Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Delitos contra la administración pública*, 2ª Edición, Editora Universidad Externado de Colombia, julio 2004, pág. 373

⁴⁹ Arenas, Antonio Vicente. *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Parte Especial, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1983, p. 84.

5.3.1. El tráfico de influencias y la Estafa

En el año 2002, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁰, deja claro que la conducta ilícita desplegada por el particular, tipificada como tráfico de influencias antes del año 2000, constituye un atentado contra el patrimonio económico por vía de estafa, pues esa exigencia dineraria de parte del *extraneus* para intermediar ante un servidor público con el fin de obtener favor en determinado asunto sólo afecta económicamente al engañado, sin que el bien jurídico de la administración pública resulte afectado, dado que la condición *sine quanon* para limitar el comportamiento a un tráfico de influencias es que la decisión administrativa no se puede dar, porque de darse refulge el cohecho.

La Corte Suprema en esta oportunidad conoce de la actuación delictiva de un abogado que a mediados de 1996 promete a su cliente que la medida de aseguramiento que afecta a una hermana sería revocada por la influencia ante el Fiscal encargado del asunto. Con tal argumento timó a la consanguínea de la detenida en cuantía de \$ 2.000.000 y ello generó la denuncia que termina con una condena de 4 años en contra del abogado por el delito de tráfico de influencias de particular (artículo 147 del Código Penal - Decreto 100 de 1980).

La Sala Penal consideró como problema jurídico que el Tribunal Superior condenó por el delito de tráfico de influencias para obtener favor de servidor público, tipificado en el artículo 147 del Código Penal (Decreto 100 de 1980), modificado por la Ley 190 de 1995, en tanto que al momento de tomar la decisión, está en vigencia la Ley 559 de 2000, la que dejó de considerar el tráfico de influencias cometido por particulares como un delito contra la administración pública, pues reservó el tipo únicamente para cuando es cometido por servidores públicos; y, en cambio, ubicó esa conducta, cuando es cometida por un particular, en los delitos contra el patrimonio económico, como circunstancia agravante de la estafa.

En el delito de estafa previsto en el mencionado artículo 246, se consagró como una circunstancia de agravación punitiva la conducta del implicado, que con el fin de estafar, invoque influencias reales o simuladas para obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer. En relación con la estafa agravada la Corte Suprema, precisó:

⁵⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia rad. 17.283 del 19 de marzo de 2.002, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Así las cosas, en el presente caso la inducción en error se obtiene con la invocación de influencias que el abogado dijo a su cliente tener sobre el Fiscal de segunda instancia, que al no ser ciertas, o no haber surtido efectos con el funcionario, como parece haber ocurrido, en cualquiera de estas hipótesis, al juzgar por el resultado adverso a la hermana de quien contrató con el abogado y aceptó entregar mucho más de lo pactado por honorarios profesionales, y con el propósito de obtener la libertad de su pariente, constituyen el artificio o engaño, a través del cual el procesado habría obtenido provecho ilícito personal con el correlativo desmedro al prestigio de la administración de justicia y al patrimonio de la víctima; pues la acriminación legal de esta conducta no deja duda de que el punible es pluriofensivo, en tratándose de la circunstancia de agravación específica prevista para la estafa en el numeral 3° del artículo 247 Código Penal vigente.

Lo cierto es que al entrar a regir el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), que con relación exclusivamente al sujeto activo de la conducta punible consistente en traficar influencias, tipificado en el artículo 411 *ibídem*, lo calificó con la exigencia de ser servidor público, circunstancia por la cual no puede hablarse, en ese momento, de sujeto activo no calificado, lo que lleva a predicar la exclusión del agente para ese comportamiento, cuando no reúne las calidades que lo califican, de acuerdo a lo que considera la ley como servidor público.

Para concluir, según la Corte Suprema, que los particulares que no tengan permanente o transitoriamente la calidad de servidor público en los términos del artículo 20 del Código Penal que hoy rige, no pueden ser sujeto activo del punible de tráfico de influencias tipificado en el artículo 411 *ibídem*.

Pese a ello, como la conducta ontológica consistente en invocar influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, fue recogida bajo el nomen iuris de estafa agravada por los artículos 246 y 247 del nuevo Código Penal, a esta normatividad debe estarse, en cuanto resultare favorable, en el caso de todos los particulares que al no ostentar la cualificación exigida por los tipos especiales pretenden lucrarse con la simulada intermediación ante los intraneus.

Es evidente, entonces, según la sentencia, que la conducta del sujeto activo consistente en invocar influencias con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en un asunto que se encontraba conociendo por razón de sus funciones, a cambio de una suma de dinero, corresponde al delito de Estafa Agravada.

La Corte Suprema de Justicia, en el momento de tomar la decisión, consideró que por favorabilidad no puede juzgarse a un particular por el delito de tráfico de influencias, pues al tiempo del ilícito, 'a mediados de 1996', el sujeto activo siendo servidor público, actuó como un particular, y en el nuevo Código Penal (Ley 599 de 2000), ese ilícito fue descriminalizado bajo ese *nomen iuris* y trasladado a un agravante del delito de Estafa (artículos 246 y 247).

De ese modo, se impone concluir que la actuación procesal, vale decir, la acción penal no puede proseguirse en el presente caso, debido a que, se insiste, el tráfico de influencias para obtener favor de servidor público cometido por particulares (artículo 147 del Código Penal de 1980), dejó de ser una conducta autónoma en el Código Penal vigente (Ley 599 de 2000), para convertirse en una circunstancia agravante de la estafa.

5.3.1.1. En el año 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵¹, considera que se trata de una estafa el asunto en el que se alega que un particular ha incurrido en el delito de tráfico de influencias por intermediar ante servidor público del instituto del seguro social a fin de incluir un beneficio pensional.

