

**EL PREVARICATO.
BREVE RESEÑA HISTÓRICA - ESTUDIO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL -
EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO**

**JUDY MILENA PEÑA MARTÍNEZ
IVÁN DANIEL OLAYA CAMPOS
LAURA ALICIA ZAPATA ISAACS**

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS – CISFADER
CHÌA
2004**

**EL PREVARICATO.
BREVE RESEÑA HISTÓRICA - ESTUDIO DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y LA CORTE CONSTITUCIONAL -
EL DERECHO ESPAÑOL Y ARGENTINO**

JUDY MILENA PEÑA MARTÍNEZ
IVÁN DANIEL OLAYA CAMPOS
LAURA ALICIA ZAPATA ISAACS

**Trabajo de Grado para obtener el
Título Profesional de Abogado**

Director:
Dr. NORMAN HUMBERTO LOZANO SANABRIA.
Abogado

**UNIVERSIDAD DE LA SABANA
FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS – CISFADER
CHÌA
2004**

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	1
1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA	4
1.1 LA LEY PENAL Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ROMANO	4
1.1.1 Penas a los acusadores.	6
1.1.2 Connivencia (praevaricatio).	6
1.2 EVOLUCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO	7
1.2.1 Código Penal de 1936.	7
1.2.2 Del prevaricato en el Código Penal de 1936.	8
1.1.2.1 De la conducta.	9
1.3 CÓDIGO PENAL DE 1980 (DECRETO 100)	9
1.3.1 Orientación Filosófica.	9
1.3.2 Orientaciones Explícitas.	10
1.3.3 El tipo penal del prevaricato en el Código Penal de 1980.	11
1.4 CÓDIGO PENAL DE 2000 (LEY 599 Y 600)	12
1.4.1 Aspectos jurídicos que informan el nuevo Código Penal.	12

1.4.1.1 Primer Aspecto.	13
1.4.1.2 Segundo Aspecto.	15
1.4.1.3 Tercer Aspecto.	16
1.4.2 El tipo penal del prevaricato en el nuevo Código Penal.	16
1.4.2.1 El prevaricato por acción.	16
▪ Descripción legal.	16
▪ Análisis del tipo.	16
1.4.2.2 El prevaricato por omisión.	19
▪ Descripción legal.	19
▪ Análisis del tipo.	19
2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA DE CASACIÓN PENAL	21
2.1 LA VÍA DE HECHO Y EL PREVARICATO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	21
2.1.1 La vía de hecho.	22
2.1.1.1 Requisitos de la decisión judicial para ser considerada una vía de hecho.	24
2.1.1.2 Defectos en la Actuación.	28
2.1.2 El Prevaricato en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.	29
2.1.2.1 Nexo Causal entre la vía de hecho y el prevaricato.	29

2.2 EL PREVARICATO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	30
2.2.1 Línea jurisprudencial de la conducta prevaricadora.	31
2.2.1.1 Prevaricato por acción.	31
▪ Descripción legal.	32
▪ Análisis del tipo.	32
2.2.1.2 Prevaricato por omisión.	48
▪ Descripción legal.	48
▪ Análisis del tipo.	48
2.3 GRÁFICA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	50
3. DERECHO COMPARADO	51
3.1 EL PREVARICATO EN ARGENTINA	52
3.2 EL PREVARICATO O DE LA PREVARICACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL	54
3.3 PLANTEAMIENTO JURIDICO EN RESPUESTA AL PROBLEMA DE TIPIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PREVARICATO	58
3.4 CUADRO COMPARATIVO DE LOS TIPOS PENALES	59
CONCLUSIONES	70
BIBLIOGRAFÍA	72
ANEXOS	

ANEXOS

	pág.
FICHAS JURISPRUDENCIA	
1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.	1
1.1 SENTENCIAS CASACIÓN	
1.1.1 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal. M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Proceso 9196 de 14-05-96.	1
1.2 SENTENCIAS SEGUNDA INSTANCIA (APELACIÓN)	
1.2.1 _____, M.P. Dr. Luís Enrique Romero Soto. Acta 23, 23-04-82, Gaceta Judicial No 2408, 1982. p. 143.	3
1.2.2 _____, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Proceso 9820 de 19-09-96.	6
1.2.3 _____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 11895 de 27-08-97.	9
1.2.4 _____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 11061 de 10-12-97.	12
1.2.5 _____, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Proceso 13628 de 26-05-98.	14
1.2.6 _____, M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Proceso 11156 de 15-10-99.	17
1.2.7 _____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 13601 de 15-05-00.	19
1.2.8 _____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 10253 de 23-10-95.	23
1.2.9 _____, M.P. Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Proceso 14153 de 27-09-00.	25

1.2.10 _____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 13683 de 02-05-01.	29
1.2.11 _____, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Proceso 13261 de 14-06-01.	32
1.2.12 _____, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Proceso 18351 de 07-11-01.	34
1.2.13 _____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 14254 de 14-03-02.	38
1.2.14 _____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 17008 de 04-04-02.	40
1.2.15 _____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso 19006 de 09-04-02.	42
1.2.16 _____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 19453 de 28-05-02.	45
1.2.17 _____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 16627 de 25-06-02.	47
1.2.18 _____, M.P. Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Proceso 15296 de 30-07-02.	51
1.2.19 _____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 15728 de 29-08-02.	53
1.2.20 _____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 15513 de 03-09-02.	58
1.2.21 _____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 16262 de 18-02-03.	61
1.2.22 _____, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Proceso 16444 de 27-03-03.	64
1.2.23 _____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripio. Proceso 18031 de 11-03-03.	67

1.3 SENTENCIAS ÚNICA INSTANCIA

1.3.1CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso 15100 de 21-01-03.	70
---	----

1.3.2 _____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
Proceso 17871 de 25-02-03. 73

1.4 CONFLICTO DE COMPETENCIA

2.4.1 _____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.
Proceso 18695 de 12-09-01. 76

2.4.2 _____, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero. Acta 57,
19-06-85, Gaceta Judicial No 2420, 1985. p. 281. 79

INTRODUCCIÓN

En el decurso de la evolución jurídica se han implementado mecanismos para el establecimiento de un orden social justo, pero ante todo equitativo, no sólo en las relaciones entre los asociados del conglomerado social sino también en el flujo de interacciones que se presentan entre las diferentes ramas que prohíjan la manutención de parámetros mínimos de convivencia. Luego, la organización del poder público requiere de medios que permitan estructurar, desarrollar e implementar mecanismos de control sobre sus miembros, sistemas que faciliten y se adecuen constantemente a las necesidades socio-político-culturales de los pueblos.

Es así como a través de la creación del sistema de administración de Justicia se propende por la consecución de los fines sociales, no sólo con el propósito de la jerarquización y estabilidad del poder público, sino también en la permanencia de garantías destinadas a la objetividad e igualdad formal y material de los asociados.

En desarrollo de los principios rectores de la Constitución, en la Administración de Justicia, se han ideado y plasmado, por medio de las descripciones de carácter Penal -no siendo ésta la única rama que cobija y arraiga en su interior la voluntad de salvaguardar a los ciudadanos de sus administradores y a los administradores de su poder-, elementos restrictores de la función jurisdiccional que tiene como finalidad evitar la vulneración a un Bien Jurídico de suma relevancia en el Estado Social y Democrático de Derecho, cual es, para el presente caso, la igualdad ante la ley de sus destinatarios, bien sean funcionarios, servidores públicos o ciudadanos.

Ahora bien, como corolario de la evolución jurídica, se ha construido una normatividad específica, aunque amplia, en el ámbito constitucional, disciplinario, penal, civil y fiscal que coadyuva en la imposición de sanciones que se materializan en ámbitos paralelos pero disímiles entre sí; se puede imputar la realización de una conducta que, vr.g., puede tener asidero normativo en un área específica del derecho y, por lo tanto, encontrar una sanción particular; pero al no encontrarse una conducta descrita o prohijada por una regulación que pudiese ser aplicable, no descarta muto propio su adecuación en conductas que arraigan una sanción distinta en virtud de la naturaleza de la conducta desplegada.

Debido a las anteriores consideraciones, hemos estudiado los delitos cometidos por los servidores públicos, en especial el tratamiento y el enfoque normativo dado por la Honorable Corte Suprema de Justicia al delito de Prevaricato en cada una de sus modalidades, y más recientemente la Corte Constitucional a través de las vías de hecho, teniendo como objetivo primordial determinar el lineamiento jurisprudencial que ha seguido, particularmente, la primera de ellas en cuanto a la conducta delictiva desplegada por los Servidores Públicos, en el delito en mención; las diferentes interpretaciones que se han hecho del tipo penal, mediante la búsqueda, análisis, sistematización, e interpretación de temas y problemas del derecho penal frente al tipo penal específico, así como determinar la efectividad de la conducta delictiva estudiada dentro del sistema penal colombiano y descubrir las falencias del mismo a la luz del derecho comparado Español y Argentino.

El alcance del análisis y la investigación es demostrar que la jurisprudencia Colombiana ha mantenido uniformidad en la línea desarrollada con base en las disposiciones normativas aplicables en la vigencia de cada uno de los códigos penales, en cuanto a las conductas prevaricantes se refiere, para, finalmente, plantear la solución al problema jurídico formulado, cual es el determinar la uniformidad respecto de los elementos estructurales del tipo penal de prevaricato en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana.

Es así como se investigará el tema en cuestión, partiendo de la evolución de ese tipo penal, aunado a un análisis jurisprudencial relacionado con el trato y determinación de los fallos del Supremo Tribunal frente a la comúnmente denominada corrupción. La presente investigación se inició con el estudio de los fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia Colombiana en un período de tiempo específico (Año 2000 a 2003) del cual se obtuvo como resultado la preselección de ciento sesenta y cuatro (164) sentencias, y la selección y análisis de cuarenta (40) sentencias, veintinueve (29) de ellas proferidas por la Corte Suprema de Justicia y las once (11) restantes por la Corte Constitucional, siendo el eje central de nuestra investigación las primeras, y en un carácter complementario las segundas.

La técnica empleada en la presente investigación parte del análisis jurisprudencial establecido a partir del cambio de Régimen Constitucional de 1991, para permitirnos finalmente, y frente al derecho comparado español y argentino, llegar a una propuesta que se adapte a las necesidades sociales, supliendo las falencias de interpretación y aplicación que el tipo penal posee en la actualidad.

Los motivos que impulsaron la realización de la presente investigación son: (i) el ofrecer una valiosa herramienta para los universitarios como para los profesionales que trabajan esta interesante área del derecho, partiendo del acopio de las principales decisiones de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en un período de tiempo específico, como ya se anotó, en lo que se refiere al tema objeto de investigación, esto es la realización de las conductas prevaricantes en sus distintas modalidades por el servidor público; (ii) que el tipo penal estudiado, a la luz del derecho comparado -español y argentino-, permite dilucidar la exigencia de un sujeto activo menos cualificado en lo que respecta a quienes incurrir en la conducta delictiva; (iii) y con base en la anterior consideración, formular la necesidad de ampliar el tipo penal para que esto sirva de pauta al legislador para llevar a cabo un estudio actual, minucioso y cuidadoso de los elementos estructurales del tipo penal aducido.

1. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

1.1 LA LEY PENAL Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PENAL ROMANO

El Derecho Penal en Roma, en este aspecto, comienza en el momento en que el Estado a través de sus leyes pone limitaciones al arbitrio del juez sentenciador. La ley designa objetivamente cuáles son las acciones inmorales contra las que hay que proceder por causa y en beneficio de la comunidad, y por lo tanto prohíbe a la vez el empleo de tal procedimiento contra todas las demás, la ley organiza el procedimiento para la persecución de aquellas. Esa misma ley señala de un modo fijo la reparación que corresponde imponer por cada uno de los delitos. El derecho penal en Roma comienza con la Ley Valeria, en la cual se sometió el requisito de la confirmación por la ciudadanía de las sentencias capitales pronunciadas por el Magistrado contra los ciudadanos romanos; el derecho penal privado comenzó con aquella organización en virtud de la cual el pretor fue desposeído de la facultad de resolver definitivamente los asuntos penales, quedándole solo la de resolverlos de un modo condicional y remitiendo al jurado el negocio para que diera la resolución acerca de la condición señalada.¹

El procedimiento penal era sujeto a formalidades que solo podían tener lugar dentro de la ciudad de Roma, dado el carácter municipal de la comunidad romana, aunque el procedimiento penal estaba estatuido solo en relación con los ciudadanos varones, no siendo aplicable a los no ciudadanos ni a las mujeres.

Los conceptos generales de la evolución del derecho penal romano se remontan a una comunidad donde los atentados al derecho exigen la autodefensa por parte de ésta, tanto contra los enemigos exteriores como contra los interiores, así como contra los coasociados, los cuales, cuando lo ofendan, han de recibir igual trato que los primeros. La equiparación del enemigo interior con el exterior, el primero perdiendo su calidad de ciudadano, fue desde un principio la idea primordial del delito público o contra el Estado.² La autodefensa autoriza destruir al enemigo, por eso se daba muerte igual a los prisioneros de guerra que a los traidores a la patria. El órgano de esta autodefensa era el Magistrado quien poseía atribuciones para someter al enemigo exterior que se hallaba prisionero a un proceso y tratarlo con benignidad mayor a la ordinaria en determinadas circunstancias, pero no tenía la obligación de interrogarlo; ni jamás resolvía la ciudadanía sobre si se le perdonaba

¹ MOMSSEM, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Traducción P. Dorado, Profesor Universidad de Salamanca. Bogotá D.C. – Colombia, Editorial Temis, 1976. p. 36.

² Ibid., p. 37.

o no. En este sistema no había base alguna que sirviera de punto de partida a un proceso evolutivo jurídico.

Por otro lado, en Roma, en un principio, cuando se causaba daño o dolor a un particular, el mismo era quien había de tomar revancha su era libre, o, si no lo era, su señor había de vengarle. Y si no se conseguía ejercer por sí la autodefensa, entonces había de pedir reparación con el auxilio de sus parientes, o habían de pedirla éstos solos.³ Los límites divisorios entre la ofensa a la comunidad y la ofensa al particular pueden trazarse de muy diferentes modos. Después que el homicidio, el incendio y otros muchos hechos que pertenecieron en algún tiempo a la segunda categoría, pasaron a formar parte de la primera, ya no hay que buscar en el campo para los delitos privados. Pero el ejercicio de la propia defensa era lo que constituía el fondo y la base de la esfera del derecho penal, teniendo en cuenta que todos los delitos cuya comisión no consistía en una ofensa contra la comunidad, tenían que ir dirigidos contra una persona que podía exigir su reparación, o para la cual podía ser ésta requerida.⁴

Desde el punto de vista procesal, la persecución de los delitos, era una parte del poder de los Magistrados, tanto si se ejercía en concepto de coercición como si se ejercía en concepto de judicación o jurisdicción. La coercición, el Procedimiento Penal Público a que la misma dio origen, era un procedimiento puramente inquisitivo, sin presencia de partes, procedimiento que sufrió posteriormente la restricción derivada de una ley que permitía acudir a los comicios para pedir gracia de ciertas penas. En materia de jurisdicción funcionaba el Magistrado, y más tarde el jurado, como tribunal arbitral, cuyo fallo era jurídicamente obligatorio.⁵

La transformación del antiguo procedimiento penal de los comicios, con el magistrado en el posterior procedimiento por *quaestiones*, no consistió en otra cosa que sustanciar los delitos públicos en la misma forma que en el procedimiento privado, pues, por una parte, se concibió el juicio como una controversia jurídica entre la comunidad y el inculpado, y por otra, una vez que fue regulada la representación de la comunidad, el procedimiento por jurados se aproximó mucho al que usaban los comicios, ya que el jurado único o el pequeño tribunal de los *recuperatores* fue remplazado por grandes colegios de jurados, y la presidencia de estos grandes colegios le fue encomendada a un Magistrado.⁶

En la época del imperio, además de haberse restablecido, si bien con modificaciones, el antiguo procedimiento penal de los comicios con el Magistrado,

³ Ibid., p. 41.

⁴ Ibid., p. 41.

⁵ Ibid., p. 44.

⁶ Ibid., p. 45.

como aconteció con el alto tribunal senatorio-consular, hubo también de resucitarse con el tribunal del emperador el primitivo procedimiento en que no intervenía nadie más que el Magistrado, es decir, la coerción originaria de éste donde no se daba participación alguna, ni directa ni indirecta a la ciudadanía.

1.1.1 Penas a los Acusadores.⁷ En el Procedimiento Penal Público originario no había acusador, y por lo tanto, no había tampoco penas para los acusadores. El Magistrado que sustanciaba podía hacerse culpable de las mismas injusticias que era llamado a remediar, declarando culpable al procesado a sabiendas de que no lo era, demorando mucho el despacho de la causa incoada hasta hacer que caducara, o favoreciendo indebidamente al inculpado. Sin embargo, en estos casos no existía una verdadera responsabilidad penal, o por lo menos, tales abusos no caían dentro del círculo general de los delitos cometidos por los funcionarios públicos.

Los delitos de los acusadores en los procesos por *questiones* eran de tres clases: *calumnia*, o sea la interposición de una acción con consciencia de que era infundada; la *tergiversatio*, que es el desistimiento injustificado de la misma, el acto de abandonarla después de haberla interpuesto; la *prevaricatio*, o acto de llevar la acción por vías favorables al acusado culpable. Estos tres delitos tenían de común entre sí que los mismos fueron regulados de igual manera para todos los *iudicia pública*, presuponiéndose en todos ellos un proceso anterior del cual eran los mismos una consecuencia, por lo tanto, no se estableció ningún tribunal especial para conocer de ellos, sino que los resolvía el propio tribunal competente para entender en el asunto principal.

1.1.2 Connivencia (Praevericatio).⁸ La *praevaricatio*, que etimológicamente significa atravesamiento, indicaba en el procedimiento acusatorio la connivencia de las partes para llevar el proceso por vías tales, que resultase injustamente favorecido el acusado, con la absolución o con una pena aminorada para protegerlo de este modo contra cualquier acusación. No se estableció ningún tribunal para entender de la prevaricación, como no lo había tampoco para entender de la calumnia; cuando llegare a afirmarse la existencia de la prevaricación, conocía de ella el mismo tribunal que hubiera dado el fallo contra el cual se reclamaba. Este asunto no se promovía inmediatamente después del asunto principal, sino que podía entablarse la demanda posteriormente, advirtiéndole que funcionaban para sustanciarla y resolverla el mismo magistrado, y de ser posible el mismo jurado, cuando el jurado hubiese intervenido en el asunto principal. El tribunal comenzaba por establecer si hubo

⁷ Ibid., p. 315.

⁸ Ibid., p. 315.

o no prevaricación en el juicio anterior respectivo, y en caso de haber existido, daba un segundo fallo sobre el asunto principal, anulando el primer fallo, y además imponía una pena por la prevaricación. El individuo absuelto injustamente sufría las consecuencias derivadas de la anulación del fallo absolutorio, y además la infamia. El actor que se hubiera puesto en connivencia con el acusado, además de tener que devolver el dinero recibido por la corrupción, en caso de haberlo recibido, era castigado igualmente que el calumniador y a la vez de la pérdida del *ius honorum*. En los tiempos posteriores se le imponía también una pena criminal extraordinaria, al arbitrio del tribunal. Mas el principio de la ley del talión no se aplicaba a la prevaricación; el inculpar de mala fe a alguien de prevaricador daba lugar a un proceso de calumnia.

Aunque la prevaricación pertenecía también al procedimiento acusatorio, el castigo que llevaba consigo era de índole penal, no sólo en el caso de que se conociera de ella en causa criminal extraordinaria, sino también en el caso de que el patrono jurídico (abogado o procurador) que interviniese en un proceso penal o en uno privado se hubiese puesto en connivencia con la parte contraria.

1.2 EVOLUCIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

1.2.1 Código penal de 1936. La Ley 20 de 1933 creó la “comisión de asuntos penales y penitenciarios”, integrada por los doctores Parmenio Cárdenas, Rafael Escallón, Carlos Lozano y Lozano y Carlos Vicente Rey, que se encargarían de la redacción del Proyecto del Código Penal.

Este Código tenía los siguientes principios:

- Se afilia al positivismo⁹ y sobretodo al concepto de responsabilidad social.
- La defensa social es la fuente y finalidad del ordenamiento penal.
- Se acepta el análisis positivista de la peligrosidad¹⁰, basando la responsabilidad penal en la actividad psicofísica del agente.

⁹ Corriente Doctrinal surgida en la primera mitad del s XIX, que pretendía abordar el estudio del derecho como un elemento de las ciencias naturales; para ello, la ley se convertía en el centro de su atención. Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo. Barcelona. Vol. 10, 1984; p.3315.

¹⁰ Delito de Peligrosidad: Acción delictiva que supone un riesgo para un bien jurídico. Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo. Barcelona. Vol. 9, 1984; p.4117.

- Divide las sanciones en penas¹¹ y medidas de seguridad, como consecuencia del diferente tratamiento entre imputables e inimputables; las medidas de seguridad¹² sólo se prevén para enajenados, intoxicados y menores, y son: internación en manicomio y en colonia agrícola, libertad vigilada, trabajo obligatorio en obras y empresas públicas y prohibición de concurrir a determinados lugares; para menores se prescribe la libertad vigilada y reclusión en escuela de trabajo.
- Son excepción a la orientación positivista del Código, instituciones o preceptos de origen clásico como la coparticipación criminal y la tentativa¹³, mezclados en forma intermitente con principios e instituciones claramente positivos¹⁴.

1.2.2 Del prevaricato en el código penal de 1936. El Decreto 2300 de 1936 (código penal de 1936) en su Capítulo V, artículo 168, clasifica al Prevaricato como un delito contra la Administración Pública y se desarrolla de la siguiente manera:

“Art. 168¹⁵. El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de cuatro a ocho años de presidio.

A la misma pena señalada en el inciso primero de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto

¹¹ Pena: castigo impuesto por autoridad legítima, especialmente de índole judicial, a quien ha cometido un delito o falta. Mezenger dice que en sentido estricto es la “imposición de un mal proporcionado al hecho”; es decir, una “retribución” por el mal que ha sido cometido. OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina. 1978. p. 558.

¹² Medida de seguridad: consiste en el sometimiento del delincuente a un tratamiento o fiscalización adecuado para evitar nuevas manifestaciones de su tendencia perversa o antisocial. OSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina. 1978. p. 459.

¹³ Interrupción en la ejecución de un delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Además de los motivos externos al actor, la tentativa queda delimitada por la existencia del propósito de cometer el delito, y por la iniciación de los actos propios para su comisión.

¹⁴ PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Colombia. Sexta Edición. 2003. p. 44.

¹⁵ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal y Código de Procedimiento Penal. Colombia. Cuarta Edición. 1971. p. 50.

propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado”.

1.2.2.1 Conducta. La conducta se concreta en el acto de proferir, omitir, rehusar, retardar o denegar el objeto material de la infracción; es una manifestación de la voluntad del agente, quien ejerce en sentido formal y material (aunque de manera ilegal o arbitraria) la autoridad de la cual está investido. Por ello, no es necesario que la sentencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.

1.3 CÓDIGO PENAL DE 1980

1.3.1 Orientación filosófica. El Código está dividido en dos libros: en el primero se regulan los principios que informan toda la legislación penal colombiana; igualmente lo relacionado con la aplicación de la ley, la estructura del delito, con todos los elementos que lo tipifican, los concursos y las causas que excluyen o modifican la punibilidad. Finalmente, se reglamentan las penas y las medidas de seguridad, así como lo relacionado con la responsabilidad civil derivada del delito, y las normas que, aunque de carácter procesal, siempre se tratan en los Códigos Sustantivos, sobre prescripción de la acción y la condena penal. No se tratan las contravenciones.

El cambio fundamental que se introduce en el proyecto es el tránsito del viejo y obsoleto peligrosismo positivista abandonado ya en todo el mundo, hacia un derecho penal de culpabilidad. No se trata de un retorno al pensamiento clásico en el sentido carrariano. Este sistema tampoco tiene raíces en el pensamiento de Kant, conforme al cual la pena se concibe como un imperativo categórico, ni menos con la teoría de la doble negación de Hegel (el delito es negación del derecho, y la pena es negación del delito). Las normas penales no tienen ya sentido absoluto y excluyente, pero resulta claro que deben tener carácter expiatorio, aunque no sea esa su única finalidad. Expiación o retribución, prevención general y prevención especial son criterios que se conjugan en la noción contemporánea de la pena. Así mismo, se llega a la conclusión que los seres humanos en condiciones de normalidad gozan de un cierto grado de libertad, en el sentido de capacidad de autodeterminación, o de decidirse frente a varias opciones y por sus acciones en contra de la ley se le declara culpable.

El Código de 1936, construye todo el sistema penal sobre los conceptos de peligrosidad y de defensa social. El proyecto lo hace sobre la tesis de que no puede haber pena sin culpabilidad. No se sanciona al individuo porque sea

peligroso, sino exclusivamente en cuanto es culpable, es decir, en cuanto ha realizado un comportamiento socialmente reprochable, producto de una voluntad que no ha debido ser. La culpabilidad adquiere entonces categoría de fundamento y medida de la pena. La cantidad del castigo se establece con base en el grado de la culpabilidad. De ahí el sentido expiatorio de la pena, como uno de sus fines, aunque no el único. Por eso el artículo 12 de este código afirma de la pena: “Tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora”¹⁶ y las medidas de seguridad, aplicables únicamente a los inimputables, persiguen fines de “curación, tutela y rehabilitación”¹⁷.

Finalmente, el Código Penal de 1980 no ofrece soluciones novedosas en cuanto a las penas de corta duración se refiere. En efecto, se demuestra que en esa época las penas cortas en vez de construir instrumentos de una buena política criminal, son poderosos factores crimino genéticos, pues la función re-socializadora no puede cumplirse en poco tiempo, y en cambio, el contagio criminal que opera en todos los establecimientos de reclusión, lo mismo que los efectos familiares y sociales de la reclusión misma produce nocivas consecuencias. Se han buscado sustitutos eficaces para estas formas de punición, pero sin resultado alguno. La aplicación de las multas en lugar de penas privativas de la libertad de corta duración, además de aspectos de notoria injusticia, ofrece dificultades insuperables. Igualmente es difícil en extremo introducir el trabajo en determinadas actividades para sustituir la reclusión. Sin embargo, se tomaron algunas previsiones importantes; se eliminó la pena de presidio cuyas diferencias prácticas con la prisión eran ningunas; las penas privativas de la libertad son simplemente la prisión y el arresto; y como una medida de política criminal se amplía el ámbito de la condena condicional para que su aplicación sea posible en los casos en que la pena impuesta sea hasta de tres años de prisión o simplemente arresto de cualquier duración.

1.3.2 Orientaciones Explícitas:

- Concepción del derecho penal como ciencia dogmática. Todos los tipos penales descritos en la parte especial del código tienen como soporte las normas rectoras que definen los tres elementos estructurales del hecho punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.
- Redacción técnica y sistemática. Se pretendió una elaboración precisa, técnico-jurídica, tanto de las normas de la parte general como de las

¹⁶ PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código Penal. Decreto 100. Edición Oficial. Colombia. 1980. p. 21.

¹⁷ Ibid., p. 21.

descripciones típicas de la parte especial, eliminando enunciaciones casuistas o reiteraciones innecesarias de los principios generales.

- La tipicidad¹⁸: El estatuto anuncia que el hecho punible es la acción u omisión prevista inequívocamente por la ley; es decir, con inclusión de todos sus elementos estructurales: sujetos (activo y pasivo – calificado o simple), vínculo causal, conducta con sus elementos descriptivos, normativos y subjetivos.
- La imputabilidad¹⁹: Este tema se trata autónomamente en la parte general, se considera como ingrediente del hecho punible, que es presupuesto de la culpabilidad.
- La culpabilidad²⁰: Se considera este elemento como fundamento y medida de la pena.

1.3.3 El tipo penal del prevaricato en el código penal de 1980. El Decreto 100 de 1980 (código penal de 1980) en su Capítulo VII, artículos 149, 150 y 151, clasifica al Prevaricato como un delito contra la Administración Pública y se desarrolla de la siguiente manera:

“Artículo 149. Prevaricato Por acción. El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

“Artículo 150. Prevaricato por omisión. El empleado oficial que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

¹⁸ Jiménez de Asúa, refiriéndose a Beling, creador de la teoría, dice que la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar la convivencia social se sancionan con una pena, estando definidos por el Código o las Leyes para poder castigarlos. “Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios par la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina. 1978; p. 748.

¹⁹ “Atribución a una persona de la comisión de un delito o falta. Es un supuesto previo de la culpabilidad”. Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo. Barcelona. Vol. 7, 1984; p. 2129.

²⁰ Los autores suelen atribuir a esta palabra dos acepciones distintas: en sentido lato, significa la posibilidad de imputar a una persona un delito, sea de orden penal o de orden civil. En sentido estricto, representa el hecho de haber incurrido en culpa determinante de responsabilidad civil o de responsabilidad penal. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Argentina. 1978; p. 748.

“Artículo 151. Prevaricato por asesoramiento ilegal. El empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a persona que gestione cualquier asunto en su despacho, incurrirá en prisión de uno a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

- **Principales Innovaciones²¹:** En el prevaricato se introdujeron algunas modificaciones. En el artículo 156²² se tipifica el prevaricato por acción y en el 157²³ el prevaricato por omisión. En ambos casos se elimina el elemento subjetivo del tipo (dolo específico) consistente en que la conducta se realice por “simpatía o animadversión”, porque esta circunstancia, prácticamente de imposible demostración, hacía inaplicable las normas. Las conductas antes descritas se basan en que si no hay antijuridicidad o culpabilidad, el hecho no es punible aunque aparezca formalmente contrario a la ley.

1.4 CÓDIGO PENAL DE 2000 (Ley 599 de 2000)

1.4.1 Aspectos jurídicos que informan el nuevo código penal. El señor Fiscal General de la Nación, Doctor ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, en el año de 1997 prometió que en un tiempo determinado, habló de un año inicialmente, presentaría al país un proyecto de ley mediante el cual se unificaría la materia penal en el ámbito sustancial, como en el ámbito procedimental. Esto obedeció al caos legislativo creado por la cantidad inmensa de expedición de normas que se había caído en los años ochenta y noventa, especialmente como consecuencia de aquellas atribuciones constitucionales que la Carta Política de 1886 le otorgaba al Señor Presidente de la Republica para expedir normas penales, bien por la vía del estado de sitio²⁴, bien por la vía de los decretos extraordinarios, previo el otorgamiento de facultades pro tempore y específicas, bien por la vía de los decretos autónomos constitucionales, o bien por la vía de la emergencia económica.

El señor Fiscal integró una comisión interinstitucional con el fin que, compuesta por Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la academia,

²¹ PABÒN PARRA, Op.cit., p. 44.

²² CÓDIGO PENAL. Op. Cit., p.128.

²³ Ibid., p. 129.

²⁴ Situación de violencia entre dos o más estados, acompañado de la ruptura de relaciones pacíficas. A este efecto no es necesario que se realicen actos bélicos, sino que las relaciones interestatales pasan a regirse por el estado de sitio. Gran Enciclopedia Ilustrada Círculo. Barcelona. Vol. 5, 1984; p. 1539.

de la Fiscalía, de algunos sectores que de una u otra forma manejan la política criminal del Estado, se presentara y preparara un proyecto de ley para la reforma del Código Penal. Sin embargo, una tal comisión se reunió y se hicieron algunos planteamientos. No pudo ser integrada, prácticamente no se hizo de ella ni siquiera la primera reunión formal. Posteriormente el para entonces presidente de la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Dr. CÓRDOBA POVEDA, envió una carta al señor Fiscal General de la Nación manifestándole que a esa corporación le resultaba imposible participar porque no contaba ni con los recursos físicos, ni con recursos económicos para emprender con seriedad una propuesta de reforma al Código Penal. No obstante lo anterior, se decidió de una vez por todas que el señor Fiscal GÓMEZ MÉNDEZ asumiera personalmente en el interior de la Fiscalía el compromiso de la elaboración de los proyectos de ley sobre el Código Penal, Código de Procedimiento Penal y Código Penitenciario-Carcelario. Se integró así, entonces, una comisión compuesta por dos fiscales delegados ante la Corte Suprema de Justicia, que serían los coordinadores, cuatro fiscales delegados ante Tribunales de diferentes partes del país, dos fiscales delegados ante los Juzgados del Circuito, dos fiscales delegados ante los Juzgados Municipales²⁵ y se contó con la asesoría de cuatro expertos en materias en las cuales la comisión creyó que era necesario el aporte de esas personas para elaborar unos borradores de proyectos de Código Penal, Procedimiento Penal y Penitenciario-Carcelario.

El proyecto se fundamentaba, principalmente, en que había que pensar en un nuevo sistema penal dado que primordialmente estábamos frente a un código penal preconstitucional, y sobretodo frente a una amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional que a través de sus fallos, particularmente aquellos conocidos como de constitucionalidad condicionada, obligaban a interpretar los textos anteriores de una forma compatible con la Constitución actual cuando los mismos habían sido pensados en una constitución totalmente diferente.

Así entonces emprendieron el trabajo sobre tres bases fundamentales denominadas los fundamentos político-jurídicos de la reforma del Código Penal caracterizada de la siguiente manera:

1.4.1.1 Primer aspecto. Es la Carta Política de 1991 y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia penal, aunado a ello los pronunciamientos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en tal temática.

²⁵ La Comisión fue creada por Resolución No. 0-0553 de marzo 4 de 1998, emanada del despacho del señor Fiscal General de la Nación.

La Carta Política de 1991, sin duda alguna, comporta un cambio de paradigma en la forma de ver el ordenamiento jurídico, podríamos decir que en el constitucionalismo antiguo las expresiones de justicia, ley y derecho son sinónimas, tienen el mismo significado y dan cuenta del mismo sentido y contenido; por el contrario, esas mismas expresiones, justicia, ley y derecho, tienen significados diferentes en el constitucionalismo moderno: ley es una cosa y derecho es otra cosa. Podríamos decir que el decálogo del constitucionalismo moderno que expresa el nuevo Código Penal es el siguiente:

Primero: “Una ley es válida no solo cuando lo es formalmente, sino también cuando por su contenido esté de acuerdo con los preceptos de la Constitución”. De allí la prescindencia de que los órdenes Constitucional y Penal ejercen los artículos primeros de la Carta Política y del Código Penal de 2000.

Segundo: “El constitucionalismo implica un retorno de la idea de la ley como previa al derecho, a la del derecho como previa a la ley”. Tal es la función de las normas rectoras que concretan, en el ámbito penal, los principios, derechos y valores constitucionales.

Tercero: “La relación del hombre con la ley ha cambiado totalmente, se ha pasado de una confianza en la ley, de que la ley en otro tiempo era el escudo de la libertad y del derecho, convertida precisamente en una idea contraria por la praxis”. Resplandece, como paradigma de ello, el sentido y contenido del artículo 13 del Código Penal de 2000, al señalar la rectoría, prevalencia y orientación de las normas rectoras.

Cuarto: “En un Estado Constitucional el juez debe ser una fuerza que se preocupe porque los valores superiores del derecho y del orden que la Constitución ha establecido como fundamentales permanezcan protegidos”.

Quinto: “Aun hoy en día el Juez esta sometido a la ley, nunca abarca toda la complejidad de la vida; pero también y en primer lugar a la ley”. Encuéntrase aquí el sentido de la igualdad material, cuando ordena el artículo 7º del Código Penal de 2000 un especial tratamiento para las personas mencionadas en el inciso final del artículo 13 de la Carta Política.

Sexto: “Antes los derechos fundamentales, en el constitucionalismo antiguo, valían en el ámbito de la ley; hoy en el constitucionalismo moderno es la ley la que vale en el ámbito de los derechos fundamentales”.

Séptimo: “Los derechos fundamentales están antes y por encima del orden jurídico”.

Octavo: “El constitucionalismo moderno se expresa en un sistema de reglas y preceptos de textura abierta. De allí deriva el importante poder del Juez como creador complementario del derecho”. Un muy buen ejemplo de ello es la fórmula de inimputabilidad por “estados similares” a los que tradicionalmente se conocen (inciso 1º del artículo 33 del Código Penal de 2000).

Noveno: “Entre los modelos de Estado y los diferentes derechos fundamentales no puede haber contradicciones insalvables, se impone la armonía y la sistematización”. Así sucede con los delitos de omisión y su fuente material que es el artículo 95 de la Carta Política, con el manejo de la imputabilidad, puesto que quienes así se consideran no son capaces de culpabilidad, principio exigido por el Estado Social de Derecho, pero la necesidad de protección de bienes jurídicos impone la posibilidad de intervención a título de prevención especial como forma de actuación del Estado Social. Empero, como contra garantía, se permite el reconocimiento de causales de justificación e inculpabilidad (inciso 2º del artículo 9º del Código Penal de 2000).

Décimo: “El Juez ya no es la boca de la ley”, “El Juez es el cerebro del derecho a través del cual se constituye la regla jurídica que aplicada al caso concreto que permita la realización de la justicia material”

1.4.1.2 Segundo aspecto. Es el Sistema Internacional de los Derechos Humanos y todo lo relacionado especialmente con las Graves Violaciones a los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, no en vano se encuentra que la segunda norma del Código Penal introduce una nueva Institución cual es el principio de integración, pero no de la integración como tal entre normatividades internas, sino integración de la interna con las externas. Significa esto, sin duda alguna, adoptar normativamente con todas sus consecuencias lo que se conoce como el bloque de constitucionalidad. Así mismo, también hallamos la creación de tipos penales como el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura que dan cuenta de la materialización de compromisos internacionales adquiridos por Colombia a través de tratados desde hace mucho tiempo pero que no habían sido desarrollados.

Por ello, también el Título II de la parte especial del Código se dedica a un bien jurídico autónomo e independiente que se denomina “De las personas y los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”, a través del cual se desarrollan los convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, pero también se cumplió en la parte especial con algunos compromisos adquiridos por Colombia en materia de derechos de autor, marcas y patentes, protección en esas materias que nos pone a tono en la legislación nacional, no solo con los compromisos internacionales, sino también con las materias que ya muchos países sobre ese tópico han desarrollado.

1.4.1.3 Tercer aspecto. Fue tal vez el más discutido: la orientación dogmática del Código. Fue el más discutido porque en materia de orientación dogmática obviamente las posiciones particulares son bastante prolíficas, aunque finalmente se haya hablado de una dogmática abierta, el Código en principio podría decirse que no se afilia a ninguna corriente dogmática ni a ninguna escuela penal, aunque obviamente, en la parte general nos podemos dar cuenta que de una u otra forma se puede afirmar que nos encontramos frente a una orientación que se conoce actualmente como post-finalismo, que en definitiva ha sido clasificada como una síntesis de las corrientes neoclásica y finalista. En principio se quiso dejar un estatuto abierto para que sean la jurisprudencia y la doctrina las que a través de los años vayan perfilando cuál es la orientación dogmática del Código.

1.4.2 El tipo penal del prevaricato en el nuevo código penal.

1.4.2.1 Prevaricato por acción

- **Descripción legal.** *“Art. 413²⁶.- El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) años a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) 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”.*

²⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código penal colombiano, ley 599 de 2000. Bogotá D.C: Ed. Leyer. Décima Tercera Edición. 2003. 110 p.

- **Análisis del tipo.**
- **Tipo de resultado²⁷:** la conducta *proferir* implica manifestación externa de la voluntad y efectivos resultados sensibles en el ámbito naturalístico, por lo tanto, toda la descripción contenida en el tipo es necesaria para su cabal adecuación.
- **Tipo de lesión²⁸:** intrínsecamente, la realización del hecho encierra no sólo amenaza efectiva de daño o lesión al bien jurídico protegido (administración pública) sino también una especificación de acatamiento al principio de legalidad que subordinado orienta toda la actividad del Estado y de sus agentes.
- **Tipo de conducta Instantánea:** según el alcance cronológico de la conducta, con la materialización del acto manifiestamente contrario a la ley se produce la perfección y agotamiento del tipo sin interesar sus efectos, la duración de éstos o las diversas formas que puede llegar a asumir.
- **Tipo mono-ofensivo:** sólo un interés jurídico- la administración pública- es vulnerado con la resolución: el respeto al principio de legalidad, la probidad de los servidores públicos y el correcto desarrollo de la actividad estatal.
- **Sujeto activo cualificado jurídicamente y singular:** el servidor público, de acuerdo con el artículo 20 del C.P.²⁹.
- **Sujeto pasivo:** el Estado, titular del bien jurídico protegido.
- **Conducta:** la conducta se concreta en el acto de declaración, emisión o producción del objeto material de la infracción; manifestación de la voluntad del agente quien ejerce en sentido formal y material (aunque de manera ilegal y arbitraria) la autoridad de la cual está investido. Por ello

²⁷ Los tipos de resultado son aquellos en los que se exige que la realización de la conducta traiga como consecuencia un determinado evento o resultado. El resultado exigido bien puede consistir en concretos cambios en el mundo exterior o en modificaciones o daños en el objeto material de la infracción, y pueden estar presentes en forma explícita o implícita en la descripción. PABÓN PARRA, Op.cit., p. 210.

²⁸ Aquellos que exigen o traen como necesaria consecuencia la vulneración efectiva del bien jurídico tutelado. Ibid., p. 212.

²⁹ Ibid., p.1237.

no es necesario que la providencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.

- **Objeto material:** la acción se orienta hacia una resolución o dictamen que profiere el servidor público y que tiene la característica de ser manifiestamente ilegal. El término “Resolución” se ha de entender en sentido amplio, como decisión, manifestación de la voluntad, determinación con relevancia jurídica que hace el agente con ocasión del ejercicio de su cargo o funciones, así mismo, comprende, todos los actos administrativos (verbales o escritos), los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público. Los únicos actos no incluidos en la norma son los actos legislativos y las leyes, de los cuales es imposible proclamar su manifiesta ilegalidad. “En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse”³⁰. Otra doctrina considera que la resolución debe asumir forma escrita siempre³¹

El dictamen es el juicio, opinión o concepto que se emite dentro del proceso judicial como medio probatorio de innegable valor, pero que por la ola de inmoralidad que ha invadido nuestra justicia, se ha tornado en la más peligrosa fuente de fraude y colusión.

La nueva norma aclara que la acción puede recaer sobre un “concepto” en la cual la rendición de conceptos es frecuente por parte de servidores que ejercen funciones de asesoría técnica o jurídica.

- **Elementos normativos.** las expresiones resolución o dictamen han de ser “manifiestamente contrarias a la ley”. Lo manifiesto es lo ostensible, lo evidente, la ilegalidad del acto proferido no debe tener discusión, debe ser clara e incontrovertible, se excluyen de incriminación los actos o dictámenes respecto de los cuales haya controversia sobre su legalidad o ilegalidad, tales controversias doctrinales o jurisprudenciales pueden ser consecuencia de vacíos legales o deficiencias en la redacción de la norma, y llevan al funcionario a asumir una posición que es sustentable y sostenible. Caso en el cual el elemento “manifiestamente ilegal” no estará presente.

³⁰ FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la Administración Pública, 2ª.edición, Bogotá. Editorial Temis, 1985. p.156.

³¹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso. Delitos contra la Administración Pública, en Derecho Penal Especial, 2ª edición, Bogotá. Editorial Temis, 1985. p. 102.

Es necesario que haya contradicción clara, oposición evidente al acto y la precisión legal o violación flagrante de una norma positiva, por la cual se excluyen las violaciones al decálogo, al derecho natural o a los principios generales del derecho que no estén expresamente aceptados por una norma positiva.

No prevarica quien ante las dificultades de interpretación de una norma, hace una intelección equivocada de la misma, si no se da el aspecto subjetivo o el propósito de fallar contra derecho³².

- **Tipo subjetivo:** es el delito doloso en esencia, que requiere el conocimiento de que la manifestación de la voluntad estatal emitida por el agente es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos, también exige la conducción voluntaria de su actuar hacia el pleno cumplimiento de dicha acción.
- **Antijuridicidad:** la manifiesta ilegalidad del acto, objeto material de la infracción, excluye la posible aceptación de causales de justificación como el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

1.4.2.2 Prevaricato por omisión.

- **Descripción legal.** “Art. 414³³.- El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

- **Análisis del tipo.**

Tipo de mera conducta
Tipo de lesión
Tipo de conducta instantánea
Tipo mono-ofensivo

³² VALENCIA, Jorge. Estudios de Derecho Penal Especial. 1ª edición, Bogotá, Editorial Temis, 1989. p. 163.

³³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Op Cit. p. 100.

Sujeto activo cualificado jurídicamente y singular: servidor público, de acuerdo con la enunciación del artículo “63” del C.P.³⁴.

Conducta: el verbo determinador es compuesto alternativo: omitir, rehusar, retardar o denegar. Se disponen cuatro formas de comportamiento negativo del agente que implican el incumplimiento de los deberes propios de su cargo o funciones:

Omitir: abstención, reticencia, no hacer lo debido.

Rehusar: no aceptar, no conceder, negarse a realizar el acto debido.

Retardar: deferir mas allá de los términos legales, implica ejecución extemporánea del acto debido.

Denegar: no decidir o decidir lo contrario a lo debido.

Objeto material: la conducta se orienta sobre un acto propio de las funciones del agente, lo cual implica la necesaria valoración de su competencia funcional o de las potestades atribuidas.

Elementos normativos: las diversas modalidades o formas de comisión (omitir, rehusar, retardar, denegar) tienen como base o soporte el incumplimiento de funciones legales imperativas y expresas, por lo cual, respecto de la acción considerada en sí misma, es necesario el examen riguroso de la capacidad funcional del agente para el proceso de adecuación típica.

³⁴ PABÓN PARRA, Op Cit., p.1242. [Cabe resaltar que el autor incurre en un imprecisión, toda vez que el artículo 63 del C.P., modificado por la ley 190 de 1995, y que define servidor público, correspondía al código penal (decreto 100 de 1980) vigente con antelación a la expedición de la ley 599 de 2000. Luego, debe entenderse que el artículo que establece la significación de Servidor Público, y que quiso ser traído a colación por al autor, se encuentra regulado en el artículo 20 del actual Código Penal Colombiano, esto es la ley 599 de 2000.].

2. LÍNEA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN PENAL

Como consecuencia de un desarrollo sistemático e hilado de los temas que se han venido desarrollando, es menester entrar a abordar la problemática desde la perspectiva jurisprudencial de dos de nuestros altos Tribunales, siendo pertinente, soslayar el manejo estructural, conceptual, pragmático y material que se formula dentro de la línea jurisprudencial colombiana.

Ahora bien, en virtud de la renovación del ordenamiento legal colombiano, a través de la expedición de la Constitución de 1991, se introdujo en el país, en especial en el contexto legal, un nuevo sistema de reglas y sub-reglas en la construcción, interpretación y aplicación de las normas creadas con anterioridad, durante y posterioridad a la Constitución de 1991. Es claro que el nuevo proteccionismo emanado de la Carta, la primacía y trascendencia de bienes jurídicos, connota el decaimiento de instituciones formalmente estructuradas pero materialmente debilitadas. Es así como en desarrollo de los nuevos preceptos constitucionales se edificaron derechos, bienes jurídicos y mecanismos de protección de los mismos, que tienen como finalidad última, el garantizar un orden social justo a partir de la observancia del principio de igualdad “Reconocer la igualdad entre los iguales y la desigualdad entre los desiguales”.

Como corolario de lo anterior, debemos abordar no sólo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino que se hace indispensable para nuestro estudio abordar, desde la perspectiva del derecho contemporáneo, las nuevas técnicas y valoraciones de los derechos que emanan del reconocimiento sustancial plasmado en las Normas Sustantivas, y para ello también será objeto de estudio, en lo pertinente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana.

2.1 LA VÍA DE HECHO Y EL PREVARICATO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

A raíz de la transición que sufrió el ordenamiento sustancial colombiano en el año de 1991, debido a la implementación de nuevos preceptos constitucionales con motivo de la expedición de un ordenamiento sustancial práctico y fundamentado en el reconocimiento de los derechos inherentes a la persona, tanto desde su óptica ontológica como metafísica, se dio cabida al estudio de los precedentes jurisprudenciales, y a la interpretación de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En ese orden de ideas, el constituyente estableció mecanismos encaminados a la protección de los derechos y garantías de todos y cada uno de los integrantes del conglomerado social. Así, en el artículo 86 de la Constitución Política, previó un mecanismo idóneo de protección de los derechos que muto propio forman parte de la naturaleza humana, en tanto sólo se predicen de la humanidad propia de las personas (en sentido natural y no jurídico). Por ello la norma (sic) instituyó la acción de tutela como el medio primordial para buscar la protección de los derechos constitucionales fundamentales, que puedan ser, bien por omisión o por acción de cualquier autoridad pública, o por particulares, desconocidos o violentados.

Precisamente, en desarrollo del mecanismo precitado, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha venido desarrollando técnicas específicas para la interpretación de sus decisiones a partir del manejo de precedentes y de la ilación y mantenimiento de líneas jurisprudenciales.

Precisamente, son las facultades que la Carta Política le ha otorgado a la Suprema Corte las que han permitido que ésta condicione las acciones u omisiones de los funcionarios públicos al acatamiento de las normas sustanciales, conllevando su desconocimiento a una vía de hecho por la violación (por acción o por omisión) de los derechos fundamentales de sus integrantes. Sin embargo, se debe enfatizar que la creación de la vía de hecho no encuentra sus raíces en el Derecho Constitucional, sino en el Derecho Administrativo.

2.1.1 La vía de hecho. Las acciones u omisiones en el ejercicio jurisdiccional dentro de la administración de Justicia aparejan para sus funcionarios la responsabilidad de la observancia no solo de los ritos procedimentales, sino que, a la vez, requiere de un ejercicio hermenéutico que le permita al servidor público prever y analizar las posibles variantes y situaciones en las cuales se pueda poner en peligro los intereses intrínsecos de la persona, sus derechos subjetivos (el interés jurídicamente tutelado).

El juez es quien tiene sobre sus hombros la obligación – deber de propender por la protección y recta observancia de las normas sustanciales y adjetivas que encarnan la proximidad a un orden social justo. Pero, efectivamente, el operador judicial en el ejercicio de sus funciones puede incurrir, mediante su accionar o la inervación para desarrollar una actividad que le es propia, en la conculcación de los derechos de los administrados. Sería absurdo pretender que el administrador de justicia pudiese, a través de la investidura que le ha sido impuesta, desconocer los derechos reconocidos por el Estado Social de Derecho, por las Normas del Ordenamiento Superior.

Así, la Corte Constitucional ha establecido en forma inequívoca y unánime la vía de hecho en materia constitucional, en ese sentido a partir de la Sentencia C- 543 de 1992, sentencia fundadora de línea³⁵, que tiene su primigenio inicio en las primeras postulaciones realizadas por la Corte, delimitó la operabilidad de la acción de tutela contra las decisiones judiciales que, inicialmente, gozan de su revestimiento de legalidad, pero que simplemente son el instrumento para traspasar y quebrantar los principios que revisten la administración de justicia,³⁶ entendiéndose por ésta *“la determinación arbitraria adoptada por el juez, o una omisión del mismo carácter, en virtud de la cual se atropella el debido proceso, se desconocen garantías constitucionales o se lesionan derechos básicos de las personas, en razón de una flagrante desobediencia a lo prescrito por la Constitución y la ley.”*³⁷

En ese mismo sentido, en la Sentencia T-079 del 26 de febrero de 1993, con ponencia del Magistrado, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, se indicó:

“(…)

*A los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones, les está vedado actuar por fuera de las funciones atribuidas por la Constitución o la ley. Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su sola voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona. La doctrina de las vías de hecho, la cual tiene por objeto proscribir las actuaciones arbitrarias de la autoridad que vulneran los derechos fundamentales de las personas”.*³⁸

Es claro que la Corte ha definido amplia y claramente la vía de hecho y cuándo procede la acción de tutela frente a las decisiones judiciales que aparentemente están revestidas de legalidad, pero que, precisamente, por su abierta contrariedad con el ordenamiento Sustancial y legal, devela su ilegalidad en la vulneración de garantías y derechos fundamentales perdiendo el velo que le imprime acatamiento y, en consecuencia, debiendo someterse a la intervención jurisdiccional en procura

³⁵ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Bogotá: Legis, Reimpresión. 2002. p. 67.

³⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-8332. 1993. Disponible en la Página Web: www.ramajudicial.gov.co/jurisprudencia [online]. Bogotá - Colombia. 2004.

³⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. SU- 960 DE 1999. M.P. Hernández Galindo, José Gregorio. Expediente T-220687. Disponible en la página web: www.ramajudicial.gov.co/jurisprudencia. Bogotá - Colombia. 2004. Véase También CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T- 151643. SU-542. 1999.

³⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-079 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-5942. 1993.

de la protección de los preceptos mínimos que rigen el Estado Social de Derecho³⁹.

A través del proferimiento de sentencias hito –en las cuales se define una sub-regla de derecho constitucional- materializa los elementos y operabilidad de la acción de tutela frente a decisiones judiciales que encubren una vía de hecho y por ende se ratifica su palmaria discordancia con los derechos constitucionales fundamentales, y el resquebrajamiento de los principios que instruyen las normas sustanciales (al respecto véanse las sentencias T-211/93, T-348/93, T-576/93, T173/93, T-422/93, T-231/94, T-118/95, T-260/99, SU-786/99, SU-563/99 y SU-1185/01, entre otras).

2.1.1.1 Requisitos de la decisión judicial para ser considerada una vía de hecho. Los funcionarios judiciales están sometidos al imperio de la Constitución y la ley -C.P. art. 230-, y sus actuaciones sólo podrán ceñirse a los parámetros permitidos por aquella; el funcionario debe objetiva y subjetivamente ceñir el ejercicio de sus funciones a la misión y parámetros prescritos por las normas que regulan su actuar.

En ese orden de ideas, el indebido uso de las atribuciones conferidas a los funcionarios públicos conlleva el desconocimiento de las obligaciones sustanciales y adjetivas, según sea el caso, de aquéllos y la inobservancia de los principios rectores del Estado Colombiano, primordialmente el respeto de la persona y el reconocimiento efectuado por al Constitución de la misma.

Ahora bien, para poder determinar claramente que acciones u omisiones generan dentro de la actuación jurisdiccional una vía de hecho, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido cuáles son los requisitos que deben presentarse en el actuar de los funcionarios que conllevan al incumplimiento e inobservancia, dentro de los ritos adjetivos, de los derechos fundamentales de los sujetos procesales en un determinado proceso a la vulneración de los mismos.

Así, la Corte Constitucional, en providencia de fecha 15 de julio de 1994, sentencia No. T-327, bajo la ponencia del Magistrado Dr. VLADIMIRO NARANJO MESA, señaló los requisitos para efectos de la configuración de la vía de hecho, manifestando:

“(…)

2.1 Las vías de hecho

³⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, sala plena. M.P. Hernández Galindo, José Gregorio. Expediente T-212590. SU- 786. 1999.

(...)

Ahora bien, las vías de hecho no siempre dan lugar a la acción de tutela, porque, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, para que proceda la acción referida contra providencias que presentan en su contenido el vicio de las vías de hecho, deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que la conducta del agente carezca de fundamento legal;*
- b) Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la autoridad judicial;*
- c) Que tenga como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales, de manera grave e inminente;*
- a) Que no exista otra vía de defensa judicial, o que, existiendo, se interponga la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que el examen particular que realice el juez de tutela verifique que la otra vía, en cuanto a su eficacia, no es la más adecuada para la protección inmediata del derecho fundamental violado o amenazado.*

(...)"

Ahora bien, es necesario analizar y entender, someramente, el alcance de los requisitos para la configuración de las vías de hecho, es decir, comprender perfectamente el por qué dichos requisitos devienen en la procedencia de la acción de tutela frente a determinadas decisiones judiciales.

Veamos, entonces, lo que hemos decidido denominar requisitos externos de la vía de hecho:

"(...)

2.1.1 Que la conducta del agente carezca de fundamento legal

*Es conocido el principio rector del Estado de Derecho según el cual las autoridades públicas tan sólo pueden hacer aquello que les está permitido por la ley, mientras que los particulares gozan de un margen de indeterminación bastante amplio, ya que pueden hacer todo aquello que no les está prohibido. En este caso la que permite o prohíbe es la depositaria de la **autoridad**, es decir, la ley, como manifestación expresa de la voluntad general en orden al bien común. De acuerdo con lo anterior, la ley es el principio de razón suficiente para toda actuación que realice cualquier autoridad pública, de suerte que no puede ni omitir los deberes ni extralimitarse en el ejercicio de sus funciones. Lo que no esté permitido por la ley, no lo puede realizar la autoridad, bajo ningún aspecto.*

La ley **autoriza** al funcionario público, legitima su poder, siempre y cuando dicho funcionario **ajuste** su conducta al mandato legal. De ahí que los que detentan el poder público, en estricto sentido, son **mandatarios** de la ley, en virtud de ser ésta la suprema autoridad dentro de la estructura del Estado Social de Derecho.

Luego el agente público que no tenga un fundamento legal en su actuación, carece de principio de legitimidad, y en tal sentido su actuación no vincula al Estado, por no estar conforme a derecho.

2.1.2 Que la acción obedezca a la voluntad subjetiva de quien desempeña la actividad judicial

El derecho es el mundo de la objetividad. De manera que para que el acto de una autoridad judicial esté legitimado, debe obedecer a la objetividad legal. Todo aquello que no se funde en la objetividad legal, se colige que es fruto de la voluntad no general sino subjetiva del juez. Dentro del sistema jurídico que impera en Colombia, la determinación subjetiva del juez no produce efectos jurídicos, por dos razones: primera, porque el juez no crea el derecho; segunda, porque toda su actividad es reglada, es decir, **ordenada por la ley**. Lo anterior no quiere decir que el juez no tenga un margen de interpretación de la norma, de reflexión y de adecuación del texto legal a las circunstancias reales y concretas, pues su función así lo exige. Pero lo que nunca puede hacer es producir efectos jurídicos con base en su voluntad particular, ya que sólo la voluntad general determina el **deber ser** en el seno de la comunidad, donde prima el **interés general**. Esto último es importante, porque la decisión judicial, así se concrete en un individuo y tenga efectos inter-partes, siempre es la **concreción** de la voluntad general al asunto en particular; en otras palabras, es la adecuación del todo a cada una de las partes.

2.1.3 Que tenga como consecuencia la vulneración de un derecho fundamental de manera grave e inminente

No cualquier irregularidad procesal es susceptible de ser objeto de la acción de tutela, pues se requiere que la conducta de la autoridad judicial vulnere grave e inminentemente un derecho fundamental. Toda irregularidad en el proceso, obviamente, implica un desconocimiento del debido proceso, y puede afectar, incluso, otros derechos fundamentales. Pero no todo lo que afecte un derecho fundamental constituye una vía de hecho apta para interponer la acción de tutela, porque siendo así dicha acción se convertiría no en subsidiaria, sino en la vía ordinaria y principal. No toda vía de hecho reúne las características necesarias para incoar la acción referida, porque, para que sea viable requiere no sólo que se afecte un derecho fundamental, sino que además se presente cierta gravedad e inminencia en la vulneración o amenaza. Precisamente las notas anteriores son las que ameritan la protección inmediata y la valoración del juez de tutela en el caso particular y concreto.

(...)

Pero lo que la Sala reitera es que no basta con aludir a un derecho fundamental -porque toda irregularidad, directa o indirectamente, afecta los

derechos fundamentales-, sino que la actitud ilícita del juez debe afectar el derecho **grave e inminentemente**. Se entiende que la gravedad debe predicarse tanto de la violación del orden legal, como del daño que le causa a la persona afectada, lo cual justifica la acción inmediata por parte del Estado para que no continúe o se produzca tal efecto ilícito. La inminencia ha de entenderse como la evidente probabilidad de una consecuencia negativa e ilícita producida por la actuación judicial.

2.1.4 Que no exista otro medio de defensa judicial

La vía de hecho en que incurre el juez no debe, en principio, tener remedio por otra vía judicial, ya que la intención del Constituyente es que la acción de tutela sea un mecanismo subsidiario, y no una vía alterna a la jurisdicción ordinaria, cuestión que carecería de sentido. Siempre debe haber una **necesidad** de acudir a la tutela, y no una mera opción. Si se interpone la acción de tutela es porque hay un principio de razón suficiente que lo justifica. No se instituyó este mecanismo como un medio de sustitución, sino como un medio subsidiario -regla general-, o como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, evento excepcional. Pero aún en este caso se sustituye la vía ordinaria, porque la tutela es **transitoria**, es decir, se acudiría a la vía ordinaria de todas maneras.

(...)"

En ese mismo sentido, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al establecer cuáles son los requisitos que deben concurrir para poder sostener que se ha materializado y por tanto configurado una vía de hecho por parte del servidor público – el juez-, (al respecto véanse las sentencias T-173 de 1999, T-069 de 1999, C-739 de 2001 y T-1001 de 2001).

En el desarrollo jurisprudencial de la vía de hecho, se ha hecho necesario estructurar los elementos que la componen, es decir, establecer cuáles son los elementos constitutivos de ésta y que por tanto desvirtúan la existencia de una providencia judicial revestida de legalidad.

Precisamente, con ponencia del Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, en Sentencia T-055 de 1994, se indicó:

“Tradicionalmente se ha señalado la existencia de los siguientes elementos para la configuración de una vía de hecho en la actuación estatal:

1) una operación material, o un acto, que superan el simple ámbito de la decisión,

2) *un juicio sobre la actuación que desnaturaliza su carácter jurídico, lo cual implica una mayor gravedad que la que se deriva del simple juicio de ilegalidad y*

3) *una grave lesión o amenaza contra un derecho fundamental*".⁴⁰

En ese mismo sentido, se ha reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional los elementos constitutivos de la vía de hecho a través de las sentencias T- 443 del 14 de abril de 2000, bajo la ponencia del Magistrado, Dr. Álvaro Tafúr Galvis; mediante el auto 069 del 06 de junio del año 2000, mediante la que se solicita la nulidad de la sentencia antedicha, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Tafúr Galvis; y mediante la sentencia T-057 del 4 de febrero de 1999, con la ponencia del Magistrado, Dr. Alfredo Beltrán Sierra, entre otras.

Es claro que la jurisprudencia constitucional ha sentado nítidamente sin lugar a dubitación, y más recientemente a través de sentencias hito -sentencias unificadoras de jurisprudencia- los elementos requeridos para la existencia y/o configuración de la vía de hecho por parte del operador judicial, creando una línea jurisprudencial clara en torno al tema jurídico debatido en las diferentes ratio decidendi adoptadas por la Corte para solucionar problemas jurídicos relacionados con la vulneración de garantías fundamentales por parte de los funcionarios judiciales.

2.1.1.2 Defectos en la actuación. Es lógico que para que opere la figura de la vía de hecho no deben concurrir solamente los elementos precitados, por cuanto se hace necesario demostrar la falencia o carencia en los ritos procedimentales o el desconocimiento de preceptos constitucionales que aparejan muto propio la vulneración, cercenamiento u omisión de derechos que pertenecen naturalmente a la persona, a su realidad óptica.

Solo basta la materialización de uno cualesquiera de los defectos en la actuación para la decisión judicial proferida carezca de su objetividad y razonabilidad. Luego, por ser éstos dentro de la configuración de las vías de hecho, aspectos que atiende, en cierta medida, la aplicación al interior de los procesos judiciales de las facultades y limitante de origen sustancial y legal, los hemos denominado aspectos internos.

Así, mediante sentencia T-231 de 1994 -tomando como fundamento la sentencia C-543 de 1992-, bajo la ponencia del doctor Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, se señaló:

⁴⁰ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Tercera de Revisión. Sentencia T – 055 de febrero 14 de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. EN: Rama Judicial – República de Colombia [online]. Disponible en la Página Web: <http://www.ramajudicial.gov.co:7777/cs_j_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2>.

“(...)

Si este comportamiento - abultadamente deformado respecto del postulado en la norma – [aquí se hace referencia, según el párrafo que antecede dentro del escrito original, a la vía de hecho originada por la acción u omisión del juez ante el imperio de la ley] se traduce en la utilización de un poder concedido al juez por el ordenamiento para un fin no previsto en la disposición (defecto sustantivo), o en el ejercicio de la atribución por un órgano que no es su titular (defecto orgánico), o en la aplicación del derecho sin contar con el apoyo de los hechos determinantes del supuesto legal (defecto fáctico), o en la actuación por fuera del procedimiento establecido (defecto procedimental), esta sustancial carencia de poder o de desviación del otorgado por la ley, como reveladores de una manifiesta desconexión entre la voluntad del ordenamiento y la del funcionario judicial, aparejará su descalificación como acto judicial.

(...)”.

2.1.2 El prevaricato en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Aunque no ha sido mayor el análisis que sobre el tipo penal prevaricador, en su dos modalidades, que ha sido realizado por la Corte, si se han proferido decisiones que, sin adentrarse en el estudio de cada uno de los elementos de las conductas prevaricantes –activas u omisivas-, han sido de gran importancia al momento de analizar el tipo penal a la luz de los preceptos constitucionales.

En ese sentido, la sentencia C-917 de 2001, mediante la cual se demandó la inconstitucionalidad de los artículos 146 y 149 del Decreto – ley 100 de 1980, y 410 y 413 de la ley 599 de 2000 (código penal actual, reformado por la ley 890 de 2004) por parte del ciudadano Luís Eduardo Montoya Medina, se planteó frente al prevaricato por acción –tema objeto de estudio-, su abierta y notoria contrariedad con las disposiciones constitucionales⁴¹ por desconocer, principalmente, el principio de legalidad establecido en la Carta. Según sostiene el actor, el tipo penal viola aquel principio por cuanto es un tipo penal en blanco.

2.1.2.1 Nexo causal entre la vía de hecho y el prevaricato. A través de la conducta prevaricante el funcionario y el servidor público, en uso de sus

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. Expediente No. D-3375. Sentencia C-917 de 2001. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 146 y 149 del decreto – ley 100 de 1980, y 410 y 413 de la ley 599 de 2000, por considerarse violatorios de los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 28, 29, 89, 113, 114, 115, 116, 121, 121, 122, 123, 150 numerales 1, 2, 23, 152 b), 209, 228, 230, 236, 237, 238, 243, 250 de la Constitución Política y el artículo 48 de la Ley 270 de 1996, ley Estatutaria de la Administración de Justicia. [online]: www.ramajudicial.gov.co.

atribuciones constitucionales y legales, desconoce y quebranta el ordenamiento para proferir una decisión, dictamen o un concepto que contraría los mandatos sustanciales y legales. En desarrollo de la vía de hecho, y a través de una sentencia fundadora de línea, se sostiene que el servidor público puede con su acción u omisión vulnerar gravemente los derechos fundamentales de los individuos que recurren a su jurisdicción. Así las cosas, no sólo incurre en una vía de hecho, sino que, aún más, la conducta desplegada por el agente, se subsume en conductas penales.