Esta vez, la Sala Penal, en relación con el tráfico de influencias de particular, expone: Con la expedición de la Ley 599 de 2000, el delito de tráfico de influencias sufrió importantes modificaciones, ya que dejó de considerar como punible ese comportamiento desplegado por particulares, pues reservó el tipo únicamente para cuando es cometido por servidores públicos; y, en cambio, ubicó esa conducta, cuando es cometida por un particular, en los delitos contra el patrimonio económico, como circunstancia agravante de la estafa ⁵², tal como lo prevén los artículos 246 y 247, numeral 3º, del nuevo Código Penal, al establecer en este numeral que la estafa será agravada cuando 'se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o que haya de conocer'.

5.3.1.2. En el año 2005, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵³, resuelve recurso de casación respecto del delito de tráfico de influencias cometido

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. (24 de abril), proceso número 16.160, del 24 de abril de 2.003, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés.

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 19 de marzo de 2002, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

⁵³ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 19.845 de octubre 18 de 2.005, M.P. Yesid Ramírez Bastidas

por un Fiscal Local que ofreció influencias sobre el Fiscal Seccional que adelantaba un proceso por concierto para delinquir y aborto contra once personas, entre ellas la interesada en la intermediación.

Para tomar la decisión, la Sala Penal, hace un parangón entre el tipo penal por el que fue acusado el Fiscal Local (artículo 147 del Código Penal de 1980 –modificado por el 25 de la ley 190 de 1995-) y el tipo penal vigente al tomar la presente decisión (artículo 411 del Código Penal de 2000), para advertir que:

La nueva codificación limitó la conducta punible a la utilización indebida por parte del servidor público de influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, en su provecho o de un tercero, para la obtención de algún beneficio de otro servidor público en un asunto del que esté conociendo o haya de conocer, lo cual traduce, consiguientemente, que se dejó de considerar como atentatorio de la administración pública la invocación de influencias reales o simuladas por cualquier persona –servidor público o no–, cuando se utilicen como ardid o engaño para inducir o mantener a otro en error y obtener, para sí o para un tercero, aprovechamiento económico ilícito.

Esta última conducta, sin embargo, no dejó de ser punible sino que el legislador de 2000 la ubicó como circunstancia de agravación punitiva de la estafa en el artículo 247-3.

Por consiguiente, el tráfico de influencias se configura actualmente, entonces, por la utilización indebida de las influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función públicas; y la estafa agravada por la sola invocación de influencias reales o simuladas con la finalidad de engañar y obtener un aprovechamiento económico ilícito. En otras palabras, en el primer caso la intervención del servidor público ante el funcionario que conozca o haya de conocer del asunto es condición para que se estructure el tipo penal, mientras que en el segundo esa intervención se promete falsamente, constituyéndose en el mecanismo que induce o mantiene al otro en error y lo mueve a desprenderse de su patrimonio.

Importante la decisión que se acaba de acotar, pues hace claridad en cuanto a la tipificación del delito de tráfico de influencias de servidor público cuando agrede la administración pública y difiere cuando este servidor público o un particular agrede el patrimonio económico, pues esta última conducta resplandece como estafa agravada cuando el interés de ambos está dirigida a obtener provecho patrimonial. No obstante que si quien invoca las influencias que realmente no tiene afecta la

buena imagen de la administración, su conducta no pasa de ser desde la perspectiva del bien jurídico del correcto funcionamiento de la administración pública una mera falta disciplinable.

5.3.1.3. En el año 2006, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁴, decide recurso extraordinario de casación respecto de la conducta ilícita cometida por el servidor público encargado de las notificaciones de las decisiones proferidas por la Unidad 5ª de delitos contra el patrimonio económico de Medellín, que en una de sus visitas a la cárcel, por \$ 2.000.000, ofreció influencias ante uno de los Fiscales Seccionales para dejar en libertad al detenido intramural por delitos contra la fe pública.

El notificador se vale del periodo vacacional del Fiscal para omitir la notificación que da tránsito a la libertad por vencimiento de términos; empero, corregida la anormalidad administrativa se revoca el beneficio y se ordena la captura del liberado, por lo que el nuevamente detenido reclama la devolución de su dinero de manera que los superiores del empleado se enteran de lo sucedido.

Ahora, condenado el notificador, su defensor no está de acuerdo con la tipificación dada a los hechos narrados, invoca la revocatoria de la decisión porque, en su sentir, todo trata de una estafa, como quiera que su prohijado nunca invocó influencias ante un determinado servidor público.

Explica el togado que de acuerdo a la descripción de la norma en cita (actualmente el artículo 411 del C.P.), es necesario que el sujeto invoque influencias reales o simuladas y se haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, además de un beneficio de parte de un servidor público en asunto que conocía o haya de conocer. Es decir, se requiere de un interés privado de parte de un funcionario público en cualquier acto de la administración pública.

La decisión de la Sala Penal de la corte en su parte considerativa deja claro que la intermediación que hiciera el procesado no tipifica el delito de tráfico de influencias y sí el de estafa, cuyo provecho económico, en últimas fue percibido por el citador acusado, ya que se utilizaron de manera maliciosa artificios o engaños en perjuicio de un tercero y en beneficio propio o de un tercero. Explica la Corte Suprema:

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 20.991 de octubre 26 de 2.006, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Así planteado el problema, acaso frente al tránsito de legislación ocurrido durante el trámite de este proceso conduciría a ponderar si lo que pretende el demandante es una revaloración de la calificación jurídica de los hechos, puesto que la Ley 599 de 2000 tipificó como una modalidad de estafa agravada la obtención de provecho ilícito para sí o para un tercero, con perjuicio ajeno, induciendo o manteniendo en error por medio de artificios o engaños (art. 246), cuando “se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer” (art. 247.3), descripción que a la postre vino a recoger en gran parte la redacción del artículo 147 del Decreto Ley 100 de 1987 denominada “tráfico de influencias para obtener favor de servidor público”, pues la Ley 599 de 2000 redefinió este comportamiento delictual en el artículo 411.