La sala quinta (5ª) de revisión de la Corte Constitucional, mediante sentencia T-118 de 1995, con ponencia del Doctor Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, sostuvo:

“(…)

La Corte no vacila en afirmar que la vía de hecho, clara y plenamente probada, si consiste en una vulneración de la ley procesal de tales características que comporta una ruptura grave del debido proceso y, por ende, la violación de la Constitución Política, o una transgresión abierta de otros preceptos constitucionales, de modo que lleve a conceder la tutela contra la providencia judicial en tela de juicio, debe dar lugar a que el juez de tutela corra traslado de las diligencias a la Fiscalía General de la Nación para que se inicie el correspondiente proceso penal por prevaricato.

(…)”.

Si bien la precitada jurisprudencia de la Corte corresponde a una sentencia confirmadora de principio, en cuanto a las vías de hecho se refiere, y la operabilidad del amparo de derechos fundamentales bajo la acción de tutela, queda claro que la vía de hecho, con el cumplimiento de los requisitos internos y externos para su operabilidad, es óbice para compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que adelante las investigaciones pertinentes por la realización del tipo penal de prevaricato. Es decir, toda vía de hecho conlleva una conducta prevaricante, pero no toda conducta prevaricante implica la materialización de una vía de hecho.

2.2 EI PREVARICATO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Para llevar cabo un adecuado estudio del manejo realizado por la Corte Suprema de Justicia, se requiere partir de la formulación del problema plasmado en el desarrollo conceptual de las sentencias del Alto Tribunal para llegar a la respuesta del problema jurídico objeto de análisis en el discurso

jurídico del mismo; siempre obedeciendo al Problema Jurídico que encabeza la línea jurisprudencial.

Siendo así las cosas, tendremos como punto de partida la cuestión analizada y resuelta por la Corte en su fallo, diferenciando entre *Obiter Dictum* (cuestiones conexas analizadas en el fallo, que no guardan una relación intrínseca), y la *Ratio Decidendi* (elementos constitutivos y fundadores del fallo)⁴².

Si bien cada uno de los elementos que se han de estudiar pueden no encontrarse dentro de la formulación del problema jurídico y su respectiva solución, no implica de suyo que no hayan sido valorados en el proceso racional del discurso jurídico, por cuanto de su análisis se estructuró la existencia o no de la realización de la conducta prevaricadora endilgada a los funcionarios.

Para ello, y durante el análisis jurisprudencial se estudiarán independientemente en cada fallo, pero realizando la interrelación pertinente entre cada uno de ellos en lo que a los elementos estructurales del tipo penal de *Prevaricato*, en sus respectivas modalidades se refiere. Sin embargo, se debe aclarar que en cada uno de los análisis jurisprudenciales se hará un breve comentario, si hay lugar a ello, valorando, en nuestro concepto, los aciertos y desaciertos en el estudio de la conducta prevaricadora.

2.2.1 Línea jurisprudencial de la conducta prevaricadora. Así las cosas, y para recordar la metodología aducida al inicio de nuestro estudio, partiremos de los más recientes fallos verificando la concordancia, criterios y posturas adoptados en el decurso del desarrollo jurisprudencial de la Corte. Para ello, comenzaremos por analizar el *prevaricato* en cada una de sus modalidades. Sin embargo se debe resaltar que del estudio realizado – el período de tiempo determinado para el estudio- no permite establecer la existencia de sentencias hito o fundadoras de principio, toda vez que los constantes cambios del ordenamiento conllevarían al estudio interminable y agotante de todos los pronunciamientos de la Corte desde sus inicios.

2.2.1.1 Prevaricato por acción.

Para adentrarnos en el estudio de la modalidad este tipo penal, es necesario, en primer lugar citar la norma que la regulaba, de conformidad con cada uno de los ordenamientos aplicables para cada caso. En segundo lugar, se procederá al análisis, según la metodología propuesta, de la línea jurisprudencial, su existencia

⁴² LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit., pág. 104. Véase también SU-047/99 Corte Constitucional.

o no, para finalmente estructurar mediante una gráfica dinámica las tendencias en la obediencia del precedente jurisprudencial.

- **Descripción legal.**

Decreto-Ley 100 de 1980.

“Artículo 149. Prevaricato Por acción. El empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

Ley 599 de 2000

“Art. 413⁴³.- El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) años a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) 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”.

- **Análisis del tipo.**

Ahora bien, es menester iniciar un análisis de los elementos del tipo, y así comenzar a definir la línea jurisprudencial del Alto Tribunal.

- **Sujeto activo cualificado jurídicamente y singular.** Se tiene entonces de la consagración normativa como requisito indispensable para la comisión de la conducta por parte del servidor público, la cualificación del sujeto activo de la conducta, en tanto no puede ser un sujeto indeterminado el llamado a llevar a cabo la ejecución y consumación de la conducta, toda vez que se requiere estar investido de calidades que se desprenden del ejercicio de un cargo o función pública, pero no indistintamente, sino que aparejen una mera conducta mediante el proferimiento de una resolución o dictamen.

Así ha establecido la Corte en fallos independientes, pero paralelos, que en la mayoría de los casos guardan una relación jurídica, más no fáctica, sin necesidad de entrelazar unas decisiones con las otras, el delinear a través de premisas comparativas entre los elementos integrantes del tipo penal de prevaricato en su modalidad activa y otros que presentarían, materialmente,

⁴³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código penal colombiano, ley 599 de 2000. Bogotá D.C. Ed. Leyer. Décima Tercera Edición. 2003. 110 p.

pero no bajo un hermenéutica jurídica una confusión, distinguir y explicar la calificación del sujeto de la conducta. Así, mediante sentencia del 22 de mayo de 1982, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Luís Enrique Romero Soto, analizando las diferencias y similitudes entre la conducta prevaricante, el abuso de autoridad y la usurpación de funciones, sostuvo:

(...)

En los tres delitos el sujeto activo es un funcionario público aunque en la usurpación puede serlo también un particular.

En los tres el agente obra como agente funcional, vale decir, por medio de los actos relacionados con una función pública, o sea que en todos ellos el agente actúa en desempeño real o fingido de una atribución funcional y no como simple particular.

En ninguno de los tres, por supuesto, el agente está autorizado para hacer u omitir, lo que significa que su conducta es indebida por carencia de atribuciones.

La diferencia fundamental entre los tres delitos puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quien lo ejecute.

Lo que existe entre estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras ésta, como queda dicho, se está ejerciendo una función que no compete al agente, en aquellos éste obra dentro de su función, pero abusando de ella.

Porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido.”

(...).”

Considerando, entonces, que para prevaricar activamente mediante el proferimiento de una resolución o dictamen se debe tener como presupuesto del acto que se profiere la facultad para tomar y materializar la decisión a través de cualquiera de los actos precitados, el poder del cual se va a abusar. Es decir, radica en cabeza del empleado oficial⁴⁴ el poder decisorio, en ejercicio de la autoridad conferida, poder que utiliza para violentar las normas imperativas que debe acatar.

⁴⁴ Actualmente se refiere al servidor público, término genérico que encierra una mayor riqueza descriptiva y funcional del sujeto activo de la conducta.

Luego, en la misma decisión y mediante Salvamento de voto , el Honorable Magistrado Alfonso Reyes Echandía pone de manifiesto su discrepancia de los planteamientos de la Sala, en tanto, por una parte y de acuerdo a los presupuestos fácticos y jurídicos analizados, la Sala pone de presente la existencia, de usurpación de funciones y no prevaricato, por cuanto en el proferimiento de la decisión que desato la conducta punible no se observa que el sujeto activo de ella se haya apropiado de una función que le era ajena, sino que por el contrario lo que se debe observar es que la decisión tomada por el ex Gobernador era abiertamente ilegal. Para el Magistrado Salvamentista es evidente que, a partir del estudio de los elementos probatorios y su subsunción en las descripciones normativas existe prevaricato, no usurpación de funciones.

El Magistrado salvamentista, formula en su escrito -disidente de la opinión mayoritaria de la Sala-, que precisamente se deben valorar los presupuestos normativos que enriquecen el poder funcional del agente para actuar, es decir, si al estar revestido del poder para investigar, se presenta un abuso o la vulneración de la norma que lo reviste de poder jurisdiccional – como efectivamente lo sostuvo la Sala dentro de su planteamiento-, pero habiéndose valorado por aquella los presupuestos de la configuración de la usurpación de funciones y desestimando el prevaricato, cargo por el que fue llamado a responder en juicio el ex Gobernador. Es evidente, según lo sostiene el Dr. Alfonso Reyes Echandía, que primeramente se debe observar la existencia previa o no de la norma que faculta al funcionario para ejercer su poder, lo que permite diferenciar entre el poder de lo que se abusa o el asumir funciones de las que no se es titular según las disposiciones legales. Luego, si existe una norma que clara, precisa y explícitamente reconoce la titularidad para el ejercicio de potestades a una autoridad, y ésta en ejercicio de esas potestades omite o mediante acción vulnera las fronteras que pongan en peligro o desconocimiento las normas regulatorias de su ejercicio, incurre, por tanto, en prevaricato y no en usurpación de funciones⁴⁵.

Ahora bien, es ampliamente acertada la postura del salvamento de voto, y del estudio realizado de los elementos de los diferentes tipos llevado a cabo por la Corte, en tanto, para usurpar no se debe tener la facultad de obrar dentro del marco funcional que se atribuye sino, precisamente, la necesidad que el agente actúe a través del ejercicio de funciones que no le son propias, que no le han sido adscritas por mandato legal. Por otra parte, para abusar se requiere ineludiblemente la adjudicación y reconocimiento del poder, pero se convierte en ingrediente determinante del tipo el exceder las funciones que han sido puestas en cabeza del servidor público, es decir, la materialización del poder-acción a través de funciones que sobrepasan las facultades de las que ha sido

⁴⁵ En este mismo sentido ver Providencias de septiembre 6 de 1946, agosto 4 de 1953 y abril 21 de 1965, Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal.

investido. Entre tanto, para prevaricar, aunque se requiere el poder de usar, se le suma la necesidad de contrariar o pretermitir, en estricto sentido, bien sea por acción, o por omisión-acción, el ordenamiento legal vigente.

En ese mismo sentido solucionando un problema que comparte una identidad fáctica y jurídica, en decisión posterior, el 19 de junio de 2000, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote se reiteró el planteamiento contenido en la sentencia del 22 de abril de 1982 precitada, llevando a cabo una cita textual de los argumentos esgrimidos en esta última, estableciendo en una forma tímida una tenue línea jurisprudencial. Sin embargo, no se observa que el primero de los fallos haya sido mencionado en otra de las sentencias del período de tiempo analizado.

Establece el artículo Art. 413⁴⁶.- *“El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) años a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) 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”.*

Cabe resaltar la variación en el sujeto activo de la conducta prevaricante, toda vez que se aduce, en la actual normatividad al servidor público, y no al empleado oficial, o trabajador oficial, etc.

Aún más, mediante sentencia N°. 18351 del 07 de noviembre de 2001, con ponencia del Dr. Edgar Lombana Trujillo, se reitera jurisprudencia de la Corte, pero sin enfatizar específicamente en cual, salvo la nota del auto que se cita, denotando la carencia de una técnica en el estudio del precedente judicial, se manifestó:

"Alguna parte de la doctrina también jurisprudencia ya superada de esta misma Sala, exponen que solamente puede prevaricar el que tiene la función "porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que éste señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido" (auto de abril 11 de 1.982).

En la normatividad penal actual –L. 599 de 2000- no se ha procedido a realizar una análisis mayor, según la jurisprudencia del período estudiado, una acuciosa investigación o formulación sobre el sujeto activo que despliega la conducta prevaricadora, toda vez que se aduce como un problema ya superado a través de los pronunciamientos de la Corte, reiterando que se presume, por parte de

⁴⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Código penal colombiano, ley 599 de 2000. Bogotá D.C: Ed. Leyer. Décima Tercera Edición. 2003. 110 p.

los Magistrados la existencia de una línea jurisprudencial, pero sin hacer un uso preciso del precedente judicial.

El tipo penal contiene un sujeto activo claramente identificado⁴⁷ “el servidor público”. A título de ejemplo, denótese que el funcionario del Ministerio Público que ha sido revestido de facultades expresamente determinadas no sólo por la Constitución sino a su vez por la ley, es un servidor público encargado especialmente de “...la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público...”⁴⁸.

Por su especial carácter, aquél tiene la obligación de salvaguardar el orden jurídico. No puede pensarse que un servidor público, como lo es cualquier agente del Ministerio Público, no sea responsable penalmente por los dictámenes que rinda en ejercicio de sus funciones, así éstos no tengan fuerza vinculante dentro del proceso penal.

Si bien, el agente del Ministerio Público, no tiene la función de administrar justicia, si debe propender por la recta administración de justicia, por lo tanto es responsable por omitir o extralimitarse en sus funciones.

Es la voluntad de la ley que el servidor público responda por las acciones u omisiones cualesquiera sean las funciones que por ley se le hayan atribuido. Se le da pues la responsabilidad de opinar o decidir, pero siempre dentro del marco que para el efecto ha establecido la ley, por lo tanto, no puede liberarse por el hecho de que su opinión no afecte directamente el proceso.

No resulta extraño que el legislador no haya excluido a ningún servidor público de ser sujeto activo de este tipo penal y así se ha ratificado en varias sentencias de las diferentes cortes.

- **Tipo de resultado y conducta.** La conducta a realizar requiere una acción, la manifestación externa de la voluntad, con la que se lleve a cabo una distorsión del mundo naturalístico, por lo tanto, toda la descripción contenida en el tipo es necesaria para su cabal adecuación. La conducta se concreta en el acto de

⁴⁷ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, ley 599 de 2000. “ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) 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.

ARTICULO 414. PREVARICATO POR OMISION. El servidor público que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años.”

⁴⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 118. Ed. Legis. 2004.

declaración, emisión o producción del objeto material de la infracción; manifestación de la voluntad del agente quien ejerce en sentido formal y material (aunque de manera ilegal y arbitraria) la autoridad de la cual está investido. Por ello no es necesario que la providencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.

Conducta Instantánea. Según el alcance cronológico de la conducta, con la materialización del acto manifiestamente contrario a la ley se produce la perfección y agotamiento del tipo sin interesar sus efectos, la duración de éstos o las diversas formas que puede llegar a asumir.

Así, mediante sentencia N°. 11061 del 10 de diciembre de 1997, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, en vigencia del decreto 100 de 1980, modificado por la ley 190 de 1995, se sostuvo:

“(...)

Sabido es, que el delito de prevaricato por acción, implica el proferimiento, por parte del funcionario público, de resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de tal manera que lo resuelto por éste sea evidentemente notorio y ostensiblemente opuesto al texto legal.

(...)”.

En sentencia N°. 13601 del 15 de mayo de 2000, con ponencia del Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, reiterada en la sentencia N°. 15296 del 30 de julio de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla se concluyó:

“(...)

Pero la naturaleza del delito, en cuanto de mera conducta, implica que, quien en él incurre, profiere un dictamen o resolución con absoluto conocimiento y voluntad de que es contrario a la ley, pero no se hace la representación de que puede prevaricar sin hacer nada para eludirlo.”

El funcionario público debe ser consciente de que la decisión que toma es contraria a derecho y debe pretender el resultado adverso por la aplicación indebida o por la omisión en sus funciones, es decir, no debe conocer los resultados que causara con esta clase de conducta, es la simple contrariedad entre la exteriorización de la voluntad en el proferimiento de una decisión que distorsiona el mundo fenomenológico por medio de la manifestación arbitraria y que contraría una disposición del ordenamiento sustancial o legal . Su conducta debe estar directamente encaminada a producir un acto manifiestamente contrario a la ley u omitir o rehusar funciones que le son propias. El servidor público que profiera una resolución abiertamente contraria a la ley queriendo

ese resultado, es decir, que su resolución o dictamen desconozcan los principios legales, encuentra la descripción de su conducta en el tipo objeto de estudio.

En ese mismo sentido y afirmando las diferentes posiciones adoptadas por la Corte sobre el punible bajo estudio, mediante sentencia N°. 14153 del 27 de septiembre de 2000 con ponencia del Magistrado Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla, se afirmó, sin cita del fallo arriba anotado, que:

“(...)

El delito de prevaricato consiste, en su forma activa, en que un servidor público (sujeto activo calificado) profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, o en otras palabras, en ostensible oposición a la solución jurídica que el funcionario está en la obligación legal de aplicar frente al caso específico. (subrayado fuera del texto).

(...)”.

Aún más, mediante sentencia N°. 13683 del 02 de mayo de 2001, con ponencia del Magistrado del Dr. Fernando Arboleda Ripoll, se puntualizó:

“(...)

Desde el punto de vista de tipicidad objetiva, la conducta prevaricante activa se configura cuando el servidor público emite dictamen, auto, resolución o sentencia ostensiblemente contrarios a la ley (...)”. (Subrayado fuera del texto).

Por otra parte, mediante sentencia N°. 16627 del 25 de junio de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Augusto Argote Gálvez, se sostuvo:

“El delito de prevaricato se configura en su objetiva entidad típica, con el proferimiento de una decisión manifiestamente opuesta a los mandatos de la ley, siendo el objeto de su jurídica protección la probidad que en desarrollo de esta delicada actividad de servicio público se ha encomendado.”

Finalmente, y como corolario de los fallos transcritos, mediante sentencia N°. 15513 del 03 de septiembre de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, se confirmó:

“Para que se tipifique el delito de prevaricato por acción es necesario que la resolución, el dictamen o el concepto que profiera el servidor público sean manifiestamente contrarios a la ley. Es como el legislador ha descrito la conducta en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, en el 28 de la ley 190 de 1995 y en el 413 del Código Penal vigente. No configura el tipo penal, entonces, cualquier error en el cual incurra el funcionario sino que se requiere que entre lo que decidió, dictaminó o conceptuó, y la ley o el derecho

aplicable, se presente una contradicción ostensible. Así el juicio de tipicidad queda completo.”

No es dable que el funcionario público no responda por no ejercer su cargo de conformidad con el orden jurídico, y mucho menos que no sea responsable por desconocer las funciones que le son propias de su cargo como el proferir resolución, dictamen o concepto con respeto de las garantías sustanciales y adjetivas, ya que la ley define claramente la capacidad actora de aquellos. No puede, el servidor público, cobijándose en su potestad jurisdiccional al ejercer su cargo, propender por el desconocimiento de mandatos imperativos y rectores del desarrollo social, todo ello a través del proferimiento de decisiones que contravienen el ordenamiento sustancial⁴⁹ y legal. Pero, aún más, tampoco debe ejercerlo sin la observancia de las normas jurídicas, los principios generales del derecho y las reglas de la sana crítica, puesto que son herramientas trascendentales para el adecuado uso de su potestad pública. Como consecuencia de ello, las acciones encaminadas al resquebrajamiento del ordenamiento, o las omisiones-acciones fundamentadas en la inactividad, retardo o el rehusarse a ejercer funciones propias del cargo, deviene, indefectiblemente, en sanción.

Obsérvese, nuevamente, la existencia de una línea jurisprudencial, pero no, por tanto, la existencia de una estructura técnica de línea jurisprudencial, salvo temerosos y tenues intentos, salvo los fallos recientemente proferidos que procuran la adopción de una línea jurisprudencial precisa y clara.

No se puede concluir que la existencia de uniformidad respecto de las situaciones analizadas, en cuanto a las formulaciones de problemas jurídicos, permitan colegir que se entrelazan los distintos fallos entre sí, por no poderse determinar un nicho citacional pertinente, porque bien al realizar iguales afirmaciones y determinar la existencia y respeto del precedente, no omite que poseen un manejo autónomo, igual pero paralelo.

- **Tipo de lesión⁵⁰ y sujeto pasivo.** Intrínsecamente, la realización del hecho encierra no sólo amenaza efectiva de daño o lesión al bien jurídico protegido (administración pública) sino también una especificación de acatamiento al principio de legalidad que subordinado orienta toda la actividad del Estado y de sus agentes; el Estado, titular del bien jurídico protegido es el sujeto pasivo de la conducta penal desplegada por el servidor público, en tanto que se vulnera la probidad y confianza depositada por el conglomerado social en sus instituciones.

⁴⁹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T – 118 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T - 51225

⁵⁰ PABÓN PARRA, Op.Cit, p. 1242.

Tipo mono-ofensivo. Sólo un interés jurídico- la administración pública- es vulnerado con la resolución: el respeto al principio de legalidad, la probidad de los servidores públicos y el correcto desarrollo de la actividad estatal.

Con la finalidad de soslayar este elemento, es a lugar citar la sentencia N°. 13683 del 02 de mayo de 2001, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll, en la que se sostiene:

“(…) el funcionario antepone su voluntad o capricho sobre la norma legal que por conocerla está en la obligación de aplicar y sin embargo voluntariamente transgrede, generando con ello una manifiesta disparidad entre el derecho aplicable y el aplicado al caso, y, de contera, afectando el bien jurídico administración pública expresado en el sometimiento del Estado a la legalidad en sus relaciones con los particulares, en virtud de la cual, los asuntos de conocimiento de sus agentes deben resolverse según la normatividad que los rige, pues sólo de esta manera se puede garantizar la vigencia del ordenamiento y la pacífica convivencia en el medio social.” (Subrayado fuera del texto).

Nótese, que de las sentencias del período analizado, muchas de ellas hacen referencia al tipo de lesión y al sujeto pasivo de la conducta punible, sin embargo no se lleva a cabo descriptivamente, sino sólo enunciativamente.

Es claro, como se puede colegir de las elucubraciones de la Corte, que la lesión consiste en el atento que se realiza sobre la fe que recae sobre los funcionarios administradores de justicia, pero no solo sobre éstos, sino particularmente en la Administración de justicia, en la probidad de las decisiones que se adoptan al interior de la misma.

- **Objeto material.** La acción se orienta hacia una resolución o dictamen que profiere el servidor público y que tiene la característica de ser manifiestamente ilegal. El término “Resolución” se ha de entender en sentido amplio, como decisión, manifestación de la voluntad, determinación con relevancia jurídica que hace el agente con ocasión del ejercicio de su cargo o funciones, así mismo, comprende, todos los actos administrativos (verbales o escritos), los decretos, las resoluciones administrativas, las providencias, autos y sentencias emitidos por cualquier servidor público. Los únicos actos no incluidos en la norma son los actos legislativos y las leyes, de los cuales es imposible proclamar su manifiesta ilegalidad. “En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse”⁵¹. Otra doctrina considera que la resolución debe asumir forma escrita siempre⁵²

⁵¹ FERREIRA DELGADO, Francisco. Delitos contra la Administración Pública, 2ª.edición, Bogotá. Editorial Temis, 1985. p.156.

⁵² GÓMEZ MÈNDEZ, Alfonso. Delitos contra la Administración Pública en Derecho Penal Especial, 2ª edición, Bogotá. Editorial Temis, 1985. p. 102.

El dictamen es el juicio, opinión o concepto que se emite dentro del proceso judicial como medio probatorio de innegable valor, pero que por la ola de inmoralidad que ha invadido nuestra justicia, se ha tornado en la más peligrosa fuente de fraude y colusión.

La nueva norma aclara que la acción puede recaer sobre un “concepto” en la cual la rendición de conceptos es frecuente por parte de servidores que ejercen funciones de asesoría técnica o jurídica, como el Ministerio Público.

Así, mediante sentencia N°. 17871 del 25 de febrero de 2003, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se sostuvo al respecto:

“Por lo demás el Diccionario de la Academia de la Lengua define el dictamen (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Y dictaminar no es otro que opinar o dar dictamen. Y si quien emite la opinión o suscribe el dictamen lo hace con el carácter de funcionario, a sabiendas de que ha consignado preceptos o criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato, así sus informaciones mendaces no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio” (Auto del 10 de diciembre de 1979, M. P. José María Velasco Guerrero).”

Obsérvese, que de los fallos del período estudiado, sólo ésta, mediante la cita de un auto del 10 de diciembre de 1979, procedió a realizar una afirmación rigurosa sobre el objeto material sobre el que recae la conducta delictual.

Si bien es cierto, dentro de los elementos estructurales del tipo se ha encontrado en la jurisprudencia colombiana con carácter de permanencia la referencia al dictamen y a la resolución, echándose de menos el “concepto”, término de reciente introducción en la legislación penal vigente.

- **Elementos normativos.** las expresiones resolución o dictamen han de ser “manifiestamente contrarias a la ley”. Lo manifiesto es lo ostensible, lo evidente, la ilegalidad del acto proferido no debe tener discusión, debe ser clara e incontrovertible, se excluyen de incriminación los actos o dictámenes respecto de los cuales haya controversia sobre su legalidad o ilegalidad, tales controversias doctrinales o jurisprudenciales pueden ser consecuencia de vacíos legales o deficiencias en la redacción de la norma, y llevan al funcionario a asumir una posición que es sustentable y sostenible. Caso en el cual el elemento “manifiestamente ilegal” no estará presente.

Ahora bien, mediante sentencia N°. 13628 del 26 de mayo de 1998, con ponencia del Magistrado Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego, se manifestó:

“
(...)De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley,

sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "manifiestamente contrario a la ley". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (juicio ex ante y no a posteriori). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el "deber ser" legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un "deber ser" que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades.(...)"

Luego, en sentencia N°. 13683 del 02 de mayo de 2001, el Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll, consideró:

"La demostración objetiva de esta clase de conductas punibles, por tanto, ha de surgir nítidamente de cotejar el contenido de la sentencia, resolución, auto o dictamen emitidos por el imputado, y el mandato de la ley destinada a resolver el asunto concreto de su conocimiento, en cuanto establecer la concurrencia del componente típico 'manifiestamente contrario a la ley', que involucra al tiempo el concepto de dañosidad social, no impone complejas elucubraciones o elocuentes y refinadas interpretaciones".

Aún más, en sentencia N°. 17008 del 04 de abril de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Fernando Arboleda Ripoll, reiteró:

"(...)

En la medida que el prevaricato por acción requiere para su realización el conocimiento por parte del funcionario de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias, para que se tenga por punible.(...)"

Finalmente, mediante sentencia 18031 del 11 de marzo de 2003, con ponencia del Magistrado Fernando Arboleda Ripoll, se concluyó:

"(...)

La jurisprudencia de la Corte, a propósito del tema, ha sido copiosa en señalar que cuando se imputa a un funcionario el delito de prevaricato, no es necesario examinar si la interpretación dada por él a las normas que le sirvieron de sustento a sus proveídos fueron o no correctamente aplicadas desde el punto de vista de la certeza jurídica, pues lo que hay que indagar es si el funcionario emite providencias cuya ilegalidad es manifiesta, o si conculca arbitrariamente el derecho ajeno, o si mañosamente hace decir a la

ley lo que ella no expresa; asimismo, que si el sentido literal de la norma y la específica finalidad de un texto legal no son suficientemente claros, mientras éste es complejo, o por su confusa redacción admite interpretaciones discordantes, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal; no basta una interpretación normativa diversa de la predominante para concluir que se está frente al delito; y no constituye prevaricato la interpretación desafortunada de las normas ni el desacierto de una determinación, pues el delito implica la existencia objetiva de un texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley.

(...)"

Ciertamente, el funcionario judicial que desconoce de modo abierto el contenido de una norma que por su claridad no puede ser interpretada en más de un sentido, comete prevaricato, pues como se ha dicho el juez por mandato constitucional⁵³ está sometido al imperio de la ley.

En el proceso de aplicación de una norma, el primer paso que debe asumir el operador jurídico es la interpretación, tarea que supone un proceso complejo de operaciones intelectuales encaminadas a individualizar su significado, cuyo resultado depende, en gran medida, de la posición asumida por el intérprete, cualquiera sea el grado de complejidad con que aparezca formulado su enunciado.

En ese proceso de intelección, no resulta extraño que el funcionario judicial incurra en equivocaciones respecto del sentido y alcance de las disposiciones que conforman el marco jurídico aplicable al caso, y en tales condiciones, hablar de manifiesta contrariedad de la decisión con la ley, resulta un imposible, pues - se reitera- los jueces gozan en Colombia de la autonomía funcional consagrada en el artículo 230 de la Constitución para interpretar la ley, función que, por supuesto, incluye la posibilidad de cambiar de criterio, pues exigirle que mantenga inalterable su postura e imponerle la obligación de fallar irrestrictamente en la misma forma, implica una restricción a ese principio superior.

En desarrollo del salvamento de voto realizado por el Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se adujo la existencia de la conducta prevaricadora, a partir del análisis del ingrediente normativo constitutivo del tipo penal, en lo que atañe al concepto de proferir decisión manifiestamente contraria a la ley. En el sentir del honorable Magistrado, se debe partir de la valoración objetiva del ingrediente normativo, para lo cual, estudia la definición gramatical de lo manifiesto, para el caso sub

⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, Artículo 6. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Bogotá D.C. Legis Editores S.A. Sexta Edición. 2001. p. 7.

examine, de lo manifiestamente contrario a la ley. Deja sentado su notable interés en esclarecer que una situación fáctica, formal y materialmente consumada, que conlleva el quebrantamiento de preceptos normativos y encuentran su descripción a través del tipo penal de prevaricato, no pueden omitirse o ignorarse cuando la misma norma limita, en su propio objeto y descripción, la conducta que no deberá ser desplegada por el funcionario. Por lo tanto, según asevera el Honorable Magistrado, se concluye que la conducta de la Dra. (...) es objetivamente típica, puesto que manifiesta, ostensiblemente, que actuó en contra de la ley.

Ahora bien, disentimos palmariamente del eje estructural del planteamiento del Honorable Magistrado, aunque bien es sabido que la realización de la conducta descrita en el tipo, no permite bajo circunstancia alguna, controvertir lo manifiesto u ostensible del proferimiento de una decisión, resolución o dictamen que contravenga disposiciones de rango legal, basta con la expedición de la decisión, dictamen o resolución (tipo de resultado) que no se ajuste en sus elementos objetivos a las normas que regulan los circunstancias fácticas que se encuentran bajo la óptica jurisdiccional del juez. Siendo ello así, no se podría sostener que existiere falibilidad por parte del juez, tendría que convertirse en un ser autómatas, sin proceso de reflexión alguno, que le permita valorar elementos fácticos, que tienen sustrato probatorio y que deben, consecuentemente, ser encuadrados en los preceptos normativos, sin que medie la contraposición entre unos elementos y otros, que arrojarían la existencia de una conducta punible o no.

Es indiscutible que el juez, en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, está sometido al imperio de la ley, y a su observancia en estricto rigor jurídico, sin embargo no es admisible desconocer la naturaleza humana del mismo, no en cuanto a su libre albedrío y apreciación subjetiva, sino en tratándose de aspectos que pueden ser objetivizados pero que no excluyen per se el riesgo de error y falibilidad del funcionario que tiene a su cargo la aplicación y cumplimiento de las normas que regulan el desarrollo social. Luego, dentro de la actividad realizada por los jueces, debe existir un espectro de acción que cubra el error, precisamente porque ellos no están exentos de incurrir en aquel, con lo cual estaríamos excluyendo la tipicidad, por cuanto lo manifiesto, ya no sería uno de los elementos requeridos en el tipo de prevaricato, por cuanto implica el querer, el acto emanado de la voluntad y encaminado a desvirtuar o contrariar los preceptos consagrados en el ordenamiento legal, lo cual no ocurre cuando se yerra, no por desconocimiento, sino por la fiel convicción de que el actuar está ajustado a Derecho (error de tipo)⁵⁴.

⁵⁴ “La evolución doctrinal ha clasificado el error de tipo en invencible y vencible, considerando su evitabilidad en las circunstancias concretas en que se desenvuelve el comportamiento del autor; le reconoce efectos en relación con la responsabilidad al error de tipo invencible. El vencible, si la conducta está prevista como culpable, da lugar a responsabilidad por culpa. En caso contrario, el comportamiento queda impune”.

- **Elemento Subjetivo.** Es el delito doloso en esencia, que requiere el conocimiento de que la manifestación de la voluntad estatal emitida por el agente es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos, también exige la conducción voluntaria de su actuar hacia el pleno cumplimiento de dicha acción.

Inicialmente, en sentencia N°. 11061 del 10 de diciembre de 1997, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar, se sostuvo al respecto:

“(...)

Esta corporación ha sostenido de manera reiterada, que la verdadera esencia del tipo de este punible, se constituye en “la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley”. (Segunda instancia, 94-07-07, MP Dr. Dídimo Páez Velandia).

(...)”.

Posteriormente, mediante sentencia N°. 13601 del 15 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, se manifestó:

“(...)

El dolo en el prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, como que, según ya se expresó, “requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia”, sólo, dentro de las diversas clasificaciones doctrinarias que de él existen, puede ser el directo, no el eventual; en otras palabras, y frente al artículo 36 del Código Penal, el juicio de reproche se hace viable sólo en la medida en que se establezca que “el agente conoce el hecho punible y quiere su realización”, pues resulta un imposible jurídico que, por las características que definen el hecho típico en mención, afirmar que el prevaricador actúa también dolosamente cuando acepta su conducta “previéndola al menos como posible”.

GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Causales de Inculpabilidad. Error de Tipo y de Prohibición., Bogotá D.C. – Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. 1994. pág146. Con la expedición de la ley 599 de 2000 “Código Penal Actual”, se sustituyó la figura de causales de inculpabilidad por la de Ausencia de Responsabilidad, según lo normado por el art. 32 del actual Código Penal. Además, es debe aclarar que no se concibe, en el prevaricato por acción, que el despliegue de la conducta no lleve el elemento doloso, como eje central de la conducta.

Como en el dolo eventual, tiene dicho la Sala, "el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él", (Sentencia de mayo 14 de 1.996, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia), es evidente que una tal caracterización no se aviene en lo más mínimo al elemento subjetivo que demanda el prevaricato, pues, siendo este un tipo penal de mera conducta, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de las consecuencias que él apareje, para que se tenga por punible. No exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual.

(...)".

En el mismo sentido y mediante sentencia N°. 14153 del 27 de septiembre de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla, se expresó:

(...)

En primer término, conviene recordar que la ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el artículo 149 del Código Penal, que se pruebe "incorrección moral", ni que se determine algún móvil específico perseguido con la providencia manifiestamente contraria a la ley; basta que se haya proferido contra derecho, conociendo y queriendo el quebrantamiento jurídicamente trascendente. Puede ocurrir que la finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia del dolo, sin que ello quiera significar que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.

La demostración del dolo en el prevaricato no requiere ingredientes adicionales, como la simpatía o animadversión hacia una de las partes, que era exigida en normatividad antigua. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar de tal manera. (...)".

Luego, mediante sentencia N°. 16627 del 25 de junio de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote, se afirmó:

"(...)

El delito de prevaricato objeto de la imputación, sólo admite la modalidad dolosa, que se concreta en la conciencia de proferir una decisión contraria al contenido de la ley, sin que exija para su demostración que medie amistad o

animadversión hacia alguno de los sujetos procesales y tampoco un interés específico de su emisión en abierta rebeldía con el texto legal.

(...)”.

Finalmente, en sentencia N°. 15296 del 30 de julio de 2002, con ponencia del Magistrado Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla, se puntualizó:

“(...) las previsiones del dolo eventual han sido descartadas por la Sala del delito de prevaricato, que únicamente procede por dolo directo, al demostrarse que el agente se dio cuenta de la manifiesta ilegalidad de la resolución o dictamen emitido, y quiso su realización (cfr. fallo de segunda instancia de fecha 15 de mayo de 2000, rad. 13.601, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote):

"El dolo en el prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, como que, según ya se expresó, 'requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia', sólo, dentro de las diversas clasificaciones doctrinarias que de él existen, puede ser el directo, no el eventual; en otras palabras, y frente al artículo 36 del Código Penal, el juicio de reproche se hace viable sólo en la medida en que se establezca que 'el agente conoce el hecho punible y quiere su realización' pues resulta un imposible jurídico que, por las características que definen el hecho típico en mención, afirmar que el prevaricador actúa también dolosamente cuando acepta su conducta 'previéndola al menos como posible'.

Como en el dolo eventual, tiene dicho la Sala, 'el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él', (sentencia de mayo 14 de 1996, M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia), es evidente que una tal caracterización no se aviene en lo más mínimo al elemento subjetivo que demanda el prevaricato, pues, siendo éste un tipo penal de mera conducta, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de las consecuencias que él apareje, para que se tenga por punible. No exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual.

Pero la naturaleza del delito, en cuanto de mera conducta, implica que, quien en él incurre, profiere un dictamen o resolución con absoluto conocimiento y voluntad de que es contrario a la ley, pero no se hace la representación de que puede prevaricar sin hacer nada para eludirlo."

- **Antijuridicidad.** La manifiesta ilegalidad del acto, objeto material de la infracción, excluye la posible aceptación de causales de justificación como el estricto cumplimiento de un deber legal, el cumplimiento de orden legítima de autoridad competente, el legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

2.2.1.2 Prevaricato Por Omisión.

- **Disposición legal.**

Decreto-Ley 100 de 1980.

“Artículo 150. Prevaricato por omisión. El empleado oficial que omita, rehúse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término”.

Ley 599 de 2000.

Art. 414⁵⁵.- El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por cinco (5) años”.

- **Análisis del tipo.**

Ahora bien, es menester iniciar un análisis de los elementos del tipo, y así comenzar a definir la línea jurisprudencial del Alto Tribunal.

- **Sujeto activo cualificado jurídicamente y singular.** Se tiene entonces de la consagración normativa como requisito indispensable para la comisión de la conducta por parte del empleado oficial, la cualificación del sujeto activo de la conducta, como ya se anotó en el prevaricato por acción.
- **Conducta.** El verbo determinador es compuesto alternativo: omitir, rehusar, retardar o denegar. Se disponen cuatro formas de comportamiento negativo del agente que implican el incumplimiento de los deberes propios de su cargo o funciones:

⁵⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Op Cit. p. 100.

Omitir: abstención, reticencia, no hacer lo debido.

Rehusar: no aceptar, no conceder, negarse a realizar el acto debido.

Retardar: deferir mas allá de los términos legales, implica ejecución extemporánea del acto debido.

Denegar: no decidir o decidir lo contrario a lo debido.

En ese sentido, mediante la sentencia N°. 11156 del 15 de octubre de 1999, con ponencia del Magistrado Dr. Yesíd Ramírez Bastidas, se manifestó:

“(…)

El prevaricato omisivo es la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehúsa un acto propio de sus funciones, delito esencialmente doloso en el que el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, y por eso no es suficiente para su configuración el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal.(…)”.

Aún más, mediante sentencia N°. 13261 del 14 de junio de 2001, con ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se reiteró:

"El delito de prevaricato por omisión es la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehúsa un acto propio de sus funciones, delito esencialmente doloso en que el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, y por eso no es suficiente para su configuración el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal. (...)”.

Finalmente, mediante sentencia N°. 18695 del 12 septiembre de 2001, con la ponencia del Magistrado Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, se concluyó:

"(…)

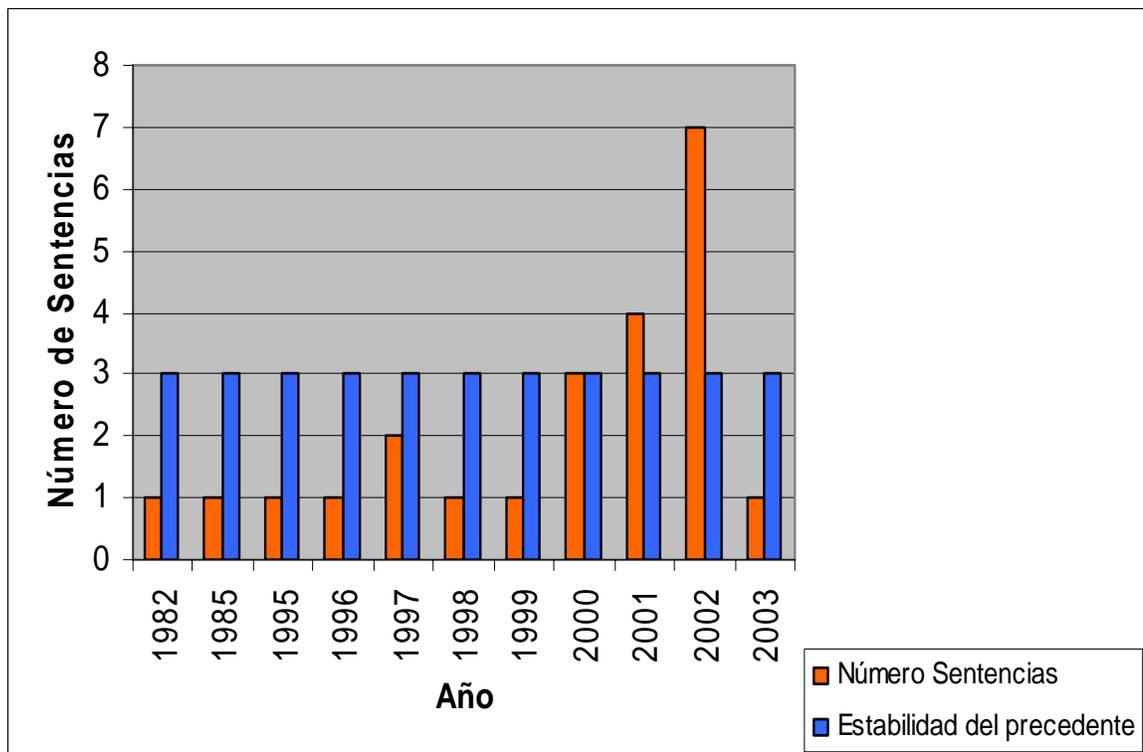
Si el delito de prevaricato por omisión consiste -según el artículo 150 del anterior Código Penal, que corresponde al 414 del actual- en la conducta del servidor público “que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones(…)”.

- **Objeto material.** La conducta se orienta sobre un acto propio de las funciones del agente, lo cual implica la necesaria valoración de su competencia funcional o de las potestades atribuidas.

- **Elementos normativos:** las diversas modalidades o formas de comisión (omitir, rehusar, retardar, denegar) tienen como base o soporte el incumplimiento de funciones legales imperativas y expresas, por lo cual, respecto de la acción considerada en sí misma, es necesario el examen riguroso de la capacidad funcional del agente para el proceso de adecuación típica.
- **Elemento Subjetivo.** Es el delito doloso en esencia, que requiere el conocimiento de que la manifestación de la voluntad estatal emitida por el agente es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos, también exige la conducción voluntaria de su actuar hacia el pleno cumplimiento de dicha acción.

Téngase en cuenta, que del período jurisprudencial estudiado no se encontró fallos que realizasen el estudio, siquiera sumariamente de los antedichos elementos integrantes del tipo penal de prevaricato en su modalidad omisiva.

CUADRO LÍNEA JURISPRUDENCIAL



3. DERECHO COMPARADO

Para iniciar el estudio avanzado del prevaricato, en la doctrina colombiana, junto con la doctrina extranjera, es importante tomar como punto de partida el concepto que han plasmado los doctrinantes colombianos y así poder establecer las similitudes y diferencias con la doctrina extranjera.

Es sabido que el delito de prevaricato consiste es aquella conducta en la que incurren los funcionarios públicos al dictar o proponer a sabiendas o por ignorancia inexcusable, resolución de manifiesta injusticia; por lo que adentrándonos en el estudio de la conducta tipificada en nuestra legislación, es importante resaltar cada uno de los elementos integradores de la conducta delictiva. Para ello detengámonos en el estudio de lo que los doctrinantes Colombianos han plasmado al respecto.

En cuanto al sujeto activo de la conducta, ha plasmado el profesor Antonio José Cancino,⁵⁶ que se ha venido tomando erróneamente el concepto de servidor público atribuyendo única y exclusivamente el sujeto cualificado a los jueces, cuando en realidad al proferirse una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley, no solo son los jueces y fiscales los que incurren en la conducta, sino también los peritos o asesores técnicos, los procuradores y los asesores jurídicos. Pero más aún, resalta el citado doctrinante otro problema en cuanto al sujeto activo, cuando se trata de un órgano colegiado que incurre en el delito. Al respecto se ha sostenido que existe pluralidad de sujetos activos, sin pensar qué puede ocurrir en el evento en que un magistrado de una sala haga incurrir en error a los demás integrantes sin que ellos estén cometiendo delito alguno.

Más aún, se aumenta el problema cuando la decisión ha sido proyectada por el magistrado auxiliar, por un abogado auxiliar o sustanciador, que son aquellos que están encargados de preparar las resoluciones, dictámenes o actos de diferentes especies, para que a su vez el funcionario encargado los firme; pero el verdadero problema radica en que si bien es cierto, el funcionario encargado ha delegado dicha responsabilidad de proyectar la resolución o acto en cabeza de otra persona, está obligado a revisar con la diligencia y cuidado lo que está firmando.

Pero no es solo este autor colombiano el que evidencia dicho problema en nuestra legislación. El profesor Luís Carlos Pérez⁵⁷ en su tratado de Derecho Penal,

⁵⁶ CANCINO MORENO, ANTONIO JOSÉ. AAW. Lecciones de Derecho Penal. U. Externado de Colombia.

⁵⁷ PÉREZ, Luís Carlos. Tratado de derecho penal, Tomo III ed. Temis, Bogota, 278 a 299.

general y especial, plasma que se ha conceptualizado que el prevaricato es un hecho propio de los jueces y magistrados, sin detenerse a observar que la ley no se circunscribe a estos funcionarios, sino que es extensivo a todos aquellos que tengan la calidad de funcionarios públicos como tal.

Esbozado lo anterior respecto del sujeto activo de la conducta punible, ha de tenerse en cuenta que la tipificación del prevaricato en Colombia tiene deficiencias que generan vacíos jurídicos en cuanto al autor de la conducta, cosa diferente podría pensarse que ocurre en Argentina en donde se ha plasmado en el sistema penal varias clasificaciones de acuerdo al sujeto activo. Pero veamos un poco más a fondo el tratamiento legislativo del prevaricato en Argentina.

3.1 EL PREVARICATO EN ARGENTINA

Teniendo como punto de partida que el prevaricato consiste en una serie de hechos contrarios a la administración pública y, especialmente, a la administración de justicia, aunque estos delitos lesionen, generalmente, intereses particulares, el daño que experimenta la administración de Justicia es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho, precisamente por ser el bien Jurídico a tutelar. Observemos el sujeto activo de la conducta: para ello se han dispuesto varios tipos penales, el primero de ellos está consagrado en el art. 269 Código Penal Argentino⁵⁸ que expresa lo siguiente: "... El prevaricato de los jueces y personas equiparadas sufrirá multa de tres mil a setenta y cinco mil pesos e inhabilitación absoluta perpetua el juez que dictare resoluciones contrarias a la ley expresa invocada por las partes o por él mismo o citare, para fundarlas, hechos o resoluciones falsas.

Si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de reclusión o prisión e inhabilitación absoluta perpetua.

Lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitadores amigables componedores..."

Nótese que el delito se comete cuando el juez sabe que resuelve en contra de la ley y es precisamente aquí en donde encontramos diferencias con nuestro sistema, dado que la descripción de la conducta punible es tan clara que no puede ser imputada a cualquier persona o sujeto que tenga la calidad de funcionario público, sino que expresamente incurrirán en dicho delito los jueces o personas que se equiparen a la función de éste como amigables componedores.

⁵⁸ Ley 11179. Texto ordenado por el decreto 3992 de 1984, derogados por las leyes 24.286, 23.077, 25188 y 20.509. [online]. www.justiniano.com/codigo_juridicos/codigo_penal. 2004.

Sigamos observando la tipificación en el sistema penal argentino. Seguidamente se preceptúa el delito denominado prisión preventiva o ilegal consagrado en el artículo 270 de Código Penal Argentino que reza...*”Será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el juez que decretare prisión preventiva por delito en virtud del cual no proceda o que prolongare la prisión preventiva que, computada en la forma establecida en el artículo 24, hubiere agotado la pena máxima que podría corresponder al procesado por el delito imputado...”*

La acción consiste en decretar prisión preventiva por delito en virtud de cual no procede, o también en prolongar la prisión preventiva que es procedente, por más tiempo que el que corresponde a la pena máxima fijada para el delito, de acuerdo con el cómputo determinado.

Otra modalidad denominada prevaricato en el sistema penal argentino es el prevaricato de los auxiliares de la justicia, consagrado en el art. 271 del Código Penal Argentino, mediante el cual se preceptúa que ...*”será reprimido con multa de dos mil quinientos a treinta mil pesos e inhabilitación especial de uno a seis años, el abogado o mandatario judicial que defendiere o representare partes contrarias en el mismo juicio, simultánea o sucesivamente, o que de cualquier otro modo perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere confiada...”*

En este tipo penal, la acción consiste en defender o representar partes contrarias en el mismo juicio o en perjudicar, de cualquier modo, la causa que se ha confiado al abogado o mandatario judicial. A diferencia de nuestro sistema penal, dicha conducta está prevista dentro del capítulo de los delitos contra la recta administración de justicia y se encuentra denominado como infidelidad a los deberes profesionales y no como prevaricato, el cual está exclusivamente determinado para aquellos que ostenten la calidad de funcionarios públicos.

Así las cosas, y ya vistas las diferentes tipificaciones del delito de prevaricato en Argentina, se puede someramente determinar que se han establecido según las calidades, ya sea del servidor público o en razón de un mandato, el prevaricato según el sujeto activo de la conducta, a diferencia del sistema colombiano que establece un tipo penal especial para cada una de las funciones a realizar en razón al cargo.

3.2 EL PREVARICATO O DE LA PREVARICACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

En la legislación española se puede observar una diferencia a resaltar y es la de existir la prevaricación judicial como delito, dentro de los delitos contra la administración de justicia y la prevaricación de Funcionarios consagrada en el capítulo de delitos contra la Administración Pública. Adentrémonos en qué consiste la prevaricación Judicial de los art.446 y ss del Código Penal Español, ley orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995⁵⁹. Se tipifican los comportamientos ilícitos del Juez o Magistrado respecto de las funciones que le son propias. Nótese que el sujeto activo de la conducta sólo puede serlo el Juez o Magistrado Unipersonal. La referencia al Juez unipersonal no excluye sin embargo la aplicación de estos delitos cuando han sido cometidos en el seno de un Tribunal, siempre que pueda imputarse a cada uno de sus miembros a título personal en calidad de autor o coautor el acto constitutivo de los mismos, más aún, en el delito previsto en el art. 449 del Código Penal Español también puede ser autor el secretario judicial.

Respecto de este punto la legislación colombiana, y como lo menciona el profesor Cancino, se ha plasmado la pluralidad de sujetos activos sin tener en cuenta que puede haber sido un solo miembro del cuerpo colegiado que haya hecho incurrir en error a los demás magistrados.

Ahora bien, en el sistema español los diversos tipos delictivos se pueden reducir en tres conductas que son:

1. Prevaricación dolosa en sentencias u otra resolución injusta.
2. Denegación y retardo malicioso en la Administración de Justicia.
3. Prevaricación imprudente

En cuanto al punto primero, el art. 446 Código Penal Español tipifica lo siguiente: *“El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictaré sentencia o resolución injusta será castigado:*

⁵⁹ La ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 ha sido modificada por las leyes orgánicas 2/1998, de 15/6; 7/1998, de 5/10 ; 11/1999, de 30/4 ; 14/1999, de 9/6; 2/2000, de 7/1; 3/2000, de 11/1; 4/2000, de 11/1; 5/2000, de 12/1; 7/2000, de 22/12; 8/2000, de 22/12; 3/2002, de 22/5; 9/2002, de 10/12; 1/2003, de 10/3; 7/2003 de 30/6; y 11/2003 de 29/9. [online] www.ruidos.org/Normas/Codigo Penal. 2004.

1° *Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con lamisca pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.*

2° *con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta*

3° *con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial por empleo o cargo público de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injusta”.*

En el segundo punto se enmarcan las conductas establecidas en los artículos 448 y 449 Código Penal Español.

A su tenor el art. 448 del Código Penal Español establece que *“castiga con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años al Juez o Magistrado que se negase a juzgar , sin alegar causal legal o so pretexto de oscuridad , insuficiencia o silencio de la ley. ”* En el art. 449 se impone la misma pena al *“Juez, Magistrado o Secretario Judicial Culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima”.* En el segundo apartado de este artículo se impone la pena indicada, en su mitad inferior cuando *“el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior”.*

Con relación al tercer punto, el art. 447 del Código Penal Español preceptúa que se castigará con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años al *“Juez o magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta”.*

Teniendo en cuenta la anterior descripción, en cuanto a la tipificación del prevaricato, se puede dilucidar que la legislación española es bastante clara en cuanto al sujeto activo de la conducta, disminuyendo el problema que en la actualidad aqueja a nuestro sistema penal. Pero sigamos observando el prevaricato dentro del capítulo de los delitos contra la Administración Pública. Para ello se determina una conducta punible denominada prevaricación de los Funcionarios que en el art. 404 establece lo siguiente...” A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigara con la pena de inhabilitación

especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.” Constituyendo este artículo la base de otros delitos de prevaricación que se remiten a éste, aunado a que se castigan además con la pena de prisión o la de multa, la prevaricación cometida por el funcionario en determinados ámbitos, como por ejemplo, en la ordenación del territorio, la conservación del patrimonio histórico y protección al medio ambiente. La redacción de los tipos penales no coinciden literalmente con la redacción del art. 404, pero se utilizan expresiones tales como “contrarias a las normas urbanísticas” o “manifiestamente ilegales”, mientras que en el art. 404 del Código Penal Español se utiliza “resolución arbitraria”, salvo en el marco penal constituyen el mismo delito, sólo que habrá de tenerse en cuenta las particularidades típicas de cada caso. No ocurre lo mismo con la prevaricación judicial, que como delito contra la Administración de Justicia, se tipifica con una regulación mucho más amplia.

Se habla de una de una prevaricación administrativa, la cual surge a partir de la concepción democrática del poder en el que pasa a ser controlada la desviación de poder y la corrupción política y administrativa. Llegándose inclusive a la exigencia de la responsabilidad penal cuando, en ejercicio de ese poder, se da una indebida aplicación del derecho.

Visto lo anterior es claro que dentro del sistema español el sujeto activo de la conducta no ocasiona mayores inconvenientes, dado que existe tipificación específica de acuerdo a las calidades del individuo que realiza la conducta punible.

Ahora bien, siguiendo con el curso de nuestro análisis, veamos lo que ocurre en nuestra legislación en cuanto al elemento subjetivo de la conducta punible. Al respecto, el profesor Luís Carlos Pérez afirma que el hecho de proferirse una resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley es lo que constituye la esencia del ilícito, sin necesidad de que el ingrediente subjetivo de simpatía o animadversión por alguna de las partes influya en la esencia del mismo, lo que es fundamental, según el doctrinante, es que la resolución o dictamen sean injustos en el sentido de que se aparten ostensiblemente del derecho, sin que nos importen los motivos que dieron origen a que el servidor público actuara de esa forma, es decir que lo que constituye la esencia del ilícito es la disparidad entre la resolución o dictamen y las normas jurídicas que se deben aplicar. Así mismo, resalta el autor que la contrariedad no es con el derecho sino con el mandamiento legal, con el texto vigente, al cual se debió ceñir el servidor público.

En relación con el punto antedicho, el profesor Cancino señala que la resolución, el dictamen o el concepto, deben ser manifiestamente contrarios a la ley, más exactamente en los casos de prevaricato por acción que suelen ser aquellos en

los que de manera sutil, encubierta se profieren los actos tratando de ocultar su ilicitud o ilegalidad. Lo que se pretende es que a pesar de que se ha disfrazado la providencia, sea ilegal en el fondo y no en la forma, no basta solamente con que sea una simple inconformidad con la ley que no trascienda, sino que sea tal la contradicción con la norma a aplicar que dé origen a la conducta típica, es allí donde se centra el elemento subjetivo del delito en la manifiesta contradicción entre lo preceptuado en la ley para el caso determinado y lo decidido.

Así mismo se deduce que se trata de una conducta dolosa, toda vez que se exige que el agente delictivo tenga conciencia de la ilicitud en su actuar, que conozca plenamente que el acto que emite es contrario a la ley, no es necesario probar que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la ley, solo basta con que se tenga pleno conocimiento de la ilicitud del acto, la finalidad puede influir únicamente para la comprobación de la existencia del dolo.

Puede colegirse de lo anterior, tal y como lo plasma este autor, que la tentativa en este tipo de delitos únicamente se produciría en cuanto a quien proyecta, dictamina, conceptúa o elabora un acto administrativo o jurisdiccional, y que por cualquier motivo es descubierto antes de que sea sometido a consideración o conocido por los restantes integrantes de la correspondiente corporación, en tratándose de cuerpos colegiados.

El aspecto subjetivo, en el sistema penal argentino en cuanto a lo tipificado en el art. 269 del Código Penal Argentino requiere una consideración especial, partiendo de la base que el prevaricato es un delito doloso. Ese dolo está constituido, no solamente por el conocimiento que tiene el juez de los hechos sometidos a su decisión, sino también por sus propios conocimientos y la voluntad de obrar en contra de ellos.

Se afirma que entre el error o la negligencia y el dolo, hay en el prevaricato una serie de matices intermedios. El primero de esos matices está dado por la interpretación que el juez debe hacer de la ley para aplicarla al caso concreto.

El delito se comete cuando el juez sabe que resuelve en contra de la ley. En cuanto al prevaricato de hecho, debe entenderse que el juez invoca hechos falsos cuando ellos no existen o, más exactamente, cuando no aparecen constando en los autos que resuelve.

Es claro que para que se genere la conducta punible ha tenerse la plena conciencia de que se está en presencia de una decisión contraria a la ley y aun a sabiendas que no está ajustado a derecho se obra contrario a la ley.

Veamos ahora en el sistema español el tipo subjetivo del prevaricato. En el prevaricato judicial el elemento subjetivo lo indica la expresión "a sabiendas" resultando claro en determinar que no cabe la posibilidad de la comisión imprudente, ni siquiera el dolo eventual, salvo en el tipo penal consagrado en el art. 447 en el que se prevé la prevaricación imprudente, en donde la ignorancia o negligencia inexcusable se produce cuando el acto manifiestamente injusto se produjo sin siquiera la diligencia mínima de quien desempeña una función judicial.

Dentro del prevaricato de funcionarios, el elemento subjetivo es el mismo, es decir que la resolución se adopte aún a sabiendas de su injusticia, limitándose la responsabilidad penal, excluyendo las resoluciones injustas objetivamente, pero que se adoptaron por negligencia error o ignorancia.

No cabe duda que el elemento subjetivo del prevaricato, es el hecho de proferir una decisión, dictamen o concepto a sabiendas de que es contrario a la ley, es decir que constituye evidentemente una conducta dolosa.

Ahora veamos el elemento objetivo del prevaricato. Éste consiste en que la conducta punible se exterioriza en la resolución o dictamen emitido o rendido por el funcionario público, por lo que tendríamos que decir al respecto que la conducta se materializa una vez se haya efectuado la resolución o en su defecto se haya rendido el dictamen.

3.3 PLANTEAMIENTO JURÍDICO EN RESPUESTA AL PROBLEMA DE TIPIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL PREVARICATO

A lo largo de lo someramente expuesto, se dilucida que nuestro sistema penal presenta evidentes falencias a la hora de imputar la responsabilidad penal, pues se han generado vacíos jurídicos que no ha previsto el legislador. Es el caso de la cualificación del sujeto activo de la conducta, pues si bien es cierto el legislador al tipificar como sujeto activo cualificado al servidor público trató de determinar las calidades del mismo, no se detuvo a observar que dicha calidad es tan amplia y genérica que resulta en algunos casos ineficaz. Es de tener en cuenta que el derecho en general, y más aún en materia penal, debe ir evolucionando de acuerdo a las necesidades que genere la sociedad, es por ello que se hace evidente en nuestro tiempo hacer un cambio radical en cuanto a la tipificación del prevaricato, adecuándolo a las necesidades actuales para suplir las deficiencias que presenta el mismo. Por ello nos atrevemos a pensar que debería reformarse la tipificación de la conducta en tal sentido, para lo cual proponemos que se implanten nuevos tipos penales que en lugar de ser tan amplios sean aún más

limitados, dado que la efectividad de un sistema penal no consiste en la tipificación de muchas conductas, sino que al establecerlas puedan ser aplicadas. Una solución al problema del sujeto activo de la conducta, podría ser la tipificación del prevaricato teniendo en cuenta a quien se le va imputar la acción de acuerdo a su función: no es lo mismo el prevaricato, ya sea por acción o por omisión, cometido por un Juez o Magistrado, que el prevaricato cometido por un auxiliar de la justicia. Puede ocurrir que por una extralimitación de un auxiliar de la justicia, un Juez incurra en un error, razón por lo cual sería más eficaz el plasmar en la tipificación de la conducta específicamente a quien se le ha de imputar, teniendo en cuenta la labor o cargo a desempeñar, claro esta sin salirse del concepto genérico de Servidor Público, para lo cual debería establecerse en cada tipo penal “el Juez o Magistrado” o en su defecto “el auxiliar de la justicia”. Con ello se daría mayor precisión a la hora de establecer a quien se le ha imputar la conducta. Es lógico que no todas las actuaciones puedan ser tipificadas por el legislador, es necesario determinar un delito base en el que se enmarquen varias conductas, pero también es lógico que al ser tan genérico presente deficiencias a la hora de interpretar ciertas conductas.

3.4 CUADRO COMPARATIVO DE LOS TIPOS PENALES

	ARGENTINA	COLOMBIA	ESPAÑA
Denominaciones Típicas “Nomen iuris”	Prevaricato del Juez Prevaricato de Personas Equiparadas Prevaricato de los Otros Profesionales Prevaricato de los Auxiliares de la Justicia	Prevaricato Por Acción. Prevaricato Por Omisión	Prevaricación
	Prevaricato del Juez. Art. 269, párrafo. 1°, C.P. El juez que dictare resoluciones contrarias con la ley expresa invocada por	Prevaricato por Acción. Art. 413.- El servidor publico que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley,	Administración Pública. Prevaricación. Artículo 404. A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su

<p style="text-align: center;">Descripción Legal</p>	<p>las partes, o por él mismo, o citare, para fundarla, hechos o resoluciones falsas; si la sentencia fuere condenatoria en causa criminal, la pena será de tres a quince años de prisión e inhabilitación perpetua.</p> <p>Prevaricato de personas equiparadas. Razón de la equiparación. Art.: 269, párr. 3°. Lo dispuesto en el Párr. 1° del artículo 269, será aplicable, en su caso, a los árbitros y arbitradores amigables componedores. Los árbitros y arbitradores cumplen una labor jurisdiccional, es por su voluntad de las partes por lo que se constituye en jueces la ley consideró conveniente a los jueces integrantes del poder judicial.</p> <p>Prevaricato de los otros profesionales. Fundamento – El Art. 271 C.P. Abogados o mandatarios judiciales que defendieren o representaren partes contrarias en el mismo juicio, simultanea, o sucesivamente o que</p>	<p>incurrirá en prisión de tres (3) años a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones publicas de cinco (5) a ocho (8) años.</p> <p>Prevaricato por omisión. Art. 414.- El servidor publico que omite, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones publicas por cinco (5) años.</p>	<p>injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años.</p> <p>Artículo 405. A la autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de su competencia y a sabiendas de su ilegalidad, propusiere, nombrare o diere posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a cualquier persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello, se le castigará con las penas de multa de tres a ocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años.</p> <p>Artículo 406. La misma pena de multa se impondrá a la persona que acepte la propuesta, nombramiento o toma de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.</p> <p>Prevaricación en la Administración Judicial. Artículo 446.</p>
---	--	---	--

	<p>de cualquier otro modo, perjudicare deliberadamente la causa que le estuviere fiada. Patrocinado defienden y los mandatarios que representan partes contrarias en el mismo juicio, son sujetos cuyas intervenciones perfeccionan la relación procesal y, por lo tanto, el correcto desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional también depende de ellos tanto como el juez.</p> <p>Prevaricato de los otros auxiliares de la justicia. El Art. 272, C.P. Será aplicable a los fiscales asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades.</p>		<p>El Juez o Magistrado que, a sabiendas, dictare sentencia o resolución injusta será castigado:</p> <p>1º. Con la pena de prisión de uno a cuatro años si se trata de sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse, y con la misma pena en su mitad superior y multa de doce a veinticuatro meses si se ha ejecutado. En ambos casos se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años.</p> <p>2º. Con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a diez años, si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.</p> <p>3º. Con la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a veinte años, cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas.</p> <p>Artículo 447. El Juez o Magistrado que por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución</p>
--	---	--	---

			<p>manifiestamente injusta incurrirá en la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.</p> <p>Artículo 448. El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a cuatro años.</p> <p>Artículo 449. 1. En la misma pena señalada en el artículo anterior incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima. 2. Cuando el retardo sea imputable a funcionario distinto de los mencionados en el apartado anterior, se le impondrá la pena indicada, en su mitad inferior.</p>
	<p>Prevaricato del Juez. El juez.</p> <p>Prevaricato de personas equipadas. Los árbitros, arbitradores</p>	<p>Prevaricato por acción. El servidor público.</p>	<p>Prevaricación en la Administración Pública. En los artículos transcritos la autoridad o funcionario público.</p>

<p>Sujeto Activo</p>	<p>y amigables compondores.</p> <p>Prevaricato de otros profesionales. Abogados o mandatarios judiciales.</p> <p>Prevaricato de otros auxiliares de la justicias. Fiscales asesores y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades</p>	<p>Prevaricato por omisión. El servidor público.</p>	<p>Prevaricación en la Administración Judicial. Art. 446, 447y 448. El Juez o Magistrado.</p> <p>Art. 449, num. 1º. El Juez o Magistrado <u>o secretarios judiciales;</u> num. 2º. Todos los funcionarios que trabajan en la administración de justicia, Juzgados, tribunales, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes judiciales.</p>
<p>Sujeto Pasivo</p>	<p>El Estado, titular del bien jurídico protegido.</p>	<p>El Estado, titular del bien jurídico protegido.</p>	<p>El Estado, titular del bien jurídico protegido.</p>
<p>Conducta</p>	<p>Prevaricato del Juez. Verbo rector compuesto alternativo: Dictar o citar resoluciones. Tiene que tratarse de resoluciones de carácter jurisdiccional; comprendiendo toda especie de resolución, siempre y cuando se trate de una verdadera resolución.</p> <p>Prevaricato de Personas Equiparadas. Verbo rector compuesto alternativo: Dictar o citar -por remisión al prevaricato del juez-.</p> <p>Prevaricato de otros profesionales. Verbo rector compuesto alternativo: defender o representar partes contrarias en el</p>	<p>Prevaricato por Acción. Verbo rector simple: El proferir, la declaración, emisión o producción del objeto material de la infracción. Requiere que la providencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.</p> <p>Prevaricato por Omisión: Verbo rector compuesto alternativo: omitir, rehusar, retardar o denegar.</p>	<p>Prevaricación en la Administración Pública. Art. 404. Verbo rector simple, Dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo.</p> <p>Art.405. Verbo rector compuesto alternativo, propusiere, nombrare o diere.</p> <p>Art. 406. Verbo rector simple, aceptar.</p> <p>Prevaricación en la Administración Judicial. Art 446. Verbo rector simple, El dictar.</p> <p>Art.447. Verbo rector simple, El dictar.</p> <p>Art.448. Verbo rector simple, negarse.</p> <p>Art.449. Verbo rector simple, retardar.</p>