Si es así, conviene precisar que esta temática en particular ya ha sido motivo de pronunciamientos de la Sala, en el sentido de decantar en los siguientes términos la interpretación que se impone de las dos preceptivas en cita:

Con la expedición de la Ley 599 de 2000, el delito de tráfico de influencias sufrió importantes modificaciones, ya que dejó de considerar como punible ese comportamiento desplegado por particulares, “pues reservó el tipo únicamente para cuando es cometido por servidores públicos; y, en cambio, ubicó esa conducta, cuando es cometida por un particular, en los delitos contra el patrimonio económico, como circunstancia agravante de la estafa”⁵⁵, tal como lo prevén los artículos 246 y 247, numeral 3º, del nuevo Código Penal, al establecer en este numeral que la estafa será agravada cuando “se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o que haya de conocer”. (Cas 16.160. de abril 24 de 2003).

De igual manera en fallo de casación del 18 de octubre de 2005, la Sala se pronunció sobre el mismo tema, anotando que: La nueva codificación limitó la conducta punible a la utilización indebida por parte del servidor público de influencias derivadas del ejercicio del cargo o de la función, en su provecho o de un tercero, para la obtención de algún beneficio de otro servidor público en un asunto del que esté conociendo o haya de conocer, lo cual traduce, consiguientemente, que se dejó de considerar como atentatorio de la administración pública la invocación de influencias reales o simuladas por cualquier persona –servidor público o no–, cuando se utilicen como ardid o engaño para inducir o mantener a otro en error y obtener, para sí o para un tercero, aprovechamiento económico ilícito.

⁵⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Auto del 19 de marzo de 2002, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo.

Puede suceder, no obstante, que el particular ofrezca ejercer una influencia indebida ante un servidor público a cambio de una utilidad y en verdad lo haga. En tal caso, si se tiene en cuenta que sólo puede incurrir en tráfico de influencias el servidor público y que no se produjo engaño, ninguno de los delitos comentados habría tenido ocurrencia. Y si la gestión prometida y cumplida no incluyó el ofrecimiento de dinero u otra utilidad al funcionario, evento en el cual se presentaría cohecho por dar u ofrecer (art. 407 del C.P. de 2000), y el particular no se encuentra en las circunstancias del artículo 432 ibídem (utilización de influencias derivadas del ejercicio de un cargo público desempeñado en el año inmediatamente anterior), esa conducta no sería delictiva de cara a la legislación vigente (rad. 19.845).

Así las cosas, en el presente asunto se hace forzoso concluir que valorada la conducta del procesado bajo cualquiera de las dos legislaciones -Decreto 100 de 1980 y Ley 599 de 2000- la adecuación típica que le correspondería sería de todas maneras la descrita como tráfico de influencias, pues se trata de servidor público que se valió indebidamente de las influencias derivadas del ejercicio de su cargo o función para obtener beneficio de un servidor público en asunto que estaba conociendo.

Aquí el procesado no sólo invocó influencias derivadas de su cargo para obtener beneficios de la justicia a favor de un tercero por cuenta de un servidor público obteniendo un provecho económico de parte de terceros, pues éstas no se utilizaron como simples artificios o engaños dirigidos a timar el patrimonio económico del padre del procesado, quien a la postre suministró el dinero, sino que efectivamente se afectó el bien jurídico de la administración pública, como que al lograr que la omisión de la oportuna notificación del cierre de la investigación al defensor en ese asunto, el detenido obtuvo la libertad por el vencimiento de los términos de la instrucción sin que se produjera la respectiva calificación del mérito probatorio del sumario.

Vale la pena acotar que esta vez se consideró al citador un servidor público que incurre en tráfico de influencias, empero en la decisión atinente al Fiscal Local sólo se queda en Estafa agravada, la diferencia radica en que la actuación ilícita del notificador dio lugar a una decisión contraria a derecho que lesionaba la administración pública, en tanto que el comportamiento del Fiscal no altera en nada el proceso llevado contra el que busca el favor indebido, por tanto sólo se quedó en el atentado contra el patrimonio económico.

5.3.1.4. En el año 2006, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁶, vuelve por la tesis que el tráfico de influencias de particular es un imposible jurídico dada la ajenidad el sujeto activo con la administración pública, en tanto que el móvil está dirigido a lucrarse patrimonialmente mediante artificios o engaños fincados en la real o simulada influencia sobre el servidor público que tiene a cargo la decisión que le es favorable al timado.

Al respecto dijo la corte suprema que la conducta consistente en invocar influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer, se insiste, sigue considerándose punible por el legislador, es lesiva y merece reproche, por afectar preponderantemente el bien jurídico del patrimonio y en otro plano los bienes jurídicos de la administración pública y la administración de justicia. Por ello, ese comportamiento ontológico fue recogido bajo el nomen iuris de estafa agravada por los artículos 246 y 247 del nuevo Código Penal, que, como se dijo, es delito pluriofensivo cuando la estafa se agrava por aquella circunstancia específica (destaca la Sala).

5.3.1.5. En el año 2007, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁷, conoce en casación la sentencia proferida contra un Fiscal Local por el delito de estafa agravada. Los hechos corresponden a que en calidad de Fiscal Local recibió un millón de pesos, exigidos por él, pretextando amistad con la encargada de resolver el asunto, otra Fiscal Local que conocía de proceso por hurto de combustible, aquél exigió el dinero para efectos de obtener la excarcelación de dos procesados. Los hechos, en principio, se adecuaron al delito de concusión; empero, la situación jurídica se define por el delito de Tráfico de Influencias, regulado en el artículo 147 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995.