	<p>mismo juicio; perjudicar deliberadamente de cualquier modo la causa confiada.</p> <p>Prevaricato de otros auxiliares de la justicia. Emitir dictamen.</p>		
Bien jurídico protegido	<p>La admisión de justicia por medio de actuación infiel de los que integran los órganos jurisdiccionales.</p>	<p>La administración de justicia.</p>	<p>La administración Pública; y la administración judicial.</p>
Objeto Material	<p>La conducta se orienta sobre un acto propio de las funciones del agente, lo cual implica la necesaria valoración de su competencia funcional o de las potestades atribuidas.</p>	<p>La conducta se orienta sobre un acto propio de las funciones del agente, lo cual implica la necesaria valoración de su competencia funcional o de las potestades atribuidas.</p>	<p>La conducta se orienta sobre un acto propio de las funciones del agente, lo cual implica la necesaria valoración de su competencia funcional o de las potestades atribuidas.</p>
Elementos Normativos	<p>Prevaricato del Juez. Dictar una resolución que dispone algo contrario a lo que la ley permite disponer, manda o prohíbe algo que la ley invocada no manda o no prohíbe; la contradicción entre la resolución y la ley que el agente presenta como fundamento jurídico de la decisión que constituye aquella. Cuando se fundamentan hechos en resoluciones falsas, siempre y cuando</p>	<p>Prevaricato por acción. Las expresiones resolución o dictamen han de ser “manifiestamente contrarias a la ley”. Lo manifiesto es lo ostensible, lo evidente, la ilegalidad del acto proferido no debe tener discusión, debe ser clara e incontrovertible. Es necesario que haya contradicción clara, oposición evidente al acto y la precisión legal o violación flagrante de una norma positiva.</p>	<p>Prevaricación en la Administración Pública. Art. 404. El dictar una resolución arbitraria en un asunto administrativo; que sea injusta; y Que se dicte a sabiendas. Art.405. El proponer, nombrar o dar posesión para el ejercicio de un determinado cargo público a una persona sin que concurren los requisitos legalmente establecidos; que sea ilegal y que se dicte a sabiendas. Art.406. Quien acepte la propuesta, nombramiento o toma</p>

	<p>los hechos o las resoluciones falsas se invoquen como argumento decisivo de las de las decisiones que el juez da a la cuestión juzgada. La falsedad, tanto puede consistir en que sean hechos o resoluciones que no existieron, como en la atribución a los que existen o existieron de significación que no tienen el hecho, es falso cuando el juez sabe que no existió o que no existe, o existió pero no tal como él lo presenta en la fundamentación.</p> <p>Prevaricato de los otros profesionales. Cuando el abogado o mandatario representa a partes contrarias en el mismo juicio; simultáneamente sucesivamente. La defensa comprende tanto el patrimonio en cualquier causa como la defensa en causa penal. El mandatario es exclusivamente el judicial; la infidelidad de un mandatario de otra especie, puede haber en otros delitos en este particular prevaricato. Partes contrarias son las que hacen valer en el juicio pretensiones antagónicas; existir</p>	<p>Prevaricato por omisión. Las diversas modalidades o formas de comisión (omitir, rehusar, retardar, denegar) tienen como base o soporte el incumplimiento de funciones legales imperativas y expresas, por lo cual, respecto de la acción considerada en sí misma, es necesario el examen riguroso de la capacidad funcional del agente para el proceso de adecuación típica.</p>	<p>de posesión mencionada en el artículo anterior, sabiendo que carece de los requisitos legalmente exigibles.</p> <p>Prevaricación en la administración judicial. Art. 446, num. 1º. Sentencia injusta contra el reo en causa criminal por delito y la sentencia no hubiera llegado a ejecutarse.</p> <p>num. 2º. Si se tratara de una sentencia injusta contra el reo dictada en proceso por falta.</p> <p>num. 3º. Cuando dictara cualquier otra sentencia o resolución injustas. El injusto aduce a la violación de las normas aplicables al caso controvertido o decidido.</p> <p>Art. 447. Por imprudencia grave o ignorancia inexcusable dictara sentencia o resolución manifiestamente injusta. Se requiere, para la operabilidad del tipo penal, la concurrencia de la imprudencia, pero no lata, sino estricta, o la ignorancia que no podría promulgarse del administrador judicial.</p> <p>Art. 448. El Juez o Magistrado que se negase a juzgar, sin</p>
--	--	--	--

	<p>en el momento en que se produce la duplicación, si cuando este se da, la contradicción ha dejado de existir; El prevaricato será imposible. Cuando el tipo se refiere al mismo juicio lo hace a la secuencia de las relaciones procesales en que se debate el mismo litigio o se enfrentan los mismos interés contrapuesto, aunque ello ocurra en una pluralidad de procesos distintos. La duplicidad funcional puede asumírsela simultáneamente o sucesivamente; cuando el ejercicio de la defensa o representación de los intereses contrapuestos se produce en el mismo lapso.</p> <p>Prevaricato de otros Auxiliares de la Justicia. Cuando actúan en función de defensa o representación, puesto que todos aquellos representan partes y defienden intereses en causa que la ley o sus superiores jerárquicos les confían. Las dudas revierten sobre quienes son los funcionarios encargados de emitir</p>		<p>alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley. Obsérvese que se requiere la concurrencia de tres elementos básicos y complementarios del verbo rector, esto es el negarse sin alegar causa legal, o so pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, toda vez que quien recurre al órgano judicial lo hace confiando en la probidad y resolución de su controversia, no pudiéndose, en ese sentido, alegar la inexistencia, inaplicabilidad, vacío o capricho personal para dar resolución favorable al solicitante.</p> <p>Art. 449. Incurrirá el Juez, Magistrado o Secretario Judicial culpable de retardo malicioso en la Administración de Justicia. Se entenderá por malicioso el retardo provocado para conseguir cualquier finalidad ilegítima.</p>
--	---	--	---

	dictámenes ante las autoridades que enuncie el tipo en función de parte, proponiendo o requiriendo una resolución a los organismos jurisdiccionales.		
Especie de tipo según el alcance de la conducta	<p>Prevaricato el juez. Tipo de resultado. Las conductas dictar, citar implican manifestación externa de la voluntad y efectivos resultados.</p> <p>Prevaricato de personas equiparadas. Tipo de resultado. Las conductas dictar, citar implican manifestación externa de la voluntad y efectivos resultados.</p> <p>Prevaricato de otros profesionales. Tipo de resultado, por cuanto se debe materializar el perjuicio. Sin embargo, admite un elemento amplificador del tipo, como es la tentativa, al no realizarse el daño que había sido pretendido por el agente.</p> <p>Prevaricato de los otros auxiliares de la justicia. Tipo de resultado, porque requiere el realizar o proferir el dictamen.</p>	<p>Prevaricato por acción. Tipo de resultado. La conducta proferir implica manifestación externa de la voluntad y efectivos resultados.</p> <p>Prevaricato por omisión. Tipo de mera conducta, toda vez que solo es suficiente con el omitir, rehusar o retardar por cuanto no requiere la producción de consecuencias jurídicas o materiales concretas.</p>	<p>Prevaricación en la administración pública. Art.404. Tipo de resultado. La conducta dictar una resolución arbitraria implica manifestación externa de la voluntad y efectivos resultados.</p> <p>Art.405. Tipo de mera conducta, en tanto el sólo proponer configura la entidad típica del punible; pero, a su vez es tipo de resultado, toda vez que el normar o dar posesión, conlleva también a la configuración de la entidad típica del punible.</p> <p>Art. 406. Concurren en éste, los mimos tipos de resultado y mera conducta precitados.</p> <p>Prevaricación en la administración judicial. Art. 446, nums, 1º, 2º,y 3º. Tipo de resultado, porque se requiere la manifestación de la voluntad.</p> <p>Art. 447. Tipo de resultado.</p>

			<p>Art.448. Tipo de mera conducta, por cuanto requiere la negación en juzgar por falta de soporte legal o sin aducir causa legal.</p> <p>Art.449, nums 1º y 2º. Tipo de resultado, por cuanto requiere la negación en juzgar para conseguir cualquier fin ilegítimo.</p>
<p>Elemento subjetivo. Culpabilidad</p>	<p>Prevaricato del Juez. Siendo el prevaricato es una falsedad tiene que conformarse con un contenido subjetivo muy determinado; sólo incurre en falsedad el que sabe que invoca algo falso; un verdadero elemento subjetivo cognoscitivo que resuelve contra lo que dispone la ley que invoca como fundamento de su fallo o que los hechos o las resoluciones, fundamenté dores no existió o no existió con el significado que él les otorga; a las contradicciones objetivas entre lo declarado y lo que se debió declarar, debe sumarse la contradicción entre lo declarado y lo conocido. Es un delito doloso, requiere necesaria y específicamente contradicción entre lo invocado y lo decidido. El dolo es</p>	<p>Prevaricato por acción. Es delito doloso en esencia, que requiere el conocimiento de que la manifestación de la voluntad estatal emitida por el agente es contraria ostensiblemente al ordenamiento legal o a alguno de sus preceptos específicos, también exige la conducción voluntaria de su actuar hacia el pleno cumplimiento de dicha acción.</p> <p>Prevaricato por omisión. Es delito doloso.</p>	<p>Prevaricación en la administración pública. Sólo admiten la culpabilidad en su modalidad puramente dolosa.</p> <p>Prevaricación en la administración judicial. Art. 446, nums 1º, 2º y 3º. Es un delito doloso, requiere necesaria y específicamente contradicción entre lo invocado y lo decidido. El dolo es directo.</p> <p>Art. 447. Es un delito Culposo.</p> <p>Art.448. Es un delito doloso.</p> <p>Art. 449, nums 1º y 2º. Es un delito doloso.</p>

	<p>directo</p> <p>Prevaricato de personas equiparadas. Igual al anterior.</p> <p>Prevaricato de otros profesionales. Que el autor perjudique deliberadamente la causa; orientar su actuación u omisión a la acusación del perjuicio. Es imprescindible que quiera lograrlo. Dolo directo.</p> <p>Prevaricato de otros auxiliares de la justicia. La de perjudicar deliberadamente la causa confiada. Dolo directo.</p>		
--	---	--	--

CONCLUSIONES

El estudio del Derecho Penal en Roma, específicamente el manejo procesal del prevaricato, nos instruye sobre cómo, desde los primeros vestigios del derecho, el acusado resulta injustamente favorecido con la absolución o con una pena aminorada en el transcurso de determinado proceso, sin poder alegar por parte del mismo esta situación ante un tribunal diferente al que lo manejaba, debido a que no existía en ese tiempo un tribunal competente que entendiera sobre la prevaricación.

Ese asunto no se promovía inmediatamente después del asunto principal, sino que podía entablarse la demanda posteriormente, advirtiendo que fungía para sustanciarla y resolverla el mismo magistrado, y de ser posible el mismo jurado, cuando el jurado hubiese intervenido en el asunto principal.

Por lo expuesto, se denota que el manejo procesal penal dejaba totalmente desprotegido al acusado, favoreciendo sustancialmente al demandante y al magistrado o jurado que profería el fallo. Todas estas circunstancias de gran trascendencia, nos impulsaron a investigar y a estudiar más a fondo el trato del prevaricato en la actualidad, para concluir con las falencias que todavía se manejan en nuestro sistema penal y las posibles alternativas que esperamos sirvan para obtener un trato de equidad y de justicia para la parte menos favorecida, como es el acusado.

Desarrollados los objetivos específicos de la investigación aquí realizada podemos concluir que el enfoque normativo que le ha dado la Honorable Corte Suprema de Justicia, al delito de prevaricato, en su forma más amplia, guarda uniformidad, dando cumplimiento los principios formadores del precedente jurisprudencial; sin embargo no está de más especificar que dentro de la línea jurisprudencial que se ha venido formando al interior del Alto Tribunal, se ha hecho hincapié en retomar tesis y temas que han sido formulados por los Magistrados que tienen en su conocimiento la controversia actual.; y por otra parte, que no se denotó la exigencia y cumplimiento de la técnica propia de los precedente judiciales, soslayándose la inexistencia de una técnica de manejo de línea, salvo, como se anotó dentro del presente estudio, los últimos intentos temerosos y tenues para comenzar a aplicar en todo su rigor la técnica de la conformación de una línea jurisprudencia en miras a la consolidación de los precedentes y doctrina del Alto Tribunal.

De la evolución histórica de la conducta delictiva, nos atrevimos a realizar un pequeña comparación doctrinal entre Colombia, Argentina y España, en tal

sentido, pudiendo apreciar que en nuestro sistema, y mas exactamente en cuanto a la tipificación de la conducta estudiada, se tienen problemas que evidentemente influirán en el ámbito de la aplicabilidad del mismo generando un amplio margen de impunidad.

Así las cosas, y para finalizar el trabajo investigativo nuestra propuesta definitiva para la solución del problema jurídico planteado, es la ampliación en sentido estricto de la conducta, lo cual ayudará a la determinación específica del sujeto activo de la conducta punible y en esa forma reducir ampliamente el margen de impunidad respecto del delito; dicho esto, es claro que si el margen de impunidad se reduce estaremos frente a una pena o una sanción punitiva mas eficaz que la analizada.

BIBLIOGRAFÍA

BASES DE DATOS

- www.banrep.gov.co
- www.gobiernoenlinea.gov.co
- www.justiniano.com/codigo_juridicos/codigo_penal
- www.mininteriorjusticia.gov.co
- www.noti.net
- www.ramajudicial.gov.co
- [www.ruidos.org/Normas/Codigo Penal.](http://www.ruidos.org/Normas/Codigo_Penal)

DICCIONARIOS:

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental, 5ª ed. Buenos Aires – Argentina: Heliasta S.R.L., 1981.
- REYES, Alfonso. Diccionario de Derecho Penal, 2ª ed. Bogotá – Colombia: Editorial Presencia, 1972.

DOCTRINA

DOCTRINA EXTRANJERA.

- FERRER BAQUERO, Ramón. La Prevaricación Judicial. España: Editorial Tirant lo Blanch Los Delitos N° 49, 2002.
- JAKOBS, Günther. La Imputación Objetiva en el Derecho Penal. Traducción de Manuel Cancino Mélia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho. 3ª Reimpresión. Bogotá D.C. – Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998.
- MELÉNDES SÁNCHEZ, “En torno al delito de prevaricación” en AP, 1.991.

- MOMSSEM, Teodoro. El Derecho Penal Romano. Traducción P. Dorado, Profesor Universidad de Salamanca. Bogotá D.C. – Colombia: Temis, 1976.
- PORTERO GARCIAL L., “Delitos cometidos por los Funcionarios Públicos contra las garantías individuales”, en estudios sobre el Código Penal de 1.995. parte especial Madrid, 1.996.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español, Parte Especial. 8° ed. Artes Gráficas Carasa, José Bielsa, 20 Madrid-26, 1980.
- SERRANO GÓMEZ, Alfonso. Derecho Penal parte Especial 7° ed. Dykinson Madrid, 2002.

DOCTRINA NACIONAL.

- CANCINO MORENO, Antonio José. AAW. Lecciones de Derecho Penal. U. Externado de Colombia.
- GARCÍA VALENCIA, Jesús Ignacio. Las Causales de Inculpabilidad. Error de Tipo y de Prohibición. Bogotá D.C. – Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1994.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. EL DERECHO DE LOS JUECES. 4ª Reimpresión. Bogotá D.C. – Colombia: Editorial Legis, Ediciones Uniandes, 2002. 220 p.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Preguntas y Respuestas de Derecho Constitucional Colombiano y Teoría General del Estado. Bogotá D.C. – Colombia: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2002.
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. El delito de Prevaricato elementos estructurales y culpabilidad: análisis jurisprudencial. EN: Revista de Derecho Penal (Leyer) No 3 (octubre – noviembre 1997).
- PABÓN PARRA, Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal, Parte General – Parte Especial, Delitos Contra la Administración Pública. 6ª ed. Bogotá D.C. – Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003.
- PÉREZ, Luís Carlos. Manual de Derecho Penal: Partes General y Especial. 3ª Reimpresión. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

- PÉREZ, Luís Carlos. Tratado de derecho penal, Tomo III ed. Temis, Bogota.

JURISPRUDENCIA.

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. M.P. Álvaro Tafúr Galvis. Expediente D-3293. Sentencia C-739 de 2001.

_____._____, M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Expediente D-3375. Sentencia C- 917 de 2001.

_____._____, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-056 y D-092. Sentencia C-543 de 1992.

SENTENCIAS UNIFICADORAS (SU)

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Plena. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T- 212590. SU- 786. 1999.

_____._____, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-220687. SU – 960. 1999.

_____._____, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-151643. SU-542 de 1999.

SENTENCIAS TUTELA EN REVISIÓN

CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de revisión. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-5942. Sentencia T-079 de 1993.

_____._____, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-28325. Sentencia T-231 de 1994.

_____._____, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-22923. Sentencia T-055 de 1994.

_____, Sala Quinta de revisión. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-51225. Sentencia T-118. 1995.

_____, Sala Novena, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente T-30689. Sentencia T-327. 1994.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SENTENCIAS CASACIÓN

_____._____, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia. Proceso 9196 de 14-05-96.

SENTENCIAS SEGUNDA INSTANCIA (APELACIÓN)

_____._____, M.P. Dr. Luís Enrique Romero Soto. Acta 57, 19-06-85, Gaceta Judicial No 2420, 1985. p 281 y ss.

_____._____, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Proceso 9820 de 19-09-96.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 11895 de 27-08-97.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 11061 de 10-12-97.

_____._____, M.P. Dr. Jorge Aníbal Gómez Gallego. Proceso 13628 de 26-05-98.

_____._____, M.P. Dr. Yesid Ramírez Bastidas. Proceso 11156 de 15-10-99.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 13601 de 15-05-00.

_____._____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 11455 de 15-05-00.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 10253 de 23-10-95.

_____._____, M.P. Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Proceso 14153 de 27-09-00.

_____._____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 13683 de 02-05-01.

_____._____, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Proceso 13261 de 14-06-01.

_____._____, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Proceso 18351 de 07-11-01.

_____._____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 14254 de 14-03-02.

_____._____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 17008 de 04-04-02.

_____._____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso 19006 de 09-04-02.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 19453 de 28-05-02.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 16627 de 25-06-02.

_____._____, M.P. Dr. Nilson Elías Pinilla Pinilla. Proceso 15296 de 30-07-02.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Augusto Gálvez Argote. Proceso 15728 de 29-08-02.

_____._____, M.P. Dr. Carlos Eduardo Mejía Escobar. Proceso 15513 de 03-09-02.

_____._____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripoll. Proceso 16262 de 18-02-03.

_____._____, M.P. Dr. Edgar Lombana Trujillo. Proceso 16444 de 27-03-03.

_____._____, M.P. Dr. Fernando Arboleda Ripio. Proceso 18031 de 11-03-03.

SENTENCIAS ÚNICA INSTANCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. Fabio Calderón Botero. Acta 23, 15-04-82, Gaceta Judicial No 2408, 1982. p. 143 y ss.

_____._____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso 15100 de 21-01-03.

_____._____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso 17871 de 25-02-03.

CONFLICTO DE COMPETENCIA

_____._____, M.P. Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón. Proceso 18695 de 12-09-01.

LEGISLACIÓN.

LEGISLACIÓN NACIONAL.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 2300 de 1936: por el cual se adopta el texto definitivo del Código Penal Colombiano (Ley 95 de 1936). Bogotá-Colombia, 1936.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Decreto 100 del 23 de enero de 1980: Código Penal Colombiano. Bogotá – Colombia, 1980.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 599 De 2000: Código Penal Colombiano. Bogotá – Colombia, 2000.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

CÓDIGO PENAL ARGENTINO, ley 11179. Texto Normado por el decreto 3992 de 1984. Boletín oficial 16/01/85 [online].

REFORMA CÓDIGO PENAL ARGENTINO. Ley 23.077, Ley 11.221 y Ley 24.286.

CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Presidencia de Gobierno, Ley Orgánica 10 del 23 de noviembre de 1995 [online].

PÁGINAS WEB.

www.banrep.gov.co

www.bibliojuridica.org

www.bibliojuridica.com

www.gobiernoenlinea.gov.co

www.iasu.com.ar/delitocaprevaricato.htm

[www.mininteriorjusticia.gov.co/bases de datos/consultas](http://www.mininteriorjusticia.gov.co/bases%20de%20datos/consultas)

[www.monografias.com/Links/Derecho/Abuso de Autoridad y Violación de los Deberes de los Funcionarios Públicos](http://www.monografias.com/Links/Derecho/Abuso%20de%20Autoridad%20y%20Violaci%C3%B3n%20de%20los%20Deberes%20de%20los%20Funcionarios%20P%C3%BAblicos), editado por David Gabriel Aguirre. El prevaricato en argentina editado por Alejandra Noillet.

Rama Judicial de Colombia (Ir a Jurisprudencia) [online]. Bogotá D.C. http://200.74.133.178/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=2

[www.poder-judicial.go.cr/salatercera/ revista](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/)

www.todalaley.com/links

ANEXOS

1.1. CASACIÓN

NÚMERO DE PROCESO

9196

FECHA SENTENCIA

14/05/1996

MAGISTRADO PONENTE

Dídimo Páez Velandia

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

- a. ¿Cuándo se lleva a cabo la realización del tipo penal de Homicidio para realizar la imputación de la responsabilidad a título de dolo eventual o, a contrario sensu, a título de culpa?
- b. De acuerdo con el sistema procesal vigente, ¿el pliego de cargos que formula la Fiscalía en la resolución acusatoria es un requisito meramente formal de procedibilidad o, por el contrario, se trata de uno esencial del debido proceso que amerita claridad fáctica y precisión jurídica como presupuesto para el ejercicio pleno del derecho fundamental de defensa?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

- a. “En el dolo eventual el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él; mientras que en la culpa consciente, aunque igualmente se representa el riesgo de realizar ese tipo penal -por ello se la conoce también como culpa con representación-, confía, por

efecto de una errada valoración circunstancial, que el resultado no se concretará, es decir, no se asiente con él.

- b. (...) esta colegiatura ya tuvo ocasión de examinar las diversas disposiciones legales sobre el particular y con base en ellas adoptó un criterio jurisprudencial que reconoce la acusación como jurídica y no fáctica, sin desconocer desde el punto de vista de la "lege ferende" que la teoría de la imputación fáctica es una alternativa interesante que debe considerar el legislador para evitar las dilaciones procesales a que casi siempre conduce la corrección que debe hacerse de los quebrantos al rito fundamental (...).

Dicho artículo (442 C.de P.P.) hace referencia a "los requisitos formales de la resolución de acusación", uno de los cuales es la obligación de hacer una "calificación jurídica" de los hechos probados en el proceso con "señalamiento del capítulo dentro del título correspondiente del Código Penal" con lo cual está exigiendo claridad y precisión en la imputación. Si ello es así, como en efecto lo es, hay que inferir que la "provisionalidad" de esa calificación solamente hace referencia a la facultad de algunos de los sujetos procesales para pedir o aportar pruebas conducentes y eficaces en el juicio con la única finalidad de "desvirtuar o degradar la acusación", pero en el entendido claro está de que la degradación de la acusación sólo es posible siempre que no genere desarmonía entre la calificación y el fallo condenatorio como ocurriría en el caso de un homicidio agravado o uno simple o de éste a uno culposo, pues de lo contrario implica necesariamente una falla, remediable únicamente en la forma señalada por el artículo 220-3 del C. de P.P..

Los antecedentes legislativos sobre el punto conducen a desentrañar la verdadera voluntad del legislador: primeramente, el artículo 501 del anterior estatuto facultaba al juez fallador, con un procedimiento especial desde luego y con señalamiento expreso de la competencia para el evento de que ésta sufriera modificación, a variar la calificación que hacían los jueces de Instrucción Criminal, disposición derogada por el actual ordenamiento; y, en segundo lugar, cuando el Gobierno quiso reimplantarla con el proyecto que presentó en 1993 al Congreso, fue expresamente denegada por dicha colegiatura. Por manera que es insostenible frente a la legislación actual la tesis de la "imputación fáctica" la que, de paso, implicaría alterar la competencia fijada por la ley, en el evento en que ésta sufriese modificación con la variación de dicha calificación, lo cual no es posible en un Estado social y democrático de Derecho en donde la competencia es un aspecto de orden público, modificable en forma expresa tan solo por la ley.

PRECEDENTES CITADOS

Rad. 9117 Sentencia de agosto 02 de 1995 M.P. Ricardo Calvete Rangel.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático por inducción e integración.

DECISIÓN

Casar

1.2. SENTENCIAS SEGUNDA INSTANCIA

1.2.1

FECHA

23-04-82

MAGISTRADO PONENTE

Luís Enrique Romero Soto

SALVAMENTO DE VOTO

Alfonso Reyes Echandía

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Incorre un Gobernador al proferir en ejercicio de sus funciones una resolución que confiere la calidad de no contrabando –calificación propia de la justicia aduanera- a cierta mercancía, o en prevaricato, abuso de funciones o abuso de autoridad?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

(...) en sentencias de veintidós de junio de 1978 y cuatro de abril de 1979, esta Sala ratificó afirmaciones contenidas en providencias anteriores y de las cuales aparecía no ser delito la usurpación de funciones que contemplaba el anterior Código Penal (1936) en el artículo 182, cuando la conducta allí descrita era ejecutada por un funcionario público por considerarse que el sujeto activo de ese ilícito solo podía ser el particular creyéndose que la única forma posible de ilicitud en mención era la consistente en la suposición de títulos o facultades públicas o la simulación de empleo en el sector oficial, en fin, en hacerse pasar por empleado o funcionario público no siéndolo, pero sin aceptar que un funcionario público pudiera invadir la órbita de la competencia de otro ni pensar, tampoco, que, en este último caso dicho funcionario obra como un simple particular.

En las providencias primeramente mencionadas, esta Sala retiró su afirmación de que cuando un funcionario público ejerce funciones que no tiene, no comete delito de abuso de autoridad sino el de usurpación de funciones, “pues es claro, dijo la Corte en la primera de esas decisiones, que el abuso de autoridad debe

producirse dentro del límite u órbita de las funciones del sujeto activo o excediéndose en el ejercicio de ellas...”

(...)

En los tres delitos el sujeto activo es un funcionario público aunque en la usurpación puede serlo también un particular.

En los tres el agente obra como agente funcional, vale decir, por medio de los actos relacionados con una función pública, o sea que en todos ellos el agente actúa en desempeño real o fingido de una atribución funcional y no como simple particular.

En ninguno de los tres, por supuesto, el agente está autorizado para hacer u omitir, lo que significa que su conducta es indebida por carencia de atribuciones.

La diferencia fundamental entre los tres delitos puede señalarse diciendo que mientras en la usurpación el agente ejecuta un acto que está atribuido por la ley a otro funcionario y que éste pudiera llevar a cabo lícitamente, en el abuso de autoridad y en el prevaricato, ese acto es ilegal, no importa quien lo ejecute.

Lo que existe entre estos dos últimos ilícitos y la usurpación estriba en que mientras ésta, como queda dicho, se está ejerciendo una función que no compete al agente, en aquellos éste obra dentro de su función, pero abusando de ella.

Porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la existencia del poder de que se abusa, pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que ésta señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido..

(...)

Por lo que hace el elemento subjetivo de este delito se necesita que el sujeto activo se dé cuenta de que está usurpando jurisdicción que no le corresponde, o sea, en otras palabras, que esté ejecutando un acto funcional sin hallarse autorizado para ello. Es decir, se necesita el conocimiento y la voluntad de la usurpación.

PRECEDENTES CITADOS.

Sentencia del 22 de junio de 1978.
Sentencia del 04 de enero de 1979

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN.

Sistemático por Inducción e Integración
Técnica semántica, gramatical o lógica.

DECISIÓN

Declarar nulo lo actuado en el presente proceso a partir del auto del veintiséis (26) de febrero, por el cual se llamó a juicio al señor XXXX, inclusive y ordenar que se reponga, a partir de entonces, el proceso.

NÚMERO DE PROCESO

9820

FECHA

19/09/1996

MAGISTRADO PONENTE

Nilson Pinilla Pinilla

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

Cuando frente a los elementos que les son comunes y que les permiten ser muy cercanos en su descripción típica, ¿Cómo se diferenciarían el prevaricato por acción (art. 149 C.P.), por una parte, y el abuso de función pública (art. 162 C.P.), por la otra?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“(…)

Evidentemente, en ambos casos se requiere actuación dolosa; el bien jurídico protegido es el mismo; (...) para incurrir en cualquiera de estos dos tipos penales se requiere de sujeto activo calificado (...) Conviene empezar a precisar que mientras la acción prevaricadora se da dentro de un pronunciamiento específico (resolución o dictamen), que en forma manifiestamente contraria a la ley es proferido u omitido por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un determinado asunto, en el abuso de la función pública el sujeto activo, que también es servidor público, hace abstracción de su ámbito de competencia y de manera abusiva realiza función oficial que legalmente no le corresponde.

(...) Resulta que ese proceder tachado de ser manifiestamente ilegal, que encontraría adecuación típica en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, vigente para la época de los hechos, también la halla de manera más específica y en ajustado detalle, en la previsión del 162 ibídem, cuya aplicación debe preferirse

por su mayor riqueza descriptiva ante el caso concreto, para superar de esta manera el concurso aparente de tipos. (...) se encuentra particularmente ilustrativo lo resuelto el 13 de febrero de 1991, segunda instancia No. 5466, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia, al expresar que el juez que trasciende los límites de su jurisdicción, ciertamente abusa de la función pública. Y agrega: "... hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal, aunque haya habido extralimitación funcional...."

A contrario sensu, si el funcionario que abusa de su cargo al asumir una labor que no le corresponde, desarrolla ésta de manera acorde a lo estatuido o, en otras palabras, tal como lo haría lícitamente el competente, solo está incurriendo en el abuso de función pública.

Esta corporación volvió a pronunciarse de manera correlativa el 14 de septiembre de 1995 (única instancia No. 10.131, M.P. doctor Carlos E. Mejía Escobar), para considerar que si bien la conducta allí investigada "contiene algunos elementos que en un momento dado permitirían enmarcarla en la figura del prevaricato por acción, es cierto también que el hecho imputado se subsume de manera amplia y correcta dentro de la descripción del delito de abuso de función pública"

"De manera que el ataque al bien jurídico de la administración pública, en tanto tiene que ver únicamente con formas comisivas que implican usurpación o ejercicio de funciones públicas que no se tienen, encuentra concreta y precisa adecuación en las disposiciones del Capítulo IX del Título III del C. Penal, a diferencia de cuando no solo se abusa de la función sino que también se prevarica, caso en el cual este punible comprende el primero".

PRECEDENTES CITADOS

Providencia de 13 de febrero de 1991.segunda instancia. M.P. dr. Dídimo Páez Velandia -radicación 5466.

Providencia de 14 de septiembre de 1995. Única instancia. M.P. dr. Carlos e. Mejía escobar _radicación 10131.

Providencia de mayo 8 de 1996. Casación. M.P. dr. Dídimo Páez Velandia - radicación 9196.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático por inducción e integración.

DECISIÓN

Confirmar el auto de origen, fecha y contenido anotados, objeto del recurso de apelación.

NÚMERO DE PROCESO

11895

FECHA

27/08/1997

MAGISTRADO PONENTE

Juan Manuel Torres Fresneda

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. ¿Cómo se diferencia el Habeas Corpus y los Recursos ordinarios que se pueden impetrar frente a una aprehensión ilegal y, en ese caso, sería operante la primera?
2. ¿Cuál es el funcionario competente para el otorgamiento o remoción de la libertad provisional, y puede, por otra parte, el funcionario que conoce del Habeas Corpus entrar a realizar valoraciones correspondientes al primero?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. Por su trascendencia frente al recurso que debe definir la Sala, se debe puntualizar que la manifiesta contrariedad entre la decisión que otorgó el habeas corpus y la ley, salta a la vista desde dos aspectos diferentes. El primero, porque la detención de los reclamantes provenía de una decisión judicial oportuna, vigente y susceptible de control de legalidad ante el juez del conocimiento (artículo 414-A del C. de P.P.), lo mismo que de recursos ordinarios en sede de instancia (arts. 199, 216 y concordantes), y aún de revocatoria directa (art. 412 ibídem), mas no del trámite del Habeas Corpus, el cual procede no ante una detención injusta, sino ante una "aprehensión" ilegal, según lo indica el epígrafe del capítulo VII, Título III del Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal.

La diferencia, pues, de estas situaciones es clara y remitida a capítulos y competencias diferentes dentro del Código de Procedimiento Penal, de las cuales emerge que si durante la vigencia de la medida de aseguramiento de detención preventiva surge una causal de libertad provisional, ella no torna la detención inválida, porque el implicado prosigue bajo el rigor de la medida

cautelar judicial, y ésta conserva la vigencia y la obligatoriedad de condiciones que la originaron, en tanto no se la abroge o modifique bajo las condiciones y por los funcionarios que señala la ley de procedimiento, lo cual margina los supuestos, objeto y solución perseguidos con la acción del Habeas Corpus.