La Sala Penal argumenta: En punto de tipicidad de la conducta por la cual se emite sentencia condenatoria, el fallo atacado contrasta el contenido del artículo 147 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995, con lo consagrado actualmente -Ley 599 de 2000- en los artículos 411 -Tráfico de Influencias-, y 247 (en concordancia con el art. 246 ibídem), que regula el delito de Estafa con circunstancias de agravación punitiva, para concluir, conforme lo atribuido al encartado, que la ilicitud mutó en su denominación típica, a esta última figura, ahora asimilada a un punible contra el patrimonio económico, de

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 24.708, fechada el 7 de marzo de 2.006, M.P. Mauro Solarte Portilla.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia rad. 26.601 del 14 de marzo de 2.007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez.

conformidad con lo que sobre el particular ha dejado sentado la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia.

Concluye la sentencia impugnada que la conducta punible siempre ha estado delimitada como tal: Tráfico de influencias, aunque, con la expedición de la Ley 599 de 2000, derivó al tipo subordinado de estafa agravada, en tanto el procesado invocó influencia –real o simulada- dada su condición de funcionario de la Fiscalía General de la Nación, para obtener a cambio la suma de un Millón de pesos (\$ 1.000.000.), por ello, termina condenado por Estafa Agravada. Explica la Corte Suprema:

Está claro, entonces, que el funcionario público, o mejor, la dicha condición, asoma en el tipo como un tercero, pasible o no de ser influenciado, pero no en calidad de sujeto activo, sin que tampoco se exija de efectiva o real actividad del particular, en pro de obtener el beneficio buscado por quien entrega el dinero o la dádiva, y ni siquiera se demanda, para la configuración consumada del ilícito, que se materialice la contraprestación económica, bastando la promesa de ella.

Circunstancia asaz diferente se presenta, empero, con la expedición de la Ley 599 de 2000, pues, ubicado en el Título XV, Delitos contra la Administración Pública, capítulo Quinto, Del Tráfico de Influencias, el delito de TRÁFICO DE INFLUENCIAS DE SERVIDOR PÚBLICO, demanda ya de un sujeto activo calificado y de efectiva utilización indebida de las influencias derivadas del cargo o función, cual postula el artículo 411.

No significa lo anterior, cabe anotar, que la conducta ejecutada por la persona –no en calidad de servidor público-, cuando obtiene o hace prometer dinero o dádiva, invocando influencias reales o simuladas, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte de servidor público, haya desaparecido como delito.

No, simplemente un tal comportamiento, por estimar el legislador que se protege mejor el patrimonio económico, aunque pueda afectar también a la Administración Pública, y en este sentido se determina pluriofensivo, mutó hacia el Título VII, Delitos Contra el Patrimonio Económico, Capítulo Tercero, De la Estafa, artículo 247, Circunstancias de Agravación Punitiva, numeral 3º: ‘Se invoquen influencias reales o simuladas con el pretexto o con el fin de obtener de un servidor público un beneficio en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer’.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, desde el mismo momento en que se resolvió la situación jurídica del encartado –providencia del 20 de marzo de 2002- ,

se hizo claridad en que la conducta a él atribuida remitía no a la actividad del servidor público que abusando del cargo o funciones, adelanta efectivamente actividades en pro de obtener el favor de otro servidor público, sino, como se lee en el proveído en mención, que el procesado: invocó una influencia simulada que tenía respecto de la fiscal, para que estos dos personajes, se hubiesen convencido de que con tal artimaña, efectivamente la Fiscal quienes (sic) tenía a disposición a los antes mencionados cuando eran procesados, les iba a resolver favorablemente su situación, evento que no aconteció.

(...) jamás al procesado se le ha entendido actuando dentro de los parámetros típicos que hoy consigna el artículo 411 de la Ley 599 de 2000, vale decir, ejecutando actividad directa -como servidor público- ante otro servidor público, utilizando indebidamente su cargo o funciones, para obtener cualquier beneficio.

Y, si se destaca su condición de servidor público para el momento de los hechos, ello deriva una circunstancia adjetiva y no consustancial al delito atribuido, que bien pudo ejecutar en su condición de particular, pues, reiteramos, el comportamiento que se le atribuye no contempla una específica tarea respecto de otro servidor público, sino simplemente, para utilizar los términos de la Fiscalía acusadora y del Tribunal, simulando e invocando presuntas -e inexistentes-influencias respecto de la Fiscal Local que seguía el proceso por el delito de hurto de combustibles, a cambio de lo cual obtuvo de manos de los familiares de los procesados en esa investigación, la suma de un millón de pesos.

Es esa una actividad, cabe relevar, que para nada, en punto de adecuación típica concreta, demanda de la condición de servidor público del sujeto activo, aunque ella sea una circunstancia que pudo haber llevado a los afectados con el reato de contenido patrimonial, a confiar en que efectivamente el acusado llevaría a cabo lo encomendado -y ello tampoco se releva determinante, si se observa que lo traído a colación, para ganar la confianza de los afectados, fue su calidad de amigo de la dicha funcionaria, conforme dejan ver los atestantes en sus respectivas dicciones juradas-.

En otras palabras, el encartado, incluso con los pergaminos que le otorgaba su condición de Fiscal Local, engañó a los familiares de los vinculados en el proceso por el delito de hurto de combustible, simulando o pretextando poseer algún tipo de influencia respecto de la fiscal encargada del caso, a efectos de obtener de esta la excarcelación de aquellos, labor por la cual recibió supuestamente la suma de un millón de pesos.

Por virtud de ello, hizo bien el Tribunal, cuando en la sentencia atacada delimitó típicamente lo ocurrido dentro del tipo subsidiario de Estafa en circunstancias de agravación, en el que devino la conducta anteriormente descrita en el artículo 147 del Decreto Ley 100 de 1980, modificado por el artículo 25 de la Ley 190 de 1995.