2. Por lo demás, es el texto preciso de la ley el que señala con nitidez los eventos que configuran causales para el otorgamiento de la libertad provisional, los cuales involucran el análisis y la valoración de aspectos procesales que solo al juez o fiscal competente le conciernen, y en cuya definición no puede ser sustituido por otro funcionario, incluido el que tramite un Habeas Corpus. Ello se explica, además, porque las causales de excarcelación no consultan por lo general simples situaciones de hecho que conduzcan a su operatividad automática, sino que dependen del estudio y definición de factores procesales tanto objetivos como subjetivos, como ocurre, por vía de ejemplo en el caso de la estimación anticipada de los subrogados, la definición de una situación de exceso en las causales de justificación, etc.

Así se entiende cómo ni siquiera en el caso de sobrepasar los términos sin calificación o sin audiencia se trata de una simple contabilización de días, sino que es preciso analizar si esa prolongación deriva de actitudes dilatorias atribuibles al defensor o al procesado, sin descontar que en caso de accederse a la excarcelación, todavía se debe definir si la caución será prendaria o juratoria, y cual su monto con referencia al valor del salario mínimo, la gravedad del hecho, y las condiciones económicas del procesado, lo que implica el estudio y definición de temas propios de las instancias, y con arraigo interno en el proceso.

(...)

Invaldar el auto de detención o decretar la libertad provisional, son dos decisiones exclusivas de los funcionarios del conocimiento. Si lo primero, en tanto los artículos 411 y 412 del Código de Procedimiento Penal le dan esa competencia privativa al fiscal o juez que haya decretado la medida ("El funcionario judicial ... deberá sustituir la medida de aseguramiento que haya proferido, por la que corresponda..." o "... revocará la medida de aseguramiento cuando sobrevengan pruebas que la desvirtúen..."). Y si de la excarcelación se trata, del texto del artículo 415 del mismo Código emerge que la libertad provisional se debe decretar o conceder en el momento y por el funcionario encargado de cada hito e instancia al cual se refiere en particular la respectiva causal que sea aplicable, con la única excepción del numeral 2o. que extiende la competencia con mayor amplitud a "la autoridad que esté conociendo de la actuación procesal al momento de presentarse la causal aquí prevista", amplitud que en ningún caso comprende al juez del Habeas Corpus,

porque a éste tan solo se le adscribe la definición de ese incidente, no la de la "actuación procesal", pues ello conduciría al extremo de ignorar jerarquías superiores, y hasta la competencia que se reserva por fuero constitucional.

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTREPRETACIÓN

Exegético sociológico

DECISIÓN

Primero.- revocar la sentencia apelada.

Segundo.- condenar a la acusada doctora XXXXX a las penas principales de prisión e interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veintiséis (26) meses, cada una, como autora del delito de prevaricato por acción por el cual fuera radicada a responder en juicio, según hechos cometidos en las circunstancias que indica este proceso, en su condición de juez 24 penal municipal de Cali.

Tercero.- conceder a la sentenciada el subrogado de la condena de ejecución condicional, por lo que se suspende la pena privativa de la libertad por un término de dos (2) años, obligándosele a la suscripción de diligencia de compromiso en los términos del artículo 69 del código penal, mediante caución por suma equivalente a los diez (10) salarios mínimos mensuales.

Cuarto.- compúlsense, por el a quo, las copias ordenadas en la parte motiva de este proveído con destino a la fiscalía delegada ante el tribunal superior de Cali, y las que se indican en el artículo 501 del código de procedimiento penal.

NÚMERO DE PROCESO

11061

FECHA

10/12/1997

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Eduardo Mejia Escobar

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿La realización del tipo penal de prevaricato por acción requiere, necesariamente, el actuar doloso por parte del sujeto calificado, a pesar de converger en la realización de la conducta, elementos que permitan esgrimir una causal de inculpabilidad (actualmente ausencia de responsabilidad)?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

Sabido es, que el delito de prevaricato por acción, implica el proferimiento, por parte del funcionario público, de resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de tal manera que lo resuelto por éste sea evidentemente notorio y ostensiblemente opuesto al texto legal.

Esta corporación ha sostenido de manera reiterada, que la verdadera esencia del tipo de este punible, se constituye en “la ocurrencia de un actuar malicioso dentro del cual el sujeto agente se aparta de manera consciente del deber funcional que le estaba impuesto, como la existencia objetiva de una decisión abiertamente opuesta a aquella que le ordenaba o autorizaba la ley”. (Segunda instancia, 94-07-07, MP Dr. Dídimio Páez Velandia).

Si la causal de inculpabilidad está plenamente demostrada, esto es, la ausencia de dolo en el actuar de la funcionaria resulta contradictorio afirmar que existe duda en cuanto a si la procesada actuó con culpabilidad dolosa. Si bien una y otra determinación conllevan a la absolución de la procesada, cada una entraña aspectos y consecuencias diferentes entre sí.

De un lado las causales contenidas en el artículo 40 del Código Penal, impiden el nacimiento del hecho punible por ausencia del elemento culpabilidad, que por su

carácter netamente subjetivo, operan únicamente en relación con el sujeto agente, en el sentido de que le impiden tener conciencia de la ilicitud de su acción, o descartan la intención de realizar el tipo.

En el caso del error, tanto el de tipo como el de prohibición, excluyen el dolo ya que debido a la errada apreciación fáctica o la equivocada apreciación de una norma, el sujeto actúa creyendo que lo hace conforme a derecho, bien porque considere que en su conducta no se dan los elementos del tipo, bien porque crea que ella está amparada por una causal de justificación.

Por su parte, el principio del in dubio pro reo, hace referencia a la duda que se le presenta al funcionario judicial, sobre la responsabilidad del sujeto con base en el material probatorio recaudado en el proceso y opera siempre que no haya forma de eliminarla razonablemente.

PRECEDENTES CITADOS

Sentencia del 07 de julio de 1997. M.P. Dídimo Páez Velandia.

MÉTODO DE INTREPRETACIÓN

Exegético gramatical o lógica, y sistemático por integración e inducción.

DECISIÓN

Confirmar la sentencia impugnada, con la aclaración hecha en la parte motiva de este proveído.

NÚMERO DE PROCESO

13628

FECHA

26/05/1998

MAGISTRADO PONENTE

Jorge Aníbal Gómez Gallego

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. ¿Se configura la conducta prevaricadora activa, cuando en virtud de una decisión judicial, se realiza o lleca a cabo una errada valoración de la jurisprudencia en la cual se establecen parámetros diferenciadores entre la concesión de un recurso y un derecho de rango constitucional?
2. ¿En qué circunstancias es procedente el Habeas Corpus y, por otra parte, cuándo se debe recurrir a los recursos ordinarios para que el primero no tenga operancia alguna?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. De igual manera, la adecuación típica del delito de prevaricato debe surgir de un cotejo simple del contenido de la resolución o dictamen y el de la ley, sin necesidad de acudir a complejas elucubraciones o a elocuentes y refinadas interpretaciones, pues un proceso de esta índole escaparía a una expresión auténtica de lo "*manifiestamente contrario a la ley*". Así entonces, para la evaluación de esta clase de conductas delictivas se adopta una actitud más descriptiva que prescriptiva, es decir, sujeta a lo que realmente hizo el imputado en la respectiva actuación, asistido de sus propios medios y conocimientos, no a lo que debió hacer desde la perspectiva jurídica y con base en los recursos del analista de ahora (*juicio ex ante y no a posteriori*). Desde luego que si el objeto de examen es una decisión ostensiblemente contraria a la ley, el juzgador no puede abstenerse de señalar el "deber ser" legal que el infractor soslayó maliciosamente, pero como un "deber ser" que éste conocía (no aquél) y que obviamente estaba al alcance de sus posibilidades.

(...)

Se orienta el fallo de la Corte Constitucional al mantenimiento del sistema judicial y la debida armonía entre las instituciones de la Carta Magna, pues si al lado del derecho fundamental al *habeas corpus* (art. 30 Const. Pol.) existe también el del debido proceso (arts. 28 y 29 *idem*), cuyo presupuesto es la existencia de una rama judicial organizada e independiente, que tiene como misión permanentemente la guarda de la libertad y la igualdad de las personas, entre otras garantías, no puede sostenerse una alternatividad entre dos acciones judiciales que recaen sobre el mismo bien jurídico de la libertad, siendo que una de ellas es brevísima y obviamente estaría dada para situaciones de urgencia no removibles por los medios ordinarios. En efecto, si toda reclamación de quien se encuentra privado de la libertad pudiera surtirse por la acción especial de *habeas corpus*, que es externa al proceso necesariamente adelantado por autoridad judicial competente, entonces sobraría el ejercicio ordinario y también garantista de los mismos jueces, lo cual se traduce a la postre en una disputa de competencias no propiciada por la Constitución; hasta el punto de llegar a la situación crítica de la desordenada controversia funcional que finalmente conduce al caos en la administración de justicia en detrimento tanto del individuo como de la sociedad. De este modo, los razonamientos posteriores de la Corte Constitucional apuntan a preservar la integridad de la Constitución, el Estado-jurisdicción y la función judicial, de tal manera que declara como ámbito propio del juez de *habeas corpus* "*las privaciones no judiciales de la libertad*".

2. Por la misma naturaleza jurídica de la regulación constitucional del *habeas corpus*, que prevé una solución rápida de 36 horas, necesariamente se presuponen palmarias agresiones informales o situaciones de hecho, cuestiones tan simples o tan ostensiblemente arbitrarias que no exigen las complejas valoraciones de hechos y normas procesales, de orden objetivo y subjetivo, como aquellas que significan negarle legalidad o mérito a una medida de aseguramiento adoptada por la autoridad judicial. Es que en un término tan breve de horas no se puede aprehender la dimensión de toda una actuación procesal que se ha sujetado a un método durante días o meses.

Con el fin de que no se confundan nocivamente las esferas de acción y exigencia de los derechos fundamentales constitucionales (libertad, *habeas corpus* y debido proceso), no puede quedar duda de que el fin del *habeas corpus* es la tutela de la libertad en sentido material y no el debido proceso en sentido formal. Por ello, en caso de prolongación ilegal de la privación de la libertad, si se dicta una medida de detención antes de cualquier disposición sobre la protección especial, es necesario acudir primero a los mecanismos de solución y recursos propios del proceso que ya está en curso, tal como lo indica el inciso 2° del artículo 430 del C. P. P. De esta manera, la Corte Constitucional señaló claramente que una vez dictada la medida de aseguramiento de detención, sin que se haya dado el rito

respectivo, ya no es procedente acudir al singular amparo sino a los recursos propios del proceso penal, que es lo determinante.

PRECEDENTES CITADOS

Sentencia C- 301 de 1993. Corte Constitucional.
Sentencia T-046 de 1993. Corte Constitucional.

MÉTODO DE INTREPRETACIÓN

Exegético gramatical; sistemático por inducción e integración apelando a una división del ordenamiento constitucional.

DECISIÓN

Confirmar la sentencia impugnada, cuya fecha, origen y naturaleza se han indicado en la motivación.

NÚMERO DE PROCESO

11156

FECHA

15/10/1999

MAGISTRADO PONENTE

Yesid Ramírez Bastidas

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Se requiere, en el delito de prevaricato por omisión, la concurrencia o no del elemento subjetivo, y en caso que éste no concorra, ausencia de dolo, que deviene en causal de inculpabilidad?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. El prevaricato omisivo es la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehúsa un acto propio de sus funciones, delito esencialmente doloso en el que el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, y por eso no es suficiente para su configuración el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal.

2. Con relación a la prelación dada por la procesada a ciertos procesos, de tiempo atrás la jurisprudencia ha ventilado el tema, como aparece en auto del 15 de diciembre de 1993: "Lo que la Corte sostiene, entonces, es que, IDEALMENTE -y su cabal realización debe ser una lucha cotidiana, de cada instante- todos los asuntos deben y merecen ser despachados, con la mayor celeridad; pero, cuando ello no es posible (lo que es nuestra cruda y lamentable realidad), los más graves, los que causan más considerable alarma social, los más delicados -con DETENIDO-, deben ser atendidos de preferencia. Esa es una ley que si no estuviera expresa, impondría la misma lógica o naturaleza de las cosas" (M. P., doctor GUSTAVO GOMEZ VELÁSQUEZ).

Con respecto a la concurrencia o no del elemento subjetivo del delito de prevaricato por omisión, la Corte en sentencia del 11 de marzo de 1992, señaló: "Es verdad que el propósito de favorecer a una de las partes no es un factor

indispensable para determinar que un funcionario omitió dolosamente su deber de actuar, pero no puede negarse que la demostración de la ausencia total de ese interés es un elemento de juicio, que sumado a las otras circunstancias que rodearon el hecho, puede conducir a que se concluya que hubo ausencia de dolo" (M. P., doctor RICARDO CALVETE RANGEL).

PRECEDENTES CITADOS

Sentencia del 11 de marzo de 1992. M.P. Ricardo Calvete
Sentencia del 09 de diciembre de 1993. M.P. Edgar Saavedra Rojas.

MÉTODO DE INTREPRETACIÓN

Exegético gramatical; sistemático por inducción e integración apelando a una división del ordenamiento constitucional.

DECISIÓN

- 1° REVOCAR la sentencia de fecha y procedencia anotadas, proferida en contra de la doctora LUZ DEL ROSARIO REDONDO JIMENEZ, como Juez 1ª Superior y Juez 6ª Penal de ese Circuito y, en consecuencia, ABSOLVERLA de responsabilidad penal por concepto tanto de los seis comportamientos omisivos por los que fue condenada en primera instancia como de las otras tres conductas a que se refiere la parte motiva de la sentencia del a quo, debido a ausencia de dolo en el actuar que impide predicar judicialmente la categoría dogmática de la culpabilidad.
- 2° CANCELAR la caución prendaria prestada cuando se impuso medida de aseguramiento y ordenar la entrega de su valor a la funcionaria absuelta. Y,
- 3° EXPEDIR las copias indicadas en la parte motiva.

NÚMERO DE PROCESO

13601

FECHA

15/05/2002

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Augusto Gálvez Argote

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

- a. ¿Se configura al abuso de función pública (art. 162, D.100/80) cuando, no existiendo competencia por el régimen legal vigente, se varía la competencia en razón a la cuantía por una nueva normatividad que modifica la anterior?
- b. ¿El dolo en el prevaricato (art. 149, D. 100/80) exige en el juicio de reproche, como elemento subjetivo del tipo, un mero resultado (dolo eventual) o la consecución de una mera conducta (dolo directo) que deviene en un dictamen o resolución que es contrario a la ley?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

- a. "(...) no obstante la claridad de la jurisprudencia citada por la misma (Septiembre 19 de 1.996, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla), acerca de que mientras en el prevaricato la emisión de resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley se produce por razón y con ocasión del deber propio del servidor público en el trámite de un negocio, en el abuso de función pública el servidor hace abstracción de su ámbito de facultades realizando función oficial que legalmente no le corresponde (...).

1. Aunque en principio la competencia por "delitos contra la propiedad", cuando la cuantía excedía de treinta mil pesos, correspondía, por virtud del artículo 37 del Decreto 409 de 1.971, modificado por el quinto de la Ley 17 de 1.975 y el séptimo de la Ley 22 de 1.977, a los jueces de circuito, lo que

permitió al Juzgado de esa categoría, radicado en Caloto, sentenciar a los (...) en mayo 23 de 1.984, no menos cierto es que ese orden de facultades sufrió una serie de modificaciones que, en últimas, implicó el tránsito de los procesos aún no finalizados a otros despachos judiciales. Así, a través de la Ley 2ª de 1.984, entratándose de punibles contra el patrimonio económico, se asignó su conocimiento a las autoridades de policía en tanto su cuantía no excediera de treinta mil pesos (Artículo 1º); de este límite hasta trescientos mil pesos correspondió a los jueces municipales (Artículo 58) y de allí en adelante a los funcionarios de circuito, disponiéndose, salvo el principio de favorabilidad que operó en relación con la prescripción de dos años que previó el artículo 9º, que "los procesos iniciados antes de la vigencia de la presente ley, continuarán tramitándose de acuerdo con las competencias establecidas en las Leyes 21 y 22 de 1.977", valga decir que no hubo, por razón de la Ley 2ª de 1.984, tránsito de procesos, por delitos contra el patrimonio en cuantía inferior a trescientos mil pesos y superior a treinta mil, de los Juzgados de Circuito a los Juzgados Municipales.

- b. 2. En tratándose de la prevaricación, que sólo es punible en cuanto concurra el dolo, éste "requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia...La Ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el art. 149 del Código Penal, que se pruebe que un móvil específico se perseguía con el proveído manifiestamente contrario a la Ley; basta, como acaba de decirse, que se haya proferido con conocimiento de su ilicitud. Puede ocurrir que esa finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia de dolo, sin que con ello quiera significarse que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación. No se requiere entonces, en lo que toca con la demostración del dolo en el prevaricato, de ingredientes adicionales, por ejemplo simpatía o animadversión hacía una de las partes, como lo exigía el Código Penal de 1.936. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar así".(Providencia de mayo 20 de 1.997. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla).

(...)

...

El dolo en el prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, como que, según ya se

expresó, "requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia", sólo, dentro de las diversas clasificaciones doctrinarias que de él existen, puede ser el directo, no el eventual; en otras palabras, y frente al artículo 36 del Código Penal, el juicio de reproche se hace viable sólo en la medida en que se establezca que "el agente conoce el hecho punible y quiere su realización", pues resulta un imposible jurídico que, por las características que definen el hecho típico en mención, afirmar que el prevaricador actúa también dolosamente cuando acepta su conducta "previéndola al menos como posible".

Como en el dolo eventual, tiene dicho la Sala, "el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él", (Sentencia de mayo 14 de 1.996, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia), es evidente que una tal caracterización no se aviene en lo más mínimo al elemento subjetivo que demanda el prevaricato, pues, siendo este un tipo penal de mera conducta, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de las consecuencias que él apareje, para que se tenga por punible. No exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual.

Pero la naturaleza del delito, en cuanto de mera conducta, implica que, quien en él incurre, profiere un dictamen o resolución con absoluto conocimiento y voluntad de que es contrario a la ley, pero no se hace la representación de que puede prevaricar sin hacer nada para eludirlo.

PRECEDENTES CITADOS

Septiembre 19 De 1.996, M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla -Radicación 9820-
Sentencia De Mayo 14 De 1.996, M.P. Dr. Dídimo Páez Velandia -Radicación 9196-.
Providencia De Mayo 20 De 1.997. M. P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla -Radicación 9992-.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático inductivo.

DECISIÓN

Revoca sentencia condenatoria, absuelve, ordena cancelar título judicial.

NÚMERO DE PROCESO

10253

FECHA

23/10/1995

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Eduardo Mejia Escobar

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

- a. ¿Cuándo se presenta la causal de nulidad (art. 304, numeral 2º) que afecta el debido proceso y que ha emanado desde el momento de la calificación, deviene, necesariamente, en la revocatoria de la calificación o, por el contrario, es indispensable anularla?
- b. ¿En el prevaricato por acción (art. 149 D. 100/80) se excluye la aplicación del tipo penal especial establecido en el art. 39, L. 30/86?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

a. En éste evento el error de calificación, motivo de invalidez que afecta el debido proceso, no puede corregirse sino anulando. De revocarse la calificación, se violarían los principios de congruencia, de defensa o de no agravación. De conservarse ella intacta, se violarían los principios de tipicidad, legalidad del delito, igualdad y sujeción al imperio de la ley. Recuérdese, y con ello se hace manifiestamente mayor la trascendencia del vicio, que el error de subsunción que se reprocha repercute incluso en la índole del bien jurídico y en la intensidad de su protección. No se trata de una simple derivación de la conducta hacia tipos penales atenuados o agravados, dentro del marco de una tipicidad básica, sino de un desvalor de la acción que ubica el comportamiento en otro lugar, en un estatuto especial. Consecuencia de ello, se decretará la nulidad y se devolverá la actuación para que con arreglo a lo dispuesto se varíe el marco del tema a decidir en el juicio, esto es, la calificación jurídica del delito que se atribuye al procesado.

b. El sentido de la ley y la intención del legislador no pueden ser, entonces, en ésta materia, más claras. La ley 30 de 1986 arropó y recogió, en un tipo penal especial y de mayor gravedad punitiva, aquellos comportamientos de los funcionarios o empleados oficiales que faltando a sus deberes funcionales se prestan para el favorecimiento de quienes participan en el negocio de la droga, a través de la realización de conductas que, si no existiera ésta disposición, estarían previstas de otra manera y más benignamente tratadas, por las normas del C. Penal. Prevaricatos, Abusos de Autoridad, Fugas de Presos, y otras acciones infractoras de las Administraciones Pública y de Justicia, entran a constituirse en formas comisivas de éste tipo especial cuya existencia desplaza la subsunción hacia él y excluye, por concurso aparente, la posibilidad de concurrencia. Así las cosas, el tipo penal del artículo 39 del estatuto envuelve una medida específica para garantizar el cumplimiento y la eficacia de las disposiciones del mismo, de manera que apunta a proteger de modo especial la función del Estado y sus servidores en lo que tiene que ver con las normas allí integradas .

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético

DECISIÓN

Decreta la nulidad de lo actuado a partir de la resolución acusatoria

NÚMERO DE PROCESO

14153

FECHA

27/09/2000

MAGISTRADO PONENTE

Nilson Elias Pinilla Pinilla

SALVAMENTO DE VOTO

SALVAMENTO PARCIAL, DR. ÁLVARO ORLANDO PÉREZ PINZÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Se puede predicar que, cuando se concede el recurso de habeas corpus, por existir la declaratoria de ilegalidad sobre una de las conductas por las cuales se investigan a los sindicatos, deviene la declaratoria de ilegalidad, en la concesión de la libertad por la declaratoria bajo el anterior criterio de una de ellas, y, por tanto, estar incurriendo el funcionario que concedió la libertad bajo tal argumento en una conducta prevaricante activa?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“(…)

“Por su trascendencia frente al recurso que debe definir la Sala, se debe puntualizar que la manifiesta contrariedad entre la decisión que otorgó el habeas corpus y la ley, salta a la vista desde dos aspectos diferentes. El primero, porque la detención de los reclamantes provenía de una decisión judicial oportuna, vigente y susceptible de control de legalidad ante el juez del conocimiento (art. 414-A del C. de P. P.), lo mismo que de recursos ordinarios en sede de instancia (arts. 199, 216 y concordantes), y aún de revocatoria directa (art. 412 ibídem), mas no del trámite del Habeas Corpus, el cual procede no ante una detención injusta, sino ante una ‘aprehensión’ ilegal, según lo indica el epígrafe del capítulo VII, Título III del Libro Segundo del Código de Procedimiento Penal.

La diferencia, pues, de estas situaciones es clara y remitida a capítulos y competencias diferentes dentro del Código de Procedimiento Penal, de las cuales emerge que si durante la vigencia de la medida de aseguramiento de detención

preventiva surge una causal de libertad provisional, ella no torna la detención inválida, porque el implicado prosigue bajo el rigor de la medida cautelar judicial, y ésta conserva la vigencia y la obligatoriedad de condiciones que la originaron, en tanto no se la abroge o modifique bajo las condiciones y por los funcionarios que señala la ley de procedimiento, lo cual margina los supuestos, objeto y solución perseguidos con la acción del Habeas Corpus.

Por lo demás, es el texto preciso de la ley el que señala con nitidez los eventos que configuran causales para el otorgamiento de la libertad provisional, los cuales involucran el análisis y la valoración de aspectos procesales que solo al juez o fiscal competente le conciernen, y en cuya definición no puede ser sustituido por otro funcionario, incluido el que tramite un Habeas Corpus. Ello se explica, además, porque las causales de excarcelación no consultan por lo general simples situaciones de hecho que conduzcan a su operatividad automática, sino que dependen del estudio y definición de factores procesales tanto objetivos como subjetivos, como ocurre, por vía de ejemplo, en el caso de la estimación anticipada de los subrogados, la definición de una situación de exceso en las causales de justificación, etc.

Así se entiende cómo ni siquiera en el caso de sobrepasar los términos sin calificación o sin audiencia se trata de una simple contabilización de días, sino que es preciso analizar si esa prolongación deriva de actitudes dilatorias atribuibles al defensor o al procesado, sin descontar que en caso de accederse a la excarcelación, todavía se debe definir si la caución será prendaria o juratoria, y cual su monto con referencia al valor del salario mínimo, la gravedad del hecho y las condiciones económicas del procesado, lo que implica el estudio y definición de temas propios de las instancias, y con arraigo interno en el proceso.

Este entendimiento contextual que asoma de las disposiciones que rigen la excarcelación, ya de por sí bastante para indicar la improcedencia de una injerencia de otros funcionarios (incluido el juez del Habeas Corpus) viene además a dejar por fuera la aducida interpretación equivocada, cuando en el texto del artículo 430 del Código de Procedimiento Penal, modificado para la fecha de los hechos por la Ley 15 de 1992, ponía todavía más en evidencia las limitantes del Juez Municipal para el manejo de este instituto, al preceptuar en su inciso segundo que **‘Las peticiones sobre libertad de quien se encuentra legalmente privado de ella deberán formularse dentro del respectivo proceso’**, pues siendo el precepto claro y excluyente de una intromisión como la que aquí se le atribuye a la doctora..., no le era dable al intérprete apartarse de su contenido textual, para desconocer otras competencias.”

3.- El delito de prevaricato consiste, en su forma activa, en que un servidor público (sujeto activo calificado) profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario

a la ley, o en otras palabras, en ostensible oposición a la solución jurídica que el funcionario está en la obligación legal de aplicar frente al caso específico, previsión descrita en el artículo 149 del Código Penal, modificado por el 28 de la ley 190 de 1995, sancionable con pena de prisión “de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo de la pena impuesta”, disposición que ya se hallaba vigente cuando se realizó la conducta reprochada, 2 de mayo de 1996, y es, por tanto, la norma aplicable.

(...)

5.- En torno a la **culpabilidad** en el delito de prevaricato, se observa que el actuar doloso requiere conocimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del asunto sometido al análisis del servidor público, quien podía y debía pronunciarse de acuerdo a la ley.

(...)

En primer término, conviene recordar que la ley no exige para que se configure la responsabilidad en el tipo penal consagrado por el artículo 149 del Código Penal, que se pruebe “incorrección moral”, ni que se determine algún móvil específico perseguido con la providencia manifiestamente contraria a la ley; basta que se haya proferido contra derecho, conociendo y queriendo el quebrantamiento jurídicamente trascendente. Puede ocurrir que la finalidad se establezca y pase a ser elemento útil para comprobar la existencia del dolo, sin que ello quiera significar que cuando no se acredite, como frecuentemente ocurre, haya de concluirse que no hubo dolo en la actuación.

La demostración del dolo en el prevaricato no requiere ingredientes adicionales, como la simpatía o animadversión hacia una de las partes, que era exigida en normatividad antigua. Sólo es fundamental que se tenga conciencia de que el pronunciamiento se aparta ostensiblemente del derecho, sin que importe el motivo específico que el servidor público tenga para actuar de tal manera.” (...).

PRECEDENTES CITADOS

C-301/93 Corte Constitucional

Rad. 11895 27-08-97. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda

Rad. 13628 26-05-98. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Rad. 6989 22-07-98 M.P. Carlos E. Mejía Escobar

Rad: 7542 03-06-92. M.P. Gustavo Gómez Velásquez

Abril 06 De 2001 Asunto: 11-001-02-30-005-1999-0005. M.P. Jorge Enrique Cordoba Poveda

Junio 15 De 2000 Asunto: 008-1999-0007. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

Junio 21 De 2000 Asunto: 007-1999-0006. M.P. Jorge Aníbal Gómez Gallego

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático apelando a una división del ordenamiento constitucional, por inducción e integración.

DECISIÓN

Confirmar la sentencia impugnada

NÚMERO DE PROCESO

13683

FECHA

02/05/2001

MAGISTRADO PONENTE

Fernando Arboleda Ripoll

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

- a. Se puede establecer a través de la tipicidad objetiva y la subjetiva, la existencia de una decisión prevaricante?
- b. ¿Puede un funcionario, a partir de la libertad de apreciación de las pruebas, obrar de modo arbitrario en la aceptación o rechazo de las mismas?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

- a. “(...) Desde el punto de vista de tipicidad objetiva, la conducta prevaricante activa se configura cuando el servidor público emite dictamen, auto, resolución o sentencia ostensiblemente contrarios a la ley; y desde la perspectiva subjetiva cuando a la solución jurídica prevista por el ordenamiento vigente para el caso concreto, el funcionario antepone su voluntad o capricho sobre la norma legal que por conocerla está en la obligación de aplicar y sin embargo voluntariamente transgrede, generando con ello una manifiesta disparidad entre el derecho aplicable y el aplicado al caso, y, de contera, afectando el bien jurídico administración pública expresado en el sometimiento del Estado a la legalidad en sus relaciones con los particulares, en virtud de la cual, los asuntos de conocimiento de sus agentes deben resolverse según la normatividad que los rige, pues sólo de esta manera se puede garantizar la vigencia del ordenamiento y la pacífica convivencia en el medio social.

La evaluación de la relevancia social y jurídica del comportamiento objeto del juicio, impone al juzgador el deber de consultar no sólo la ostensible contrariedad entre la decisión y lo reglado, sino, también, las concretas circunstancias de adopción de la resolución prevaricante, sujetándose a lo que realmente hizo el imputado asistido de sus propios medios y conocimientos en la respectiva actuación, sin dejar de hacer evidente la norma que el infractor conocía y que, no empece contar con reales posibilidades para su aplicación, soslayó intencionalmente para hacer prevalecer su propio capricho sobre la voluntad de la ley.

La demostración objetiva de esta clase de conductas punibles, por tanto, ha de surgir nítidamente de cotejar el contenido de la sentencia, resolución, auto o dictamen emitidos por el imputado, y el mandato de la ley destinada a resolver el asunto concreto de su conocimiento, en cuanto establecer la concurrencia del componente típico '**manifiestamente contrario a la ley**', que involucra al tiempo el concepto de dañosidad social, no impone complejas elucubraciones o elocuentes y refinadas interpretaciones”.

b. “(...)

Y si bien no debe desconocerse que los funcionarios judiciales cuentan con relativa libertad en la función de apreciar las pruebas y asignarles su mérito persuasivo, limitada solo por los postulados de la lógica, las leyes de la ciencia, o las reglas de la experiencia, esta facultad no puede ser entendida como posibilidad de obrar de modo arbitrario disponiendo la aceptación o rechazo de los medios de prueba a su libre albedrío, ignorar su existencia, validez, u otorgarle alcance del que objetivamente carecen, con el definido propósito de acomodar los hechos a otros distanciados de la realidad que el proceso evidencia, pues de dicha manera también se transgrede la ley, por decidir los asuntos en contra de la voluntad de ésta, animado por el solo capricho e independientemente de que se quiera favorecer a una de las partes o se actúe movido por otra clase de interés.

Por esto, en respuesta a la inquietud formulada por la defensa sobre la ausencia de prueba respecto de la forma de culpabilidad en el hecho, es de decirse que no obstante corresponder el elemento subjetivo del delito a uno de los aspectos de más complicada comprobación, precisamente por tratarse de la interioridad del ser humano, esta esfera intangible se manifiesta precisamente mediante la realización de la conducta, siendo a partir de la exteriorización de los actos que se puede llegar a deducir, inferir o incluso desvirtuar, la existencia de un comportamiento intencionalmente lesivo de un bien jurídico, y la finalidad que con su realización se persigue.” (...)

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático por integración e inducción.

DECISIÓN

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Riohacha, mediante la cual condenó al doctor (...) en su condición de Fiscal Seccional Delegado ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Juan del Cesar (Guajira) por el delito de prevaricato por acción, con la precisión hecha respecto de la pena accesoria.

NÚMERO DE PROCESO

13261

FECHA

14/06/2001

MAGISTRADO PONENTE

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Se puede esgrimir que, en el prevaricato por omisión, se configure alguna de las causales contempladas en el art 40 C.P., ó, se puede argüir el error de tipo y/o el de prohibición para excluir el dolo exigido en la conducta prevaricadora?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

"El delito de prevaricato por omisión es la conducta del funcionario que retarda, deniega, omite o rehusa un acto propio de sus funciones, delito esencialmente doloso en que el agente obra con el propósito de no cumplir con su deber, y por eso no es suficiente para su configuración el mero retardo del funcionario en la tramitación de los asuntos a su cargo, sino que resulta indispensable, además, la conciencia y voluntad de omitir deliberadamente el acto que está obligado a realizar por mandato legal." En otras palabras y como también ha expuesto esta Sala, con ponencia de quien ahora cumple igual labor, la inacción ha debido ser maliciosamente gestada, pues la simple demora o falta de actividad "no acompañada de la actitud dolosa y manifiestamente dirigida a retardar o denegar un acto propio de las funciones, no constituye hecho punible alguno" (diciembre 4/95, única instancia rad. 9.471; marzo 3 de 2000, única instancia rad. 11.274).

Aunque el propósito de favorecer o de perjudicar a una de las partes no es elemento para la estructuración de un delito de esta naturaleza, la falta de tal propósito, aunada a otras circunstancias que hayan rodeado el hecho, puede ayudar a que se infiera la ausencia de culpabilidad.

PRECEDENTES CITADOS

Rad. 1456 del 15 de octubre de 1999. M.P. Yesid Ramírez Bastidas

Rad. 9471 del 04 de diciembre de 1995.