(...) No se discute, apenas para redondear el tema, que perfectamente un servidor público puede ejecutar cualesquiera conductas de sujeto activo no calificado, contempladas a lo largo del Código Penal, dígase, para citar el ejemplo más burdo, un homicidio o un hurto, sin que por ello pueda significarse atípico el comportamiento o menesteroso de una ubicación diferente a la que opera respecto del común de las personas.

Para lo que interesa a la decisión, no admite controversia que el procesado ejecutó el hecho a él atribuido, no por ocasión de su cargo o funciones, sino en calidad similar a cualquier ciudadano del común. Por ello, termina condenado por el delito de Estafa, cometida en circunstancias de agravación.

5.3.2. *El tráfico de influencias y el interés ilícito en la celebración de contratos.*

En el año 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁸, conoce de proceso por el delito de tráfico de influencias en el que se afecta en su libertad a varios congresistas que haciendo parte de la mesa directiva de la Cámara de Representantes se asocian para apropiarse de la partida presupuestal asignada para el funcionamiento de la misma.

Esta vez el delito de interés ilícito en la celebración de los contratos se contrapone al tráfico de influencias, considerando éste un medio comisivo de aquél, veamos:

Lo expuesto por el Tribunal no podía ser de otra manera. No admite ninguna discusión que el desconocimiento de factores de inhabilidad o de procedimientos previamente establecidos para la contratación, por sí solo atenta contra los principios de igualdad, moralidad e imparcialidad que constitucionalmente informa el ejercicio de la función administrativa al servicio de los intereses generales. En efecto, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte, 'aunque se presumiera el reporte de un beneficio económico coyuntural para la administración por el contratista ilegalmente seleccionado, lo cierto es que la

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 17.089 del 23 de septiembre de 2.003, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

ilegitimidad del medio ya le ha ocasionado un daño al propio aparato administrativo y a terceros, porque a la postre resultan más costosos política y económicamente los métodos basados en el tráfico de influencias y la contraposición de intereses’.

Reseña la Corte Suprema que los congresistas se valen de un tráfico de influencias para obtener prebendas de contratistas que no cumplen los requisitos exigidos para suministrar el servicio para el cual se contratan, este último daño está por encima del tráfico de influencias, pues la administración pública sufre un menoscabo por lo ilegítimo de los medios necesarios para llegar el fin último, a la postre ilegal por la manera en que se ha llegado a ello.

6.3.3. En el año 2.009, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁵⁹, conoce de la decisión de un Tribunal de Distrito que revocó la absolutoria proferida por el Juzgado Penal del Circuito y en su lugar condenó a tres servidoras públicas como autoras del delito de interés indebido en la celebración de contratos, estas damas eran las receptoras de un tráfico de influencias por el que fue condenado el asistente de un senador.

La indagación penal se inicia por irregularidades contractuales realizadas en los años 1998, 1999 y 2000 en la Central Hidroeléctrica de Caldas (en adelante “CHEC”), pudo evidenciarse la existencia de hechos irregulares que remiten a la celebración de contratos en la CHEC, la Secretaría Departamental de Educación, el SENA Regional y el ICBF, en los cuales varias personas se ponen de acuerdo para vincular personal o celebrar contratos, merced a su pertenencia al directorio político encabezado por el Senador y su asistente, éste último condenado por tráfico de influencias.

La demanda citó lo que el tratadista CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA escribió sobre el tipo penal, apartes de la sentencia C-128 de febrero 18 de 2003 de la Corte Constitucional, y textos del auto del 22 de septiembre de 2004 de la Sala Penal de la Corte mediante la cual se inhibió de abrir investigación a un congresista, y concluyó que ‘la recomendación que haga un parlamentario respecto de una persona, para un cargo público que se deba proveer por contrato o nominación, no constituye per se, que es como lo toma el Tribunal, interés ilícito, obviamente ni para el que recomienda ni para quien atiende la recomendación’, razones por las

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 29.614 del 28 de octubre de 2.009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas.

cuales infirió que la conducta atribuida a sus defendidas es atípica y en consecuencia se hizo una aplicación indebida del artículo 409 de la ley 599 de 2000.

La procuraduría interviene al aducir que la 'tarea' del aparato administrativo del Estado es funcional y se rige por el principio de la llamada "neutralidad política o eficacia indiferente", lo cual significa que se realiza de manera independiente y ajena a la división de los poderes públicos, es decir, con una personalidad caracterizada por ser neutral, técnica y objetiva.

Transcribió el artículo 409 de la ley 599 de 2000 el cual regula la conducta de interés indebido en la celebración de contratos, y adujo que puede ocurrir que un contrato u operación administrativa cumpla con el régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades y los requisitos legales esenciales exigidos para el efecto, pero que, no obstante esa perfección externa, vulnere el bien jurídico de la administración pública cuando el servidor desvía su poder y actúa movido por un interés personal, político, sentimental, pasional o de cualquiera otra índole en provecho propio o de un tercero.

En defecto de lo dicho por la Defensa, la Corte Suprema considera que el casacionista de manera sutil pretendió equiparar el comportamiento desplegado por el asistente del congresista para con las aquí procesadas, a la interpretación jurisprudencial que se plasmó en el auto inhibitorio en donde se consideró que la simple postulación o recomendación que haga un Congresista de una persona para un cargo público no constituye "punible alguno", pero lo hizo de manera desacertada y fragmentada pues desconoció las valoraciones que la segunda instancia efectuó de las pruebas, porque en las motivaciones se puso de presente el interés indebido que estuvo visible tras la contratación de las personas que llegaron a la administración pública como respuesta a las intrigas políticas de aquél quien en concreto fue condenado por el delito de tráfico de influencias, y a las que ellas dieron eco.