Rad. 11274 del 03 de marzo de 2000

Rad. 11061 del 10 de diciembre de 1997.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático por integración e inducción

DECISIÓN

1°.- REVOCAR en su integridad la sentencia condenatoria de fecha 10 de octubre de 1996, proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Penal, y en su lugar, ABSOLVER al doctor ALBERTO YUNEZ SUAREZ de los cargos que le fueron formulados por el delito de prevaricato por omisión, supuestamente cometido en ejercicio del cargo de Juez Promiscuo de Familia de El Banco.

2°.- Por el a quo, efectúese lo indicado en el punto 6.- de las consideraciones de esta providencia.

NÚMERO DE PROCESO

18351

FECHA

07/11/2001

MAGISTRADO PONENTE

Edgar Lombana Trujillo

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. ¿Cómo se diferencia y aplica, a través de un concurso aparente de conductas punibles, los tipos penales de prevaricato por acción y abuso de función pública, cuando éste es presupuesto de aquel en el mencionado concurso de conductas punibles?
2. ¿Deviene la declaratoria de nulidad hasta la resolución de acusación, en la libertad del procesado cuando éste se encuentra bajo detención domiciliaria?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. "Sobre el tema de fondo propuesto, la Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en varias ocasiones (junio 13 y octubre 19 de 1.989 con ponencia del Magistrado SAAVEDRA ROJAS; y febrero 13 de 1.991 actuando como ponente el Magistrado PAEZ VELANDIA), en las cuales ha concluido que el concurso aparente que se presenta cuando se prevarica abusando de la función pública, se soluciona aplicando la norma que tipifica el prevaricato que es la de mayor riqueza descriptiva".

Luego puntualizó:

"Si la decisión tomada hubiera sido legal se habría tipificado únicamente el abuso de función pública, pero como además ese acto sirvió para hacer un pronunciamiento contrario a la ley, todo el comportamiento se subsume dentro del tipo de prevaricato por acción, tal como acertadamente lo calificó la fiscalía. La evidente falta de competencia es un elemento más de la ilegalidad

de la providencia, y un factor a tener en cuenta para la demostración de la intención con que actuó al continuar conociendo del asunto.

Postura reiterada en la sentencia de segunda instancia proferida por esta Sala de Casación el 8 de julio de 1.999 en el radicado 14.573, a través de la cual confirmó, con algunas aclaraciones sobre la adecuación típica, la sentencia condenatoria dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar contra el Fiscal 25 Seccional de Aguachica, Dr. JOSE LUIS CASTRO MACHUCA, por el delito de prevaricato por acción, en razón a las irregularidades que observó en la etapa instructiva en el expediente por el cual ahora se juzga al aquí procesado; expresó la Corte:

Correlativamente, si el delito de abuso de función pública consiste en abusar del cargo para realizar funciones públicas diversas de las que han sido legalmente asignadas al servidor público, en el caso examinado, sólo cuando él se decide a resolver la situación jurídica (no antes), a sabiendas de que se perfilan seriamente hipótesis delictivas que no le corresponde, puede afirmarse con seguridad que existe una manifestación externa de conducta que muestra la invasión de la órbita ajena....".

(...)

Precisó luego:

"De modo que , en el caso examinado, el delito de abuso de función pública se consuma cuando el funcionario crea las condiciones falsas para hacer aparecer como propia la función que no le corresponde, esto es, una vez descarta arbitrariamente los hechos punibles de rebelión y/o transporte de armas de fuego y municiones. Sin embargo, como la exclusión de dichas hipótesis se hizo dentro de una resolución y de manera manifiestamente contraria a la ley, pues se desconocieron las pruebas e indicativos que las sugerían seriamente como reales, se tiene que por dicho medio el acusado no sólo desbordó la competencia sino que profirió una decisión abiertamente contraria a derecho, lo cual mostraría la concurrencia de los delitos de abuso de función pública y prevaricato por acción, pero en concurso que es sólo aparente y se resuelve con la aplicación exclusiva de esta última figura, porque ella consume todo el desvalor de injusto de la primera, ya que asumir arbitrariamente una función pública sería una de las variadas formas de actuar de manera manifiestamente contraria a la ley.

"Alguna parte de la doctrina también jurisprudencia ya superada de esta misma Sala, exponen que solamente puede prevaricar el que tiene la función "porque tanto el abuso de autoridad como el prevaricato presuponen la

existencia del poder de que se abusa pero el agente actúa fuera de los casos establecidos por la ley, o con propósitos que no son los que éste señala o apartándose de los procedimientos que ella ha establecido" (auto de abril 11 de 1.982).

2. El auto que decretó la nulidad cubrió solamente la resolución de acusación por lo tanto dejó en vigor la detención domiciliaria que afecta al procesado, ya que si bien es cierto a título "de ilustración y pedagogía judicial" el Tribunal anunció en la parte motiva de la providencia la necesidad de sustituir la detención por la caución debido al cambio de la calificación jurídica de la conducta, en ningún momento lo hizo entre otras razones porque carecía de competencia dado que por virtud de la naturaleza mixta del sistema procesal nuestro, corresponde, en el sumario, de manera exclusiva y excluyente a la Fiscalía proferir, sustituir y revocar las medidas de aseguramiento, en simetría con lo normado por el artículo 250 de la Carta Política y de lo reglamentado en ese sentido por el Código de Procedimiento Penal.

(...)

No es atendible la pretensión de la defensa de equiparar los efectos de la nulidad a los de la sentencia absolutoria, el cese de procedimiento y la preclusión de la instrucción frente y en relación con la excarcelación, por cuanto estas decisiones están previstas expresamente como motivos de excarcelación en el numeral 3º del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal -hoy numeral 3 del art. 365- y la nulidad no, regulación que es racional en la medida que esas determinaciones exoneran de responsabilidad al procesado y le ponen fin al procedimiento, ratificando el dogma de la presunción de inocencia que lo cobija en todo el curso del rito, al paso que la nulidad se restringió a declarar un supuesto yerro en la calificación jurídica del delito, sin definir la responsabilidad del reo como para a través de esa causal conceder su libertad provisional.

PRECEDENTES CITADOS

Sentencia del 25 de abril de 1995. M.P. Ricardo Calvete Rangel.
Rad. 14753 del 08 de julio de 1999

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Método sistemático por inducción y exegético gramatical

DECISIÓN

PRIMERO: Revocar la providencia a través de la cual la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar decretó la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación, teniendo en cuenta las razones atrás expuestas.

SEGUNDO: Confirmar, con las aclaraciones sobre la fundamentación hechas en el cuerpo de este proveído, el que revocó la libertad provisional que se había concedido en la providencia ahora revocada.

TERCERO: Devuélvase el expediente a la Sala Penal del Tribunal de Valledupar, para que proceda a dictar la sentencia que en derecho corresponda.

CUARTO: Contra esta decisión no cabe recurso alguno.

NÚMERO DE PROCESO

14254

FECHA

14/03/2002

MAGISTRADO PONENTE

Fernando Arboleda Ripoll

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Se configura el delito de prevaricato (art 149. Decreto 100/80) cuando el dolo no se acredita a partir del móvil sino del conocimiento y voluntad en la realización del hecho típico?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“El error de tipo de que trataba el artículo 40-4 del Código penal vigente por la época de los hechos, hoy en día recogido por el artículo 32-10 de la ley 599 de 2000, encuentra configuración cuando el agente tiene una representación equivocada de la realidad, la cual, por tanto, excluye el dolo del comportamiento por ausencia del conocimiento efectivo de estar llevando a cabo la descripción comportamental contenida en el tipo cuya realización se imputa, y que, según la concepción de delito de que se participe, conduce a tener que declarar la atipicidad subjetiva por ausencia de dolo en la ejecución de la conducta delictiva que no admite modalidad culposa, o la ausencia de responsabilidad por estar contemplado el error como motivo de inculpabilidad que rechaza el dolo, para cuyo reconocimiento es necesario que sea absoluto, socialmente insuperable o invencible.

(...) observa la Corte que en la conducta (...) no hubo simple equivocación en la apreciación fáctica o jurídica del caso sometido a su conocimiento y definición, como se alega en el escrito sustentatorio de la impugnación, tampoco error como ya se expresó, sino intención manifiesta de apartarse de la ley, ya que si bien es cierto como se aludió, la jurisprudencia tiene establecido que cuando el juez se

equivoca de buena fe, ello descarta el dolo requerido para la configuración del prevaricato, y que cuando se acredita una especial motivación en haber procedido de manera contraria a la ley se facilita el proceso de demostración del móvil, también ha sido dicho que si esto no sucede, ello no significa que el conocimiento y la voluntad de transgredir la ley desaparezca.”

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético, literal y lógica.

DECISIÓN

Confirma sentencia condenatoria.

NÚMERO DE PROCESO

17008

FECHA

04/04/2002

MAGISTRADO PONENTE

Fernando E. Arboleda Ripoll

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

En el delito de prevaricato (art. 149, D.100/80): ¿Se puede realizar la imputación del tipo penal a título de dolo eventual, eximiendo la exigencia del dolo directo como presupuesto de la modalidad de la conducta punible?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

(...)

“En el delito de prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, el dolo se traduce en el conocimiento que debe tener el servidor público de la manifiesta ilegalidad de la decisión proferida, conciencia de que con tal determinación se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del asunto, y sin que sea menester demostrar el móvil que guió la acción del funcionario.

No puede dejar pasar desapercibido el hecho de que el Tribunal atribuye la responsabilidad del procesado a título de dolo eventual, sin tener en cuenta que esta categoría del dolo es de imposible realización en tratándose de la definición típica del prevaricato, como ya en pasada ocasión lo dejó resulto la Sala (Cfr. fallo 15 de mayo de 2000, Rad. 13.601. M.P. Carlos Galvez Argote).

(...)

En la medida que el prevaricato por acción requiere para su realización el conocimiento por parte del funcionario de la manifiesta ilegalidad de la resolución

proferida, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de sus consecuencias, para que se tenga por punible. Y si no exige un determinado resultado, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de este ilícito, pues lo contrario sería "pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual".

PRECEDENTES CITADOS

Rad. 13601 .Fallo 15 De Mayo De 2000. M.P. Carlos Gálvez Argote.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático inductivo.

DECISIÓN

Revoca sentencia, absuelve, devuelve caución prestada.

NÚMERO DE PROCESO

19006

FECHA

09/04/2002

MAGISTRADO PONENTE

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

- a. ¿La conducta consagrada en el artículo 39 de la ley 30/86 deviene en atípica por el tránsito de legislación llevado a cabo por la ley 599/00 (arts. 413 y 415 C.P.), al variar la denominación del tipo penal “nomen iuris”?
- b. ¿Es necesario realizar la variación de la calificación jurídica (art. 404 C.P.C.) cuando por el tránsito de legislación la conducta deviene en atípica por no regularse expresamente la conducta consagrada en la normatividad anterior (art. 39, l.39/86)?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

- a. “Estima la Sala, contrario al planteamiento expuesto por el recurrente, que frente al tránsito de legislación lo que debe examinarse no es la eventual denominación que la ley nueva le dé a una conducta, sino si ella conserva o no su calidad de ilícita. Esta es, justamente, la razón por la que el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, al referirse a la aplicación que podría tener en materia penal el principio de favorabilidad, señala: "La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación" (...).
- b. “(...) Determinado que los elementos constitutivos del tipo previsto en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986 se consagraron íntegramente en la unidad

conformada por los artículos 413 y 415 de la Ley 599 de 2000, el hecho de que la ley sobreviniente hubiere cambiado la denominación no implicaba que debía variarse la calificación, como que simplemente el proceso habría de continuar su trámite por la supuesta transgresión de las normas que ahora recogen la conducta que se le imputó al procesado en la resolución de acusación. Por ello la Corte, previendo sucesos como el ahora estudiado, ya adelantó su postura, con estas palabras: "Frente al fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo, si la conducta sigue siendo delito en la nueva legislación, pero cambia el nomen iuris, no es necesario variar la calificación, pues ésta sólo puede serlo cuando se incurrió en error al proferir el pliego de cargos, o por prueba sobreviniente, y aquí la calificación dada fue correcta, al tenor de la ley entonces vigente, sino que, simplemente, la adecuación típica del comportamiento se modificó en la nueva ley". "Por lo tanto, ninguna afectación habría al principio de congruencia, a la estructura del proceso o al derecho de defensa, si la conducta se calificó, en la resolución de acusación, con la denominación jurídica de la anterior legislación y la sentencia se dicta con la de la nueva normatividad, desde luego que respetando el principio de favorabilidad". De todas maneras, el hecho de que inmediatamente después de haberse interpuesto el recurso de apelación dentro de la audiencia pública la fiscal delegada solicitara modificar la calificación para adecuarla al tipo del prevaricato, y el Tribunal hubiere observado el trámite que para el efecto consagra el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal, para nada incide en la validez del proceso, a pesar de que en estricto sentido, según el tenor literal de la citada norma, tal variación sólo podrá hacerla el Fiscal General de la Nación o su delegado cuando -como ya se dijo- se presente "error en la calificación o prueba sobreviniente respecto de un elemento básico estructural del tipo, forma de participación o imputación subjetiva, desconocimiento de una circunstancia atenuante o reconocimiento de una agravante que modifiquen los límites punitivos", eventos de error o de prueba nueva que ciertamente no ocurrieron en este caso, como que la modificación fue introducida por la ley y alcanza únicamente al nomen iuris. Súmese a lo anterior que tampoco procedería la variación porque la nueva legislación no agravaría la situación del procesado y los hechos, el factum investigado y que se juzga, son los mismos tanto respecto de la Ley 30 de 1986 como de cara a los artículos 413 y 415 actuales -incluso con independencia de la convergencia o no del bien jurídico- circunstancia que, por lo demás, no ha sido desconocida por la defensa; y si se trata del mismo comportamiento -bastante debatido dentro del proceso por los sujetos procesales- en parte alguna resultarían menguadas ni la defensa material ni la técnica o letrada. ...Con todo, para que se reforme la calificación no es necesaria la previa declaratoria de nulidad de la actuación, como parece entenderlo la defensa, pues la norma procesal sólo

prevé la adopción de tan extrema solución cuando el fiscal no admite variar la calificación a solicitud del juez, caso en el cual éste "podrá decretar la nulidad de la resolución de acusación" (inciso 2º. del numeral 2º. del artículo 404 del Código de Procedimiento Penal)."

(...).

PRECEDENTES CITADOS

Rad. 18457. Auto del 14 de febrero del 2002. M.P. Jorge E. Córdoba Poveda (colisión).

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático inductivo.

DECISIÓN

Confirma auto que niega cesación de procedimiento.

NÚMERO DE PROCESO

19453

FECHA

28/05/2002

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Eduardo Mejia Escobar

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Opera la extinción de la pena (art. 38 C.P.P) cuando, mediante un tránsito de legislación, se excluye la consagración específica y expresa de una conducta punible que en el ordenamiento anteriormente vigente se consagraba plenamente a través de la descripción en el tipo penal?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“(…) es necesario recordar que por virtud de un tránsito de legislación, una norma o precepto no puede entenderse excluido por el solo hecho de que en el nuevo estatuto no haya sido reproducida textualmente o no figure con la misma descripción típica que tenía en la normatividad derogada. Es posible que el ordenamiento jurídico penal adopte nuevas regulaciones en aras de ejercer un control más eficaz sobre las diferentes manifestaciones delincuenciales, originadas por los cambios sociales. Ello puede ocasionar que en efecto algunas leyes se extingan y que otras, totalmente distintas tomen vigencia, o que el nuevo precepto modifique en algunos aspectos la descripción de comportamiento punible o su sanción, como ocurrió en este caso, o que sencillamente determinada conducta pierda su carácter delictual o lo adquiera alguna que no lo tenía. Recuérdese que en la providencia del 23 de octubre de 1995, mediante la cual esta Corporación declaró la nulidad por error en la calificación del hecho punible atribuido al procesado, se advirtió que aquellos comportamientos de los funcionarios oficiales, que faltando a sus deberes funcionales, se presten para el favorecimiento de quienes participan en el negocio de la droga, estarían previstos de otra manera y en forma más benigna, en algunas disposiciones del Código

Penal que hacen parte del catálogo de aquellas que penalizan las acciones infractoras de la Administración Pública, como prevaricatos, abusos de autoridad o fuga de presos etc., en caso de no estar consagrado en el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, un tipo penal especial y de mayor gravedad punitiva. Esos específicos ingredientes impedían, por tanto, dar aplicación al tipo penal de prevaricato contenido en el artículo 149. Y si bien es cierto que la Ley 599 de 2000 no los consagra expresamente, es obligado integrar la norma que describe esa conducta, con aquella en la que se relacionan los motivos que la agravan, como si se tratara de un solo precepto.”

PRECEDENTES CITADOS

Segunda Instancia- Apelación- 23 De Octubre De 1995. M.P. Carlos Eduardo Mejía Escobar - Radicación 10253-
Auto Segunda Instancia - Apelación- 09 De Abril De 2002. M.P. Álvaro Eduardopérez Pinzón -Radicación 19006-

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético, técnica histórica; y sistemático, técnica por integración a una rama o área del derecho.

DECISIÓN

Confirmar la decisión del tribunal superior de Cúcuta, sala de conjueces, de negar la extinción de la pena impuesta al sentenciado.

NUMERO DE PROCESO

16627

FECHA

25/06/2002

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Augusto Gálvez Argote

SALVAMENTO DE VOTO

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. ¿Cuáles son los elementos necesarios para que el funcionario judicial pueda conceder el recurso de Habeas Corpus, a pesar de existir los recursos ordinarios?
2. ¿Cómo se configura objetivamente la entidad típica del prevaricato y qué modalidad de culpabilidad le asiste para poderse endilgar la conducta prevaricante?
3. ¿Se puede sostener que la prisión domiciliaria es, en criterio del recurrente, un mecanismo sustitutivo de la pena y que por tanto cumple con las funciones de la misma?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. Y, precisamente, al ser acusado este precepto, concretamente su apartado final, por cuanto una tal disposición resultaba limitando los alcances de la regulación general consagrada para el Habeas Corpus en la Carta Política, la Corte Constitucional en diversos fallos, principalmente en sentencia C-301 de 1.993, al encontrarlo conforme con los mandatos Superiores y analizar los supuestos fácticos que esta acción en el marco de la Carta Política y el desarrollo que dicha norma procesal contiene, esto es, lo relacionado con la captura ilegal o prolongación ilegal de la privación de libertad, enfática fue en clarificar cómo si frente a estas situaciones media un acto procesal expedido por la autoridad judicial que conoce de la actuación, es decir, si la restricción de la libertad obedece a una determinación legalmente adoptada, la oposición a ella únicamente es viable mediante el empleo de aquellos instrumentos con los que el ordenamiento procesal ha dotado a los sujetos pasivos de la acción

penal para ese fin, de donde, la inviolabilidad de la libertad al interior de un proceso penal, debe propugnarse a través de los medios defensivos ordinarios que el propio sistema procesal ha previsto, siendo, por tanto, éste el sentido bajo el cual debe entenderse la regulación contenida en el referido artículo 430, quedando, de suyo, excluida dentro del marco constitucional y legal hipótesis como la de la denominada libertad automática por vencimiento de términos para calificar el mérito de las pruebas, pues es uno de los casos en que el poder decisorio para su concesión le compete exclusivamente a la autoridad judicial de conocimiento, como igualmente lo especificó la misma Corte al analizar en forma detenida las causales de libertad contempladas por el artículo 415 del Decreto 2.700 de 1.991, bajo el expreso señalamiento de que su viabilidad implica que deba elevarse petición directamente ante el funcionario correspondiente, contando además con los recursos de reposición y apelación para eventualmente oponerse a decisiones desfavorables, quedando excluido, entonces, el ejercicio de la acción de Habeas Corpus para estos fines.

(...)

Ciertamente, la privación judicial de la libertad puede adolecer de vicios de forma y fondo o surgir éstos más tarde como consecuencia de su indebida prolongación. De no contemplar la ley remedios específicos que signifiquen la efectiva interdicción a la arbitrariedad judicial, proyectada en un campo tan sensible a la personalidad humana como es la libertad, se patentizaría una abierta violación al debido proceso, garantía que debe presidir todas las fases e incidencias de la investigación y juzgamiento de los hechos punibles. A este respecto la Corte reitera que el C. de P. P. abunda en instrumentos de revisión y control de las providencias judiciales limitativas de la libertad.

La acción de Habeas Corpus persigue la intervención del Juez con miras a que examine las circunstancias alegadas por quien se considera ilegalmente privado de la libertad. En este caso, la intervención del Juez se da desde un comienzo y el derecho constitucional a un debido proceso garantiza a la persona involucrada en una actuación judicial contra las arbitrariedades que puedan cometerse en su contra y que afecten particularmente su libertad. La persona sujeta a un proceso judicial tiene a su disposición los recursos legales para someter los actos judiciales limitativos de su libertad a la revisión de las instancias judiciales superiores, con lo cual se asegura cabalmente su defensa y la imparcialidad de la justicia".

..."

El Habeas Corpus no admite controvertir los motivos que una autoridad competente ha considerado para decretar la privación de la libertad de una

persona, pues en forma exclusiva debe observar el cumplimiento de las formalidades legales exigidas para adoptar esa determinación, máxime cuando a través de esta especial y excepcional acción no se está patrocinando otra instancia jurisdiccional que posibilite entrar a confrontar el contenido de la decisión que restringe la libertad (C. S. J., Sala Penal. Autos del 19 de junio de 1.985, 12 de mayo de 1.988, 19 de noviembre de 1.991 y Sentencia del 3 de julio de 1.992), (...).

2. El delito de prevaricato se configura en su objetiva entidad típica, con el proferimiento de una decisión manifiestamente opuesta a los mandatos de la ley, siendo el objeto de su jurídica protección la probidad que en desarrollo de esta delicada actividad de servicio público se ha encomendado, entre otros funcionarios, en este caso, a los dispensadores de justicia, y que se concreta en el acto a través del cual se adopta la determinación contraria a la ley.

...

El delito de prevaricato objeto de la imputación, sólo admite la modalidad dolosa, que se concreta en la conciencia de proferir una decisión contraria al contenido de la ley, sin que exija para su demostración que medie amistad o animadversión hacia alguno de los sujetos procesales y tampoco un interés específico de su emisión en abierta rebeldía con el texto legal.

3. Debe enfatizarse en que la prisión domiciliaria que como sustituta de la prisión carcelaria ha previsto la Ley 599 de 2.000, es ante todo prisión, es decir, que no se trata de un subrogado penal (libertad condicional o suspensión condicional), ni es un beneficio, ni puede entenderse como una condición de semiliberación graciosa, así como tampoco implica la suspensión de la pena o de la sentencia, conlleva la temporal restricción del derecho a la libertad, que si bien tiene en su origen un raigambre eminentemente retribucionista, en algunos eventos no escapa hoy por hoy en sus efectos prácticos a consolidar funciones de prevención especial, con posibilidad de reinserción social, pero también de prevención general, por cuanto el encierro que en el lugar de su domicilio debe purgar el condenado, se ve reflejado en la influencia de intimidación al colectivo, pues así como no se pone en discusión que la conducta delictiva ha merecido una justa sanción, fortaleciéndose el ordenamiento jurídico, se tiene también la certeza de que a través de una adecuada cotejación de los diversos propósitos propios del sistema y de la pena, se ha priorizado aquella función que dadas las excepcionalísimas circunstancias del caso y que el sujeto agente ofrecía, debía prevalecer, sin que ello signifique en ningún momento sacrificar la universalidad de valoración que el fin del inevitable efecto punitivo lleva consigo en las diversas manifestaciones que teóricamente le corresponden.

PRECEDENTES CITADOS

Auto del 19 de junio de 1987; del 12 de mayo de 1998; del 19 de noviembre de 1991.

Sentencia C-301 de 1993. Corte Constitucional.

Sentencia del 03 de julio de 1992.

Sentencia T-059 de 1998.

MÉTODO DE INTREPRETACIÓN

Sistemático por integración y exegético histórico.

DECISIÓN

- 1.- REVOCAR el fallo impugnado.
- 2.- En su lugar, CONDENAR a JAVIER DARÍO DUQUE GÓMEZ en su condición de Juez Trece Penal Municipal de Medellín, identificado con C. de C. No. 8.824.586 de esa ciudad, a la pena principal de sesenta y seis (66) meses de prisión, multa en el equivalente a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales e interdicción de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena privativa de la libertad, como autor de los delitos de prevaricato por acción, en concurso material homogéneo.
- 3.- Condenar a DUQUE GÓMEZ a la pena accesoria de pérdida del cargo de Juez Trece Penal Municipal de Medellín.
- 4.- Abstenerse de condenar en perjuicios, toda vez que no se acreditó su existencia en este proceso.
- 5.- Bajo las condiciones señaladas en la parte motiva de este fallo, sustituir por domiciliaria la pena de prisión impuesta a DUQUE GÓMEZ, debiendo para estos efectos ordenarse su captura, oficiando al INPEC con miras a que proceda a verificar el cumplimiento de la pena y ejerza las funciones que le correspondan acorde con lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley 599 de 2.000.
- 6.- A fin de dar ejecución y publicidad a esta sentencia, procédase de conformidad con lo prevenido por el artículo 472 de la Ley 600 de 2.000.

NUMERO DE PROCESO

15296

FECHA

30/07/2002

MAGISTRADO PONENTE.

Nilson E. Pinilla Pinilla

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿El dolo en el prevaricato exige en el juicio de reproche, como elemento subjetivo del tipo, un mero resultado (dolo eventual) o la consecución de una mera conducta (dolo directo), que devenga en un dictamen o resolución contrario a la ley?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

(...) las previsiones del dolo eventual han sido descartadas por la Sala del delito de prevaricato, que únicamente procede por dolo directo, al demostrarse que el agente se dio cuenta de la manifiesta ilegalidad de la resolución o dictamen emitido, y quiso su realización (cfr. fallo de segunda instancia de fecha 15 de mayo de 2000, rad. 13.601, M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote):

"El dolo en el prevaricato, tal como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Sala, y por la naturaleza misma del punible, como que, según ya se expresó, 'requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad de la resolución proferida, conciencia de que con tal proveído se vulnera sin derecho el bien jurídico de la recta y equilibrada definición del conflicto que estaba sometido al conocimiento del servidor público, quien podía y debía dictar un pronunciamiento ceñido a la Ley y a la justicia', sólo, dentro de las diversas clasificaciones doctrinarias que de él existen, puede ser el directo, no el eventual; en otras palabras, y frente al artículo 36 del Código Penal, el juicio de reproche se hace viable sólo en la medida en que se establezca que 'el agente conoce el hecho punible y quiere su realización' pues resulta un imposible jurídico que, por las características que definen el hecho típico en mención, afirmar que el prevaricador actúa también dolosamente cuando acepta su conducta 'previéndola al menos como posible'.

Como en el dolo eventual, tiene dicho la Sala, 'el agente se representa la posibilidad de realización del tipo penal y la acepta interiormente, lo que incluye aceptar el resultado de su conducta, conformarse con él', (sentencia de mayo 14 de 1996, M. P. Dr. Dídimo Páez Velandia), es evidente que una tal caracterización no se aviene en lo más mínimo al elemento subjetivo que demanda el prevaricato, pues, siendo éste un tipo penal de mera conducta, es claro que basta el simple comportamiento del agente, independientemente de las consecuencias que él apareje, para que se tenga por punible. No exige el prevaricato un determinado resultado y siendo ello así, el dolo eventual deviene incompatible con la naturaleza de dicho delito, lo contrario sería pretender que en todo proferimiento de una decisión fuera implícito el riesgo de que resulte contraria a derecho y que si tal posibilidad se aceptare, se estuviere ante un dolo eventual.

Pero la naturaleza del delito, en cuanto de mera conducta, implica que, quien en él incurre, profiere un dictamen o resolución con absoluto conocimiento y voluntad de que es contrario a la ley, pero no se hace la representación de que puede prevaricar sin hacer nada para eludirlo."

(...)"

PRECEDENTES CITADOS

Rad. 13601 del 15 de mayo de 2000. M.P. Carlos Augusto Gálvez.
Rad. 13851 de diciembre 18 de 2001

MÉTODO DE INTREPRETACIÓN

Sistemático y exegético

DECISIÓN

1° CONFIRMAR la sentencia absolutoria materia de impugnación, proferida en este proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar a favor de la Juez 3ª Promiscuo de Familia de esa ciudad, XXXXX.

2° Contra este fallo no procede recurso alguno.

NUMERO DE PROCESO

15728

FECHA

29/08/2002

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Augusto Gálvez Argote

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. Deviene una conducta punible en atípica (prevaricato por asesoramiento ilegal) cuando a través de una sucesión de leyes se realiza la consagración de esa conducta bajo otra sancionable bajo la descripción típica (asesoramiento y Otras infracciones ilegales) que lleva a cabo una variación en el nomen iuris?
2. Se puede afirmar, por parte del funcionario judicial que despliega la conducta prevaricante, que es viable llevar a cabo la instrumentalización de la ley con la finalidad “aparente” de dar cumplimiento a las imposiciones legales que recaen sobre el funcionario para el ejercicio y desarrollo de su actividad, para que aquel materialice, entonces, así una interpretación de aquélla que a pesar de parecer subsumirla dentro de la órbita de competencia del funcionario, se aparta notoriamente de la solución emanada de la valoración de los supuestos fácticos?
3. Bajo qué circunstancias no se concede el subrogado de ejecución condicional de la pena a pesar de cumplirse con los presupuestos establecidos para su concesión (art. 38 D. 100/80 ó Art. 63 L. 599/00), pero faltando la exigencia cualitativa de los mismos?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. Aunque en el nuevo C. P. no se consagró el tipo de Prevaricato por Asesoramiento Ilegal, objeto de la acusación y de la condena ahora apelada, esto no significa que la conducta allí prevista sea hoy atípica, ya que la misma quedó prohibida en el Art. 421 del actual, sobreviniendo una indudable sucesión de leyes en el tiempo, pues, si bien es cierto que al regularse en el C. P. de

1.980, junto con el delito de Prevaricato por Asesoramiento Ilegal tipificado y punido en el Art. 151, el de Asesoramiento Ilegal en el Art. 157, bajo la nominación de "Asesoramiento y otras Actuaciones Ilegales", sancionándose con arresto entre 6 meses y dos años, multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a cuatro años, a "El empleado oficial que ilegalmente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo", sugiriendo así la posibilidad de que, desaparecido el tipo penal de Prevaricato por Asesoramiento Ilegal, lo modificado, en cuanto a la pena, incluida la agravante para cuando "el responsable fuere funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público", fue el delito de "Asesoramiento y otras Actuaciones" del Art. 157, y que, por ende, definitivamente el de Prevaricato por Asesoramiento Ilegal desapareció en el catálogo delictivo del actual C. P., ello, sin embargo no es así.

En efecto, de la confrontación típica de estas normas se establece, que en el C. P. de 1.980, sin la modificación que posteriormente introdujera la Ley 190 de 1.995, aparte de coincidir en punto de las conductas alternativas previstas en los tipos, en cuanto a la acción de "asesorar", ya que mientras en el Prevaricato por Asesoramiento Ilegal se sancionaba al "empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a persona que gestione cualquier asunto en su despacho" y en el de "Asesoramiento y otras actuaciones ilegales", al "empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo", la diferencia fundamental entre estas prohibiciones radicaba en que, mientras para el Prevaricato por Asesoramiento Ilegal el comportamiento delictivo debía ejecutarse respecto a aquellos asuntos que cursen en "su despacho", en el de Asesoramiento y otras actuaciones, podía darse tal situación o no, pues el tipo no contenía esta limitación, de modo que si en la nueva legislación penal el Prevaricato por Asesoramiento Ilegal del entonces Art. 151 desapareció, quedando únicamente el de Asesoramiento Ilegal con igual descripción típica que la del anterior Art. 157, es claro que conductas como la que aquí ha sido objeto de la acusación, sigue siendo típica en esta prohibición, pues ya esa exclusión para uno y otro evento posible en el anterior C. P., ahora no es dable hacerla, debiendo adecuarse en el tipo del Art. 421 del nuevo Estatuto, nominado como Asesoramiento y otras actuaciones ilegales, que igualmente ataca el bien jurídico de la Administración Pública.

Así, y siendo que ahora estas conductas son sancionadas con una pena mayor que la señalada en el Estatuto precedente, C. P. de 1.980, toda vez que, mientras en el anterior Art. 151 con la denominación de Prevaricato por Asesoramiento Ilegal, se penaba con prisión de uno a tres años de prisión, multa de quinientos a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término, al "empleado oficial que ilícitamente asesore, aconseje o patrocine a persona que gestione cualquier asunto en su

despacho", el vigente Art. 421, como Asesoramiento y otras actuaciones ilegales, pena con "multa y pérdida del empleo o cargo público" "Al servidor público que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo", y con prisión entre uno y tres años y la de inhabilitación para el ejercicio de derecho y funciones públicas por cinco años, cuando "el responsable fuere servidor de la rama judicial o del Ministerio Público"; es decir, que si bien la pena privativa de la libertad permanece igual, entre uno y tres años de prisión, la nueva normatividad, entratándose de servidor de la rama judicial o del Ministerio Público, no impone multa, pero respecto a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, de "hasta tres años" que preveía el C. P. anterior, en el nuevo lo es por cinco años.