Es claro y se reitera que la postulación o recomendación que un servidor público haga respecto de un ciudadano para un cargo público que se deba proveer por contrato o nombramiento no constituye de por sí tráfico de influencias ni conducta punible alguna, en la medida que las referencias sean escritas u orales estén dadas a resaltar las calidades de amistad, conocimiento directo por tratos anteriores, personales, éticas, profesionales o académicas del exaltado. De manera complementaria dígase que la vinculación del mismo a la administración pública por razón de dichas menciones y como merecimiento a su perfil, trayectoria o experiencia, tampoco constituye conducta que sea objeto de reproche penal ni

puede hablarse de interés indebido en la celebración de contratos, contenidos que respecto de las aquí procesadas no se dieron.

Por el contrario, cuando de una parte, el funcionario público postula o recomienda a un ciudadano para acceder a un contrato, vinculación por nombramiento o servicio temporal, y de otra, éste resulta favorecido por los administradores, ya no tanto por sus calidades personales, profesionales o académicas las que incluso pueden ser óptimas y de altísimo nivel, sino que el acto contractual al celebrarse o suscribirse emerge como resultado del cobro, anticipo, pago, financiamiento, recolección de fondos, favores o prebendas de carácter electoral a favor de determinado grupo o partido político con articulaciones en el territorio municipal, departamental o nacional, o para el beneficio de pre-candidato, candidato ya elegido o por elegir, independientemente de sus tendencias ideológicas, es claro que el referenciador desborda sus intenciones, porque dirige su propósito a obtener provechos particulares que contrarían el interés general y se inmersa en el delito de tráfico de influencias.

Y, el funcionario público contratante al responder de esa manera a las variables que vienen de citarse, es decir, como producto de un favoritismo, favorecimiento una contra- prestación electoral, adecúa en un todo su conducta al delito de interés indebido en la celebración de contratos, pues el menoscabo a los principios de transparencia y selección objetiva se consuma en toda su plenitud, tal como ocurrió con las aquí procesadas quienes accedieron a las intrigas del asistente del congresista, personaje que resultó condenado por la conducta punible de tráfico de influencias, y contrataron a diferentes personas por preferencias políticas.”

5.3.4. El tráfico de influencias y el delito de concusión

En el año 2003, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶⁰, conoce de proceso en el que un Juez del Circuito Especializado recibió de su tío solicitud de que intercediera ante el Instituto del Seguro Social, en relación con una prestación económica que se le adeudaba y estaba en mora de ser reconocida. El juez buscó entonces una cita con el Gerente Administrativo de la entidad, a quien, después de pedirle ayuda para su pariente, lo interrogó acerca del conocimiento que tenía del ex Gobernador del Magdalena. Frente a la respuesta de que era su sobrino político y lo consideraba un hijo más, el Juez acotó que él tenía conocimiento de que unos

⁶⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 18.056 del 10 de septiembre de 2.003, M.P. Mauro Solarte Portilla.

Funcionarios de la Fiscalía Especializada estarían interesados en negociar por una suma de dinero (\$ 100.000.000.00), una providencia que le resolviera favorablemente el caso al gobernador, o sea su sobrino. El caso existía, aludía a supuestas relaciones *no sanctas* con grupos al margen de la ley que habían secuestrado y luego dado muerte a un opositor político.

Al mes siguiente, el Juez regresó a la oficina del citado gerente a agradecerle sobre la gestión realizada a favor de su pariente, y comunicarle de paso que el otro tema de conversación lo tuviera por no dicho porque él estaba seguro que eso no debía suceder y por lo contrario debía producirse una decisión favorable al gobernador, en el corto plazo, porque la Justicia Especializada iba a terminar, el Gerente denuncia penalmente al Fiscal Especializado, quien termina condenado por el delito de concusión, ante el recurso de casación se analiza tal conducta a partir de su estructura jurídica y luego hace lo propio con el delito de tráfico de influencias, para concluir que ninguno de los dos se adecua a los hechos narrados, dejándose el comportamiento en un mero acto disciplinable.

Al respecto, la Sala Penal, enseña: El delito de concusión que describe el artículo 404 del código penal, puede ser cometido por el servidor público cuando, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite.

Como fácilmente puede apreciarse, los elementos que estructuran la concusión, son:⁶¹Sujeto activo calificado: servidor público; Abuso del cargo o de las funciones; Empleo de actos de constreñimiento, inducción o de solicitud; Entrega o promesa indebidas de dinero u otra utilidad hechas al funcionario o a un tercero; Nexo causal entre el acto del funcionario y la promesa de dar o la entrega de dinero o utilidad indebidos.

En cualquiera de las modalidades concusionarias tiene que haber en el sujeto activo algo que pone de presente que está usando de su autoridad para determinados fines reñidos con la función que desempeña suscitando en la víctima el ‘*metus potestatis*’ que lo hace plegarse a la voluntad del agente.

En tanto que en el delito de Tráfico de influencias, se requiere, en otras palabras, la simultánea o sucesiva participación de un particular y un funcionario público, exigencia ausente en la concusión, ya que la supuesta instigación desplegada por el

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de febrero 11 de 2003, Rad. 16319, M.P. Dra. Marina Pulido de Barón

Fiscal no fue aceptada por el gerente, ni por el gobernador, quienes por el contrario la rechazaron con vehemencia y denunciaron el hecho.

Esta figura, el tráfico de influencias, requiere para su estructuración que exista un pacto entre el particular interesado y el traficante de influencias, así éste no consiga el beneficio perseguido. Resulta incuestionable de autos, sin embargo, que aquí no se dio ningún pacto o convenio, a más que la instigación, si la hubo, ninguna influencia tuvo en el ánimo de los particulares involucrados, Gerente y Gobernador.

5.3.4.1. En el año 2007, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶², emite la sentencia en relación con condena impuesta por el delito de concusión contra servidor público adscrito al INVIMA, refieren los hecho que debía realizar visitas para comprobar la buena práctica manufacturera (BMP), a las empresas productoras de medicamentos y alimentos, abusando de su cargo induce a varios gerentes para que le entregaran ‘prebendas personales’.

Desde la óptica de la defensa se desestima la comisión del delito de concusión, con la afirmación que las modernas concepciones sobre el tema han desdeñado la teoría de la iniciativa para acudir a un criterio más ‘técnico y acorde con la teoría del delito’, cifrado en el ‘convenio mediante el cual el funcionario vende un acto público al particular, caso en el cual otra sería la consecuencia jurídica, por razones de “nomen juris”, pues bien puede suceder que se trate de un cohecho impropio, un tráfico de influencias y hasta de una estafa.

La Corte Suprema de plano descarta la existencia de un Tráfico de influencias y se extiende en defender la existencia del delito de Concusión, advierte que el reproche, encauzado a proclamar atipicidad por ausencia de resultado al no haberse doblegado la voluntad de la víctima, otra vez el actor ignora el sustrato del comportamiento, pues al apuntar aquel a la protección de la administración pública en pos de enervar su deslucimiento a causa de acciones como la descrita como concusión, no se requiere que la víctima efectivamente se someta a la voluntad del amedrentador para que se configure el delito, siendo suficiente la potencialidad intimidante que engendra el requerimiento en razón del plano de

⁶² Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 24.329 del 18 de julio de 2.007, M.P. Dr. Mauro Solarte Portilla

superioridad en que actúa el agente, al prevalerse de la condición que ostenta o de la función asignada.

Así lo ha dicho la Corte: Ahora, si constreñir es obligar, compeler o forzar a alguien para que haga algo; si inducir es instigar o persuadir por diferentes medios a que alguien realice determinada acción, y si solicitar es pretender, pedir o procurar obtener alguna cosa, según las acepciones del Diccionario de la Lengua Española, al transpolarlas al uso lingüístico que les da el tipo penal, se infiere de manera necesaria que se agota la ejecución de la correspondiente acción en el preciso momento en que el servidor público obliga, compele, fuerza, instiga, persuade, pretende, pide o procura que alguien le dé o le prometa dinero o cualquier utilidad indebida.

Las inflexiones verbales incorporadas en la ley para configurar el delito de concusión, llevan a deducir que no es necesario para consumarlo el que se obtenga el producto de la abusiva exigencia, pues de esa forma se anticipa el ámbito de protección del bien jurídico al instante en que se hace manifiesto el abuso del poder que emana del cargo o de la función, por tratarse de un tipo penal de mera conducta o, mejor expresado de ejecución instantánea cuando se despliega cualquiera de esos comportamientos.”⁶³

En conclusión, la corte descarta la petición de la defensa y deja incólume el delito de concusión dado que no es necesaria la obtención del beneficio perseguido por el servidor público cuando constriñe, induce o solicita, basta el acto corrupto para trasgredir la administración público, contrario sensu, con la extorsión que los verbos contenidos en la tipificación se trasladan a la víctima, en tanto que si solicita protección a las autoridades, huye o paga lo pedido se consuma la extorsión; empero, si no atiende el constreñimiento, no se persuade, no se atemoriza, hace caso omiso, se torna atípica la conducta por falta de lesión a la autodeterminación como al patrimonio, en tratándose de un delito pluriofensivo.

5.3.5. El tráfico de influencias y la extorsión

La Sala Penal de la Corte Suprema⁶⁴ emite sentencia en la que se condenó a dos procesados por los delitos de extorsión agravada en grado de tentativa y falsedad

⁶³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto febrero 12 de 2002, radicación 18.798.

material en documento público agravada por el uso. Los hechos se circunscriben a que el Gobernador de la Guajira, por intermedio de su amigo, fue abordado por quien le exigió la suma de \$ 800.000 para archivar una investigación disciplinaria existente en el despacho del Viceprocurador General de la Nación, con la orden del titular del organismo de suspenderlo provisionalmente del cargo.

Lo que ocurre, dice el defensor, es que el Gobernador de La Guajira inicialmente accedió a entrar en el negocio “lícito o ilícito” relacionado con el archivo de las investigaciones disciplinarias en su contra, pero luego se retiró. Es así como no hubo violencia moral ni física, sino un intento por ofrecerle influencias reales o simuladas.

Con el análisis probatorio descartó la Sala Penal que se tratara de un simple tráfico de influencias o de una estafa y arribó a la convicción más allá de la duda razonable, para condenar a los implicados como autores de los delitos de *extorsión agravada en grado de tentativa y falsedad material en documento público*.

5.3.6.- El tráfico de influencias y abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto.

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶⁵, emite sentencia en el año 2007, con la que cesa el procedimiento de la acusada como autora del punible de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, el cual habría cometido cuando se desempeñó como Directora Seccional de Fiscalías de Pereira.

La indagación penal se inicia por anónimo que da cuenta de la preocupación e indignación de muchos Pereiranos frente a la investigación que se adelantó con motivo del incendio ocurrido el 31 de diciembre del año anterior, en la sede del Fondo Editorial de la Gobernación de Risaralda, tal indagación terminó por la supuesta influencia indebida de la Directora de Fiscalías a favor de su cónyuge, titular del Fondo Editorial, señalado como autor del la conflagración.

La acusada ya se había favorecida con preclusión de la investigación frente al supuesto delito de tráfico de influencias, pues si bien había influido indebidamente

⁶⁴Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia rad. 26.693 del 25 de julio de 2.007, M.P. Dr. Javier Zapata Ortiz.