Por tanto, al no existir variante alguna entre los dos Estatutos en cuanto se refiere a la pena de prisión, en virtud del principio de legalidad de los delitos y de las penas, se debe aplicar el C. P. de 1.980, al igual que en lo relativo a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, pues en el anterior lo era hasta tres años y en el actual cinco, y el nuevo respecto a la multa, ya que éste no la consagra para el evento en que el sujeto activo del delito sea un funcionario judicial o del Ministerio Público.

2. (...)

5. Aquí, a no dudar, nuevamente se ha instrumentalizado la ley, que ahora parece ser un medio nada extraño en el ámbito del prevaricato judicial, al utilizarla con apariencia de jurídico cumplimiento, lo cual, de suyo, implica la necesidad de tener claro, cómo la hermenéutica debe regirse bajo un ineludible supuesto, este es, el de que la interpretación es de la ley, su conceptualización debe emerger de ella, y no contrario sensu, para imponérsela apriorísticamente, ya que esto es precisamente lo que diferencia por propia definición a la interpretación de lege lata y la denominada de lege ferenda, y explica el por qué la primera produce efecto inter partes mientras que la segunda no, ubicándose en el campo de la doctrina como criterio especulativo de autoridad, que en su momento puede tender a cumplir el objetivo externo de servir como importante medio para el proceso de revisión y modificación de las leyes existentes en un momento histórico, político y social dado o proponer replanteamientos interpretativos, lo cuales si bien pueden servir para fijar un nuevo sentido de la norma positiva a la hora de aplicarla, no puede desconocerse que ya en ese nuevo ámbito deben quedar reconocidos como los que realmente corresponden al real sentido de la ley que se ve comprendida con nueva conceptualización, pero al fin y al cabo, es su interpretación, que no puede desconocer el inmodificable límite del hermeneuta, según el cual la función del encargado de

aplicar la ley es interpretarla para lograr el sentido que de ella emana y no interpretarla para negarla o para utilizarla como medio delictivo.

6. Es, entonces, así, la función del juzgador, interpretar la ley para resolver jurídicamente con criterios generales un supuesto fáctico específico, con el fin de aplicarla a un caso concreto, para lo cual, igualmente, debe deslindar su carácter de juez con el de las partes sujetos de la decisión, ya que siendo su único interés el de "dar a cada uno lo suyo" de conformidad con la ley aplicable al caso, una tal función-deber ha de estar fundamentada en su imparcialidad, distante de cualquier manipulación proyectada a sacar adelante intereses particulares, suyos o de terceros, pues mientras la legislación aplicable al caso por resolver es su ámbito legal de interpretación, ésta ni su aplicación pueden reconocerse ni legitimarse como justas, y, sí opuestamente, ser transgresoras de la tipicidad penal, pues tampoco puede desconocerse, que, en últimas, la ley punitiva se constituye en el límite del actuar del juez. Hasta allí llega su posibilidad interpretativa, la dirección del proceso y la consiguiente aplicación de la ley.

(...)

3. (...) 7. Necesario también se torna precisar, cómo tampoco aquí es viable sustituir por domiciliaria la privación de la libertad, en términos del artículo 38 del Código Penal vigente, por cuanto si bien se procede por un punible cuya pena mínima es inferior a cinco años de prisión, reuniéndose así la primera exigencia legal, no sucede lo mismo con relación al requerimiento cualitativo, dadas además las funciones de "prevención general, retribución justa y prevención especial" que el legislador en el artículo 4º de la Ley 599 de 2.000 le ha señalado a la pena, pues indudablemente, si de retribución justa se trata, la sentenciada ha de expiar su punible conducta con la cual contrario el ordenamiento jurídico, pero además así se le disuade, en aras de su reinserción social y como expresión de la prevención especial, de cometer nuevos delitos, sin olvidar, desde luego, que en función de la prevención general, no debe propiciarse ante el conglomerado social un sentimiento de desconfianza, impunidad o desproporcionalidad ante la importancia de bienes jurídicos fundamentales. La colectividad debe, por el contrario, enterarse de que ante la conculcación de intereses tan preciados para ella, como la administración pública, y la de justicia en particular, ha de reaccionarse con severidad, sin concesión de graciosos beneficios, pues, incuestionablemente, conductas como la objeto de sanción, en tanto reflejo del desempeño personal, social y laboral de la sentenciada, impiden deducir que no colocará en peligro a la comunidad y que no evadirá el cumplimiento de la pena.

(...)

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético por técnica gramatical o lógica.
Sistemático por Inducción

DECISIÓN

Con excepción de la multa impuesta, la cual se revoca, confirmar el fallo apelado, pero con la modificación de que la condena en contra de la doctora XXXX, dado el tránsito legislativo, lo es por el punible de “asesoramiento y otras actuaciones ilegales”.

En consecuencia, líbrese en contra de la doctora XXXX, la correspondiente orden de captura.

NUMERO DE PROCESO

15513

FECHA

03/09/2002

MAGISTRADO PONENTE

Carlos Eduardo Mejia Escobar

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Álvaro Orlando Pérez Pinzón
Carlos Eduardo Mejia Escobar
Herman Galán Castellanos
Nilson Pinilla Pinilla.

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Se configura el delito de prevaricato, en sus dos modalidades, cuando a pesar de existir ineptitud por parte del funcionario judicial, se adoptan medidas dentro del proceso que contravienen las formalidades y exigencias para la emisión de autos que decretan medidas cautelares en procesos abreviados?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“(…)

1. Para que se tipifique el delito de prevaricato por acción es necesario que la resolución, el dictamen o el concepto que profiera el servidor público sean manifiestamente contrarios a la ley. Es como el legislador ha descrito la conducta en el artículo 149 del decreto 100 de 1980, en el 28 de la ley 190 de 1995 y en el 413 del Código Penal vigente. No configura el tipo penal, entonces, cualquier error en el cual incurra el funcionario sino que se requiere que entre lo que decidió, dictaminó o conceptuó, y la ley o el derecho aplicable, se presente una contradicción ostensible. Así el juicio de tipicidad queda completo. El de culpabilidad, para que pueda atribuirse el delito y cuando ya se ha determinado que no puede justificarse la conducta, requiere que el acto del servidor público evidentemente contrario a la ley ha sido determinado por su ánimo consciente y voluntario de violarla, con independencia del motivo que lo impulsó.

2. En el proceso civil nacional las medidas cautelares de embargo y secuestro preventivo de bienes son taxativas, lo cual traduce la imposibilidad de decretarlas y

practicarlas cuando no están expresamente autorizadas por la ley. No es potestativo del Juez Civil, entonces, ordenarlas frente a procedimientos para los cuales no han sido previstas. Si no fuera de esta manera habría bastado una norma general en el Código de Procedimiento Civil otorgándole la facultad indiscriminada de proveerlas en los casos que lo estimara necesario, que como se sabe no existe. El legislador colombiano, en conclusión, en atención al carácter limitativo de derechos de las medidas cautelares, dice en qué casos proceden y solamente en ellos, por lo tanto, en virtud del principio constitucional de legalidad, es dable su adopción. De la misma forma se encuentran reguladas las medidas de aseguramiento personales en el Procedimiento Penal.

El recurrente, apoyado impropriamente en la regla de que lo que no está prohibido está permitido, aduce que al no encontrarse prohibidas las medidas cautelares en los procesos posesorios que se tramitan a través del procedimiento abreviado, entonces se encuentran permitidas.

Esa regla aplica únicamente a los particulares, quienes sólo responden por infringir la Constitución y la ley, tal y como lo prescribe el artículo 6º de la Carta Política. Estos, en cuanto libres, no son responsables por hacer todo aquello que no se encuentre prohibido por el derecho positivo. Los servidores públicos, por el contrario, están autorizados para hacer, en ejercicio de sus funciones, sólo aquello que les está permitido. Es lo que explica que el artículo 122 de la Constitución Nacional establezca que "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o el reglamento", y que el 121 determine que "ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley".

(...)"

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático por Inducción e Integración
Histórico

DECISIÓN

1. Confirmar la sentencia apelada, con la modificación atinente a las sanciones impuestas a la procesada ROSA ELENA BENITEZ. Se le condena a 36 meses

de prisión, inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo lapso y multa de 10 salarios mínimos legales mensuales.

SE MANTIENE la concesión de la condena de ejecución condicional en los términos del fallo de primera instancia, imponiéndose a la condenada el cumplimiento de las penas no privativas de la libertad.

2. En firme el fallo, REMITIR copia auténtica a las autoridades señaladas en la ley.

NUMERO DE PROCESO

16262

FECHA

18/02/2003

MAGISTRADO PONENTE

Fernando Arboleda Ripoll

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Prevarica el funcionario Público que califica la etapa de instrucción, sin el cumplimiento de los requisitos sustanciales y procedimentales establecidos para la valoración de las pruebas?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“(…)

La realización de la conducta, y por supuesto su trascendencia social y jurídica, encuentra comprobación, como viene en juzgarlo la Sala, por medio del examen entre el mandato legal contenido en las disposiciones aplicables al caso y la decisión del funcionario, y, de igual manera a través de la acreditación de si éste, de acuerdo con la información disponible al momento de resolver el asunto, contaba con la posibilidad real de haber podido ajustarse al precepto normativo por cuya transgresión se le sindicaba, y, por tanto, si tenía conocimiento del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la conducta prohibida.

No basta, por supuesto, la simple disparidad con el ordenamiento jurídico, pues si nos atenemos al sentido literal del texto, es menester que la contradicción sea de tal modo ostensible que no quepa la menor duda de que la decisión obedece a la pura arbitrariedad del funcionario, y no a una postura admisible dentro de los más amplios marcos del derecho vigente.

(…)

Al calificar el mérito probatorio del sumario, el funcionario instructor, conforme a estas preceptivas, podía optar por dictar resolución de preclusión de la instrucción, cuando de acuerdo a las pruebas allegadas, apreciadas en conjunto y siguiendo

los postulados de la sana crítica, estableciera plenamente que el hecho materia de investigación no había existido, que el sindicado no lo había cometido, que la conducta imputada no coincidía con alguna de las definidas como delito en la ley penal o en estatutos especiales, que se realizó al amparo de alguna causal de justificación o de inculpabilidad, o que el ejercicio de la acción penal no debía haberse iniciado o no podía proseguirse; por el contrario, cuando en la actuación apareciera demostrada la ocurrencia del hecho definido como delito en la ley, y existían confesión o testimonio que ofreciera serios motivos de credibilidad, o cualquier otro medio de prueba que comprometiera la responsabilidad penal del imputado, correspondía proferir resolución de acusación.

En la ley 600 de 2000, tanto las causales de preclusión de la investigación como los requisitos sustanciales de la resolución de acusación, se mantuvieron inalterables, desde luego ajustados a las nuevas orientaciones dogmáticas, ya que, por ejemplo, hoy no se habla de causales de inculpabilidad o justificación del hecho, pues dentro del concepto de tipo total de injusto el artículo 32 del código penal trae las causales de ausencia de responsabilidad, por lo que el artículo 39 del estatuto procesal penal contempla la posibilidad de precluir la investigación o cesar el procedimiento, dependiendo de la etapa procesal por la que atraviesa el proceso, cuando está demostrada una causal excluyente de responsabilidad

(...)

En la providencia cuestionada el funcionario no solo desconoció el valor de las pruebas que obraban en el expediente, faltando incluso a la verdad acerca del sentido de la declaración de quien califica como la única “deponente cuya declaración se pone en entredicho(?) al resolver la situación jurídica del encartado”, sino que ignoró también la exigencia del artículo 254 del código de procedimiento penal anterior (238 actual), en el sentido que “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica. El funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

(...)

Estaba demostrada, entonces, la realización del hecho punible y la responsabilidad del procesado (...), con prueba legalmente aportada; sin embargo, con argumentos falsos y con apoyo en una supuesta estimación de las pruebas, el fiscal decidió precluir la instrucción sin atender el contenido de los artículos 251 del código penal de 1980, 36, 254, 441 y 443 del código de procedimiento penal, lo que permite concluir que se apartó ostensiblemente del contenido de la ley que estaba obligado aplicar en el caso sometido a su conocimiento y definición.

PRECEDENTES CITADOS

Sentencia de Mayo de 1997.
Sentencia de junio 24 de 1986

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético Gramatical o lógico
Sistemático por Inducción e Integración

DECISIÓN

Confirmar la sentencia dictada por el Tribunal superior del distrito judicial de Pasto en contra del doctor JESUS ORLANDO NUÑEZ RENGIFO como autor penalmente responsable del delito de prevaricato por acción.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NUMERO DE PROCESO

16444

FECHA

27/03/2003

MAGISTRADO PONENTE

Edgar Lombana Trujillo

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. ¿Incorre en conducta prevaricadora, por activa, el funcionario judicial de conocimiento del proceso ejecutivo singular, cuando propuestas las excepciones de mérito, no son resueltas al momento de dictar sentencia?
2. ¿Incorre en prevaricato por omisión, el funcionario judicial que pretermite el período probatorio previsto en el literal a, numeral 2º del art. 510 del C.P.C., siendo propio de sus funciones, al rechazar de plano las excepciones de fondo por su notoria improcedencia?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. En cuanto a la excepción de nulidad por indebida representación de la ejecutante, porque acorde con lo estipulado por el inciso 3º del artículo 143 del Código de Procedimiento Civil, sólo podía ser propuesta por la parte afectada, esto es, la ejecutante y no ECOPETROL; por lo tanto, en orden a las previsiones de los artículos 38 y 138 ibídem, la procesada estaba obligada a rechazarla haciendo uso de los poderes de ordenación e instrucción que le constreñían a rechazar las solicitudes "notoriamente improcedentes", y atendiendo a que la ley prevé expresamente la proposición de esta causal por la parte afectada y no por quien carece de interés.

Sobre la nulidad por indebida notificación de la sentencia base de la ejecución, igual situación se presentaba por cuanto la ley no prevé esta causal para los procesos de ejecución singular de mayor cuantía cuando el título lo constituye una sentencia en firme, por consiguiente su rechazo era un imperativo.

Comoquiera que la decisión legal era el rechazo de plano de las excepciones por su notoria improcedencia, la procesada no estaba compelida a observar el trámite previsto en el artículo 510 del Código de Procedimiento Civil como lo pregonan la sentencia, el apoderado de la parte civil y el fiscal delegado; en consecuencia, al omitir el período de pruebas no infringió este tipo penal.

2. (...) Efectivamente, como atrás quedó demostrado, al formularse excepciones notoriamente improcedentes la endilgada estaba exonerada de impartirles el trámite del artículo 510 de la Ley Procesal Civil, por cuanto debía rechazarlas de plano de acuerdo con lo normado por los artículos 38, 138 y 143 ibídem.

Por tanto, no es cierto que con el rechazo se transgredió el artículo 96 del Código Procesal Civil que obliga al juez a resolver esta clase de excepciones en la sentencia, salvo norma en contrario, porque, se reitera, por mandato legal debía rechazarlas.

Ahora, es obvio que el rechazo tenga como efecto jurídico que las excepciones se tengan como no formuladas y que la sentencia se notifique en los términos del artículo 507 del Código Procesal Civil, es decir, por estado y sin apelación, de modo que ningún reparo merece al argumento relativo a que proponerlas indebidamente es como no hacerlo.

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático por Inducción e Integración

DECISIÓN

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar, para en su lugar absolver a la Dra. ANA MEJIA ARAUJO por los cargos a ella imputados en la resolución de acusación de prevaricato por omisión y prevaricato por acción, atendiendo los argumentos expuestos en este proveído.

SEGUNDO: Levantar el embargo de las sumas de dinero que la Dra. ANA MEJIA ARAUJO tenga depositadas en cuentas corrientes o de ahorro en las entidades

financieras del departamento del Cesar, decretado por la Unidad de Fiscalías delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

TERCERO: Revocar la suspensión en el ejercicio del cargo de Registradora Principal de Instrumentos Públicos de Valledupar, decretada por la Unidad de Fiscalías Delegada ante la Corte Suprema de Justicia.

CUARTO: Hacer efectiva la caución prendaria constituida por la Dra. ANA MEJIA ARAUJO para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas previamente a gozar de la detención domiciliaria, en los términos previstos en el artículo 372 del Código de Procedimiento Penal.

QUINTO: Revocar las órdenes de captura que pesan en contra de la Dra. ANA MEJIA ARAUJO.

SEXTO: Devuélvase el expediente a la Sala Penal del Tribunal Superior de Valledupar.

NUMERO DE PROCESO

18031

FECHA

11/03/2003

MAGISTRADO PONENTE

FERNANDO ARBOLEDA RIPOLL

SALVAMENTO DE VOTO

Si

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

1. ¿Se requiere en el análisis del Prevaricato por acción, la verificación real que la resolución o dictamen traslucen la ruptura patente y grave de los preceptos legales, presuponiendo la capacidad del funcionario de ajustar el ejercicio de su competencia a los presupuestos normativos?
2. ¿Se debe valorar, en el prevaricato por acción, la simple aplicación o inaplicación de mandatos legalmente claros y expesos, ó, contrario sensu, se debe considerar, aunado a lo anterior, la capacidad de discernir del juez, para optar, según su criterio, por la solución que se encuentre mas ajustada al caso sometido a su conocimiento?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

1. “(...)

Con tal alcance, lo primero que se debe examinar en punto de la realización típica y su trascendencia social y jurídica, es si la resolución o el dictamen traslucen ruptura patente y grave con lo mandado por la ley, lo cual encuentra comprobación a través del examen de la decisión y la norma(s) contenida(s) en las disposiciones aplicables al caso; en el mismo plano de comprobación, de acreditar si el funcionario, de acuerdo con la información disponible al momento de adoptar la determinación, estaba en posibilidad real de haber podido ajustar el ejercicio de su competencia al ordenamiento jurídico y, por tanto, si tenía conciencia del carácter delictivo del comportamiento y, a pesar de ello, voluntariamente optó por realizar la prohibición típica.

2. Si bien es cierto que el artículo 64 del código de procedimiento civil no señala expresamente la forma de acreditar la representación legal de una entidad de

derecho público, también lo es que la funcionaria, ante la ausencia de norma que regulara la situación, acudió al principio de integración para fijar el sentido y alcance del precepto que estimó más apropiado, en orden a señalar que en tratándose de gerentes de establecimientos públicos se debe acreditar la representación a través de la resolución de nombramiento y la respectiva acta de posesión.

Prima facie, entonces, no puede concluirse que la determinación adoptada por la juez resulte abiertamente contraria a la preceptiva legal, pues ninguna de las normas transcritas señalan expresamente que, al revés de lo afirmado por la funcionaria, basta el acta de posesión para demostrar la representación de la parte demandada, si lo que se trata es de señalar que ella las contrarió abiertamente al inaplicarlas.

2. “(...)

La jurisprudencia de la Corte, a propósito del tema, ha sido copiosa en señalar que cuando se imputa a un funcionario el delito de prevaricato, no es necesario examinar si la interpretación dada por él a las normas que le sirvieron de sustento a sus proveídos fueron o no correctamente aplicadas desde el punto de vista de la certeza jurídica, pues lo que hay que indagar es si el funcionario emite providencias cuya ilegalidad es manifiesta, o si conculca arbitrariamente el derecho ajeno, o si mañosamente hace decir a la ley lo que ella no expresa; asimismo, que si el sentido literal de la norma y la específica finalidad de un texto legal no son suficientemente claros, mientras éste es complejo, o por su confusa redacción admite interpretaciones discordantes, no es posible hablar de un comportamiento manifiestamente ilegal; no basta una interpretación normativa diversa de la predominante para concluir que se está frente al delito; y no constituye prevaricato la interpretación desafortunada de las normas ni el desacierto de una determinación, pues el delito implica la existencia objetiva de un texto abiertamente opuesto a lo ordenado o autorizado por la ley.

En ese orden, la tarea de juzgar la conducta de la funcionaria se torna asaz exigente, pues no se trata de verificar simplemente si aplicó o inaplicó normas literalmente claras y expresas, sino de abordar un asunto más complejo que tiene que ver con la facultad discernida a los jueces, de optar, entre las diversas soluciones posibles, por la que en su recto criterio encuentre ajustada al caso sometido a su conocimiento y definición.

(...)

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético Gramatical o Lógico

DECISIÓN

Confirmar la sentencia proferida el 9 de noviembre de 2000 por la Sala de decisión penal del Tribunal superior de Barranquilla, mediante la cual absolvió a la doctora XXXX del delito de prevaricato por el que fuera acusada.

NUMERO DE PROCESO

15100

FECHA

21/01/2003

MAGISTRADO PONENTE

Edgar Lombana Trujillo Y Álvaro Orlando Pérez Pinzón

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

Edgar Lombana Trujillo

ACLARACIÓN DE VOTO

Fernando Arboleda Ripoll

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Prevarica por omisión el funcionario judicial que deniega la causal de recusación invocada en su contra, cuando aquella es el resultado de una incorrecta apreciación y ocultamiento de la verdad procesal?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

“

(...)

Ahora bien, la conducta que encaja en la hipótesis prevista en el tipo penal es la omisión de la procesada a declararse impedida a sabiendas que su esposo tenía interés en el proceso con el fin de participar en la resolución de la apelación, incumpliendo el deber legal que la compelió a ello - artículo 149 del Código de Procedimiento Civil -; comportamiento que trajo como consecuencia que la compañía aseguradora, con el fin de obtener su separación del proceso, procediera a recusarla, sin que obtuviera ese propósito comoquiera que tampoco aceptó los hechos en que se fundaba la causal invocada. No sobra precisar que la controversia durante todo el curso del proceso se cifró en averiguar si efectivamente la causal de impedimento concurría y si la procesada la conocía, tópicos sobre los cuales hoy existe certeza.

(...)

En efecto, al omitir el deber legal la enjuiciada causó daño a la administración de justicia en lo que concierne a sus atributos de legalidad, eficacia y rectitud, ya que desconoció la garantía de la imparcialidad que debe acompañar todas las decisiones judiciales, por cuanto en presencia de una causal de impedimento, conoció del proceso e integró la Sala que confirmó el mandamiento de pago en el que tenía interés su esposo.

Además, siendo Magistrada tenía pleno conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, pues sabía del deber ineludible e impostergable de declararse impedida, en virtud a la configuración de la causal 1ª del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Así entonces, es claro que a la procesada le era exigible separarse por su propia iniciativa del conocimiento del proceso, empero como consciente y voluntariamente no lo hizo, deviene legítimo el reproche de su comportamiento, con mayor razón si no obró bajo ninguna causal de inculpabilidad.

(...)

PRECEDENTES CITADOS

Rad. 4971. Sentencia de julio 11 de 1995.

Rad. 14104. Sentencia de junio 17 de 1998.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético Gramatical o Lógico

Sistemático por Inducción.

DECISIÓN

PRIMERO: CONDENAR a la Dra. NOHORA ELISA DEL RIO MANTILLA, de condiciones civiles y personales conocidas en autos, a las penas principales de 30 meses de prisión, multa equivalente a quince salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena privativa de la libertad, como autora responsable del delito de prevaricato por omisión, por el cual fue llamada a responder en juicio.

SEGUNDO: Sustituir la medida corporal por la de prisión domiciliaria, para lo cual deberá constituir caución y suscribir diligencia de compromiso en los términos atrás expresados.

TERCERO: Téngase como parte cumplida de la pena el tiempo que permaneció privada de la libertad en medida cautelar.

CUARTO: No condenar al pago de perjuicios por no acreditarse que hubiesen sido causados con el delito.

QUINTO: Condenar en costas a la Dra. NOHORA ELISA DEL RIO MANTILLA, incluidas las agencias en derecho, que serán liquidadas por la Secretaría de la Sala una vez en firme esta decisión.

SEXTO: Ejecutoriada la sentencia, envíese copia auténtica a las autoridades señaladas en la ley.

NUMERO DE PROCESO

17871

FECHA

25/02/2003

MAGISTRADO PONENTE

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

SALVAMENTO DE VOTO

Fernando Arboleda Ripoll

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Puede, en materia penal, el concepto del Ministerio Público como parte dentro del proceso, configurar a través de sus dictámenes el delito de Prevaricato, aún cuando carezca de potencia definitiva frente al conflicto que se quiere resolver dentro del proceso?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

En vigencia del Código Penal de 1936:

“El dictamen del Ministerio Público es elemento integrador de la sentencia, de obligatoria obtención por el juzgador, en los casos pertinentes, no importa si carece de fuerza decisoria o si no es acogido por aquél...”.

“Por lo demás el Diccionario de la Academia de la Lengua define el dictamen (del latín dictamen) como opinión y juicio que se forma o emite sobre una cosa. Y dictaminar no es otro que opinar o dar dictamen. Y si quien emite la opinión o suscribe el dictamen lo hace con el carácter de funcionario, a sabiendas de que ha consignado preceptos o criterios contrarios a la verdad por él conocida, incurre en prevaricato, así sus informaciones mendaces no sean compulsivas o estén desprovistas de poder decisorio” (Auto del 10 de diciembre de 1979, M. P. José María Velasco Guerrero).

Posteriormente, en vigencia ya del Código Penal de 1980, fue reiterativa y precisa:

“En este proceso se acusa al doctor... de haber sido infiel, en forma notoria y en materia grave, a las funciones constitucionales y legales que le correspondían

como Agente del Ministerio Público cuando desempeñándose en el cargo de Delegado en lo Penal de la Personería de Pereira (Risaralda), hizo solicitudes contrarias a la ley, adecuando doblemente así su comportamiento al tipo penal de prevaricato por acción descrito por el artículo 149 del Código Penal...”.

“Yerra el Tribunal a-quo cuando sustrae al Agente del Ministerio Público como sujeto activo del delito en examen, pues prevarica tanto el Juez o Magistrado, como cualquier empleado oficial que traiciona la función pública que se le ha encomendado al emitir resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley. El empleado oficial que así obra, sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad. Y así como dentro del término de ‘resolución’ como medio para atentar contra la administración pública quiso el legislador incluir las sentencias y los autos y en general todo acto escrito que se genere en uso de las funciones públicas y que tienda a la decisión de un punto, del mismo modo dentro de la aceptación de ‘dictamen’ se incorporan los conceptos que es la denominación que adquieren los actos a través de los cuales se hace conocer la voz del Ministerio Público...”.

“Bastaba con acudir a cualquier diccionario para encontrar la sinonimia de ‘dictamen’ y no su análogo, que es bien diferente. Así, en el de CABANELLAS se lee:”

“DICTAMEN. Opinión, consejo o juicio que en determinados asuntos debe oírse por los tribunales, corporaciones, autoridades, etc.”.

PRECEDENTES CITADOS

Auto del 10 de diciembre de 1979.

Auto del 24 de junio de 1986.

Rad. 13827. Sentencia del 18 de mayo de 1995.

Rad. 6593. Sentencia del 31 de Nereo de 2001.

Sentencia del 21 de junio de 1995.

Sentencia del 07 de diciembre de 1978.

Sentencia del 30 de septiembre de 1975.

Sentencia del 07 de junio de 1983.

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético literal

Sistemático por Inducción.

DECISIÓN

1. ABSOLVER, por ausencia de culpabilidad de su conducta, al doctor Rafael Agustín Navas Curiel, identificado debidamente en el aparte correspondiente de esta providencia, de los cargos que como autor del delito de prevaricato por acción le formuló la Fiscalía General de la Nación, mediante providencia del 28 de septiembre de 2.000.
2. ORDENAR, en consecuencia la devolución de la caución depositada para disfrutar del derecho a la libertad provisional concedida en la resolución de acusación.
3. EXTENDER las comunicaciones de rigor.

NÚMERO DE PROCESO

18695

FECHA

12/09/2001

MAGISTRADO PONENTE

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

SALVAMENTO DE VOTO

No

ACLARACIÓN DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

- a. Cuando se trata de conductas que no encuentran descripción típica en el Código Penal (ley 599/00) por cuanto han perdido el carácter de ilícitas que le atribuía una norma anterior, ¿en quién radica la decisión de su declaración, ó, si la conducta se adecua a la nueva normatividad (ley 599/00), cuál será la normatividad aplicable para fijar la competencia?
- b. ¿Debe, un tránsito de legislación, considerarse la eventual denominación que la nueva ley le dé a una conducta o, a contrario sensu, se debe observar que subsista o no su calidad delictual?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

- a. " (...)

Si el delito de prevaricato por omisión consiste -según el artículo 150 del anterior Código Penal, que corresponde al 414 del actual- en la conducta del servidor público "que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones", o, dicho en otros términos, en el consciente y voluntario incumplimiento de sus deberes por parte del servidor público, es evidente que la diferencia entre ambos tipos penales se reduce a la especificidad o generalidad de su contenido, que implica que en todos los casos relacionados con el tráfico de estupefaciente, dada la coexistencia de ambos, se aplique de preferencia la norma especial sobre la general conforme al principio hermenéutico que tal proceder aconseja. Podría

afirmarse entonces que el legislador, de la universalidad de comportamientos del servidor público relacionados con el doloso incumplimiento de sus funciones, pretendió regular con mayor precisión aquellos que tuvieran relación con el narcotráfico y adoptó el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, sin que ello significara que antes de expedirse esta norma ni luego de que desapareciera del ordenamiento, la conducta dejara de ser ilícita, como que podía encuadrarse en la más amplia descripción del prevaricato por omisión. (...).

(...)

7. Conclúyese de lo dicho que la actuación, desde el punto de vista sustancial, ha de continuar su trámite por la supuesta transgresión de las normas que ahora recogen la conducta que se les imputó a los procesados en la resolución de acusación; y por el aspecto adjetivo, “conforme a la ley procesal vigente al tiempo de la actuación procesal”, por cuanto aquélla “tiene efecto general e inmediato” (artículo 6º del Código de Procedimiento Penal), lo cual ya había sido previsto desde antiguo por la Ley 153 de 1887, que en su artículo 40 señaló: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deban empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

En consecuencia, para determinar la competencia debe acudirse a lo que sobre el particular establece la Ley 600 de 2000, que en el artículo 5º transitorio no incluye el prevaricato como uno de los delitos cuyo conocimiento le está atribuido a los jueces penales del circuito especializado, de manera que aplicando la cláusula general de competencia prevista en el literal b del numeral 1º del artículo 77 del mismo estatuto, ella radica en los jueces penales del circuito como en efecto se dispondrá en este auto, ordenando que se remita el proceso al juez 54 de tal categoría.

(...).”

b. “(...)

5. Lo que debe examinarse en el tránsito legislativo no es, por lo tanto, la eventual denominación que la ley nueva le dé a una conducta, sino que subsista o no su calidad de ilícita. Por eso el artículo 45 de la Ley 153 de 1887, al señalar la aplicación que podría tener en materia penal el principio de favorabilidad que consagró en el artículo 44, enseña: “La nueva ley que quita explícita o implícitamente el carácter de delito a un hecho que antes lo tenía, envuelve indulto y rehabilitación”.

6. Pues bien: aunque el Código Penal de 2000, que pretendió reunir toda la dispersa legislación penal, no reprodujo el artículo 39 de la Ley 30 de 1986, sí consagró en el artículo 414 el prevaricato por omisión y en el artículo 415, como

circunstancia de agravación punitiva, que la conducta se realice en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten, entre otros, por delitos de narcotráfico.

En estas condiciones, es evidente que el hecho de facilitar la evasión de persona capturada por actividades de narcotráfico no ha perdido el carácter de delito ni la gravedad que el legislador de 1986 le atribuyó, pues a lo primero alude el artículo 414 del nuevo estatuto y a lo segundo el 415.

Tampoco podría alegarse la no aplicación de la circunstancia de agravación por no ser ley preexistente al acto que se imputa pues, como se ha visto, ella estaba contenida en la norma misma. Tanto así, que por esta razón la pena prevista en el artículo 39 oscilaba entre 4 y 12 años de prisión frente a la establecida para el prevaricato por los artículos 149 y 150, que era de 3 a 8 años.(...)”

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Sistemático y sociológico por inducción

DECISIÓN

Declarar que la competencia para conocer de este proceso corresponde al Juzgado Cincuenta y Cuatro Penal del Circuito de Bogotá, al que se le remitirá el expediente. Infórmesele esta decisión al Juzgado Quinto Penal del Circuito Especializado de la misma ciudad.

Abstenerse de resolver sobre la petición de libertad provisional.

FECHA

19/06/1985

MAGISTRADO PONENTE

Fabio Calderón Botero

SALVAMENTO DE VOTO

No

PROBLEMA (S) JURÍDICO (S)

¿Se prevarica cuando se concede sin el lleno de los requisitos exigidos por la ley el Habeas Corpus, existiendo o no proceso?

POSTURA DE LA CORTE (RATIO DECIDENDI)

Ese derecho de amparo individual que es el Habeas Corpus, se otorga a toda persona que se halle capturada o detenida, por más de 48 horas (36 horas en el ordenamiento vigente), sin las formalidades legales; pero éstas, debe entenderse, hacen relación a que exista o no exista proceso: En el primer evento deben cumplirse los términos fijados en los artículos 434, 437 y 438 del Código de Procedimiento Penal (vigente para la época) y a los cuales hace referencia al artículo 421 *ibídem*. En el segundo, en cambio, basta la comprobación de esa precisa circunstancia del vencimiento de las 48 horas y la no existencia del proceso. (Resaltado fuera del texto)

En el caso sometido a la consideración de la Sala se violaron por el juez acusado los términos fijados por las ya citadas disposiciones legales. En consecuencia, y por hallarse ampliamente analizados por el Tribunal de Instancia los requisitos sustanciales exigidos por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, que aquí se presentan, se ajusta a derecho su decisión enjuiciatoria por el delito de prevaricato.

PRECEDENTES CITADOS

Ninguno

MÉTODO DE INTERPRETACIÓN

Exegético Gramatical o lógico

DECISIÓN

Confirmar el auto apelado.