⁶⁵ C.S.J., Sala Penal, Sentencia rad. 26.848 del 25 de abril de 2.007, M.P. Mauro Solarte Portilla.

en diferentes personas ubicadas en puestos de la administración, principalmente en la planta de personal de la Fiscalía, en la Dirección Seccional y en el CTI, circunstancia que, según el instructor, a pesar de haberse demostrado en la actuación, no configura el tipo penal referido, pues quien tiene la potestad nominadora en esa institución es el Fiscal General de la Nación, y en la actuación no encontró demostrado que la Directora tuviera el poder suficiente para influir el ánimo de su superior y, de esa manera, obtener ciertos favores por temor a sus nombramientos; pero, en la misma decisión si se considera “... *presunta responsable del delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto ...*”; toda la actuación fue anulada por falta de querrela, la corte la devuelve a su lugar de origen.

6. Conclusión

De la recopilación y análisis de la jurisprudencia podría concluirse que el tipo penal consagrado en el artículo 411 del código penal colombiano, opera en muchas ocasiones como un tipo subsidiario o residual, en tanto que en muchos casos la conducta de traficar con influencias no es más que el medio comisivo de otros de los delitos contra la administración y quizás ello permitiría afirmar que en muchos casos resulta realmente difícil delimitar su ámbito de aplicación.

Bibliografía

Bustos Ramírez y otro, Lecciones de derecho penal, 2 volúmenes, Madrid, 1997, Editorial TROTTA.

Cancino Moreno, Antonio José y Fuentes, José Maria, Obras Completas: Penal Especial, Bogotá : Jurídicas Gustavo Ibañez, 2.000.

Cancino Moreno, Antonio José, Delitos contra la Administración Pública, Lecciones de derecho penal, parte especial, Universidad Externado de Colombia, Sigma Editores, Bogotá, 2003.

Carrara, Francesco, Programa de derecho criminal, 10 tomos, traducción Ortega Torres y Guerrero, Bogotá, 1988, Editorial Temis.

Escobar López, Édgar, Función administrativa y delitos contra la administración pública, Bogotá, Editorial Leyer, 2.001.

Ferreira Delgado, Francisco, Derecho Penal Especial, 2 tomos, Editorial Temis, Edición 2006.

Gómez Méndez, Alfonso y Carlos Arturo Gómez Pavajeu, Delitos contra la administración Pública, 2ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, julio 2004.

Hena Cardona, Luis F., y Castro Cuenca, Carlos G., Urbanización ilegal y otros delitos relacionados con la corrupción, en AA.VV., Manual de derecho penal, parte especial, Tomo ii, Editado por Universidad del Rosario y Temis, Bogotá, 2011.

López Morales, Jairo, Nuevo código penal, tomo III, Ediciones Doctrina y Ley Limitada, Bogotá, 2002,

Luzón-Peña, Diego Manuel, Curso de Derecho Penal, Parte General I, Madrid, Editorial Universitas S.A., 2007

Molina Arrubla, Carlos Mario, Delitos contra la administración pública, Segunda Edición, Grupo Editorial LEYER, Bogotá, presentación 1997

Pabón Parra Pedro Alfonso, Manual de derecho penal, Parte General - Parte Especial, Séptima Edición, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda, Bogotá DC., 2005.

Peña Ossa, Erleans, Delitos contra la administración pública, Grupo editorial Ibañez, Bogotá, 2005.

Pérez, Luis Carlos, Derecho penal, partes general y especial, tomo III, Editorial Temis Librería, Bogotá, 1984.

Ortiz Rodríguez, Alfonso. Manual de derecho penal especial. Departamento de publicaciones Universidad de Medellín, Medellín, 1985

Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Volumen XX, Número 64, Enero/Diciembre 1998, Número Especial, Derecho Penal y Criminología, Universidad Externado de Colombia.

Rivera Correa, Rodrigo. Nociones elementales de derecho penal: general y especial. Bogota, Abogados librería, 1996. .

Salazar Marín, Mario. Autor y participe del injusto penal, Bogotá, Editorial Temis, 1992.

Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal. Parte General (Cuarta Edición). Bogotá. Comlibros, 2009.

Autos y sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal

Auto 21678 de mayo 2 de 2005, M.P. Mauro Solarte Portilla

Sentencia 34908 de julio 21 de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez

Sentencia 16312 de diciembre 11 de 2000, M.P. Fernando Arboleda Ripoll

Sentencia 16776 de diciembre 19 de 2000, M.P. Jorge E. Córdoba Poveda

Sentencia 17283 de marzo 19 de 2002, M.P. Edgar Lombana Trujillo

Sentencia 16160 de abril 24 de 2003, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

Sentencia 17089 de septiembre 23 de 2003, M.P. Edgar Lombana Trujillo

Sentencia 18056 de septiembre 10 de 2003, M.P. Marco Solarte Portilla

Sentencia 19379 de febrero 16 de 2005, M.P. Rosario Pulido Barón

Sentencia 19845 de octubre 18 de 2005, M.P. Yesid Ramírez Bastidas

Sentencia 20991 de octubre 26 de 2006, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca

Sentencia 24708 de marzo 7 de 2006, M.P. Mauro Solarte Portilla

Sentencia 24978 de octubre 5 de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés

Sentencia 24329 de julio 18 de 2007, M.P. Mauro Solarte Portilla

Sentencia 26601 de mayo 14 de 2007, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 26693 de julio 25 de 2007, M.P. Javier Zapata Ortiz
Sentencia 26848 de abril 25 de 2007, M.P. Marco Solarte Portilla
Sentencia 27409 de septiembre 13 de 2007, M.P. Yesid Ramírez Bastidas
Sentencia 25933 de octubre 27 de 2008, M.P. Javier Zapata Ortiz
Sentencia 26890 de julio 15 de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 27339 de junio 17 de 2009, M.P. María del Rosario González de Lemus
Sentencia 29614 de octubre 28 de 2009, M.P. Yesid Ramírez Bastidas
Sentencia 34056 de septiembre 8 de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 34908 de julio 21 de 2011, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez
Sentencia 30682 de octubre 19 de 2011, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca