

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

EL DELITO DE PREVARICATO ELEMENTOS ESTRUCTURALES Y CULPABILIDAD ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

PLANTEAMIENTO

La prevaricación en su significado etimológico deriva del verbo latino prevaricare que quiere decir desviarse del camino recto o caminar torcido. En el campo penal inicialmente se confundió la figura con la llamada colusión, esto es la confabulación del mandatario judicial con la parte contraria. Genéricamente es la conducta del funcionario que emite o expide un acto contrario a la ley. Implica violación a la organización normativa que impone a todos los agentes del Estado el respeto por el principio de legalidad, en cuanto todos sus actos en ejercicio de las funciones asignadas deben sujetarse a imperativos legales que los reglan o subordinan. Es violación formal y expresa de alguna preceptividad, para lo cual se exige la valoración de todo el marco normativo que rodea el acto objeto de la infracción.

El Código de 1936 comprendía bajo esta denominación el prevaricato del juez en los actos de administración de justicia y los actos de cualquier funcionario oficial que procediera en forma contraria a la legalidad. La redacción inicial del artículo 168 de este código comprendía las hipótesis de dictar sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley o acto expresa o manifiestamente injusto, y el de rehusar o negar un acto propio de las funciones por simpatía o animadversión a los interesados. El decreto 2525 de 1963 sustituye este precepto comprendiendo únicamente el proferir dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley. En inciso separado se describe el acto de rehusar, retardar o denegar acto propio de las funciones del agente. De esta forma se comprendió más técnicamente las dos formas de prevaricato -por acción y por omisión,- Al mismo tiempo esta norma aumentó la punibilidad del reato.

El anteproyecto de 1974 separó las dos modalidades de prevaricato, por acción o por omisión, sancionando con mayor quantum punitivo la segunda. Incorpora el llamado prevaricato por asesoramiento ilegal, elimina los motivos de simpatía o animadversión que incluía la anterior legislación, sustituyéndolos por la expresión "indebidamente", más técnica en sentido jurídico-penal. La Comisión revisora de 1978 Refundió nuevamente en una sola disposición las dos formas básicas de prevaricato y reiteró los móviles subjetivos de la simpatía o animadversión en los actos prevaricadores. Finalmente la comisión revisora de 1979 separó técnicamente las dos modalidades del delito suprimió las criticadas expresiones subjetivas como motivos para la realización de las diferentes formas del reato; de esta forma pasó al texto normativo actualmente vigente.

Uno de los aspectos fundamentales en el estudio de los delitos que, como el prevaricato, envuelven los conceptos de falsedad objetiva y subjetiva, discordancia entre lo conocido como lícito y lo plasmado en un determinado acto de autoridad, gira en torno al elemento subjetivo del reato, que se adiciona con complementos estructurales del tipo tales como la manifiesta ilegalidad del acto, de claro y estricto carácter material y objetivo. Lo riesgoso en orden a la administración de justicia material que puede significar emprender la labor de interpretación y aplicación de esta forma delictual, en orden a la fundamentación normativa de la responsabilidad penal en la actividad sicofísica del agente, es el motivo principal que nos impulsa a presentar el siguiente espectro jurisprudencial, que se puede constituir tan solo en guía para definiciones o interpretaciones, del caso concreto, que siempre van impregnadas de características indefinibles por vía general; dificultad esta que debe animar el juicioso estudio de la culpabilidad de este género de reatos, en los ámbitos académico, interpretativo o decisorio.

TEMA I. PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD DIFERENCIAS.

Apelación

10-12-82

Fuente formal: art. 149 Código Penal

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 152 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velázquez

Fecha:

Aprobado: Acta 99, diciembre 9 1980

Decisión: Confirma decisión

Evaluación normativa: Las resoluciones o dictámenes que contradicen la ley pero no de forma manifiesta pueden constituir delito de abuso de autoridad.

.....

"El prevaricato exige como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean manifiestamente contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien pueden conservar la característica de acto de propio de abuso de autoridad.

.....

Comentario

En el delito de prevaricato la acción se orienta sobre una resolución o dictamen que profiere el agente y que tiene la característica de ser manifiestamente ilegal. El término "resolución" se ha de entender en sentido amplio, como decisión, manifestación de voluntad, determinación con relevancia jurídica, que hace el agente con ocasión del ejercicio de su cargo o funciones, y que expide con el lleno de las formalidades legales; comprende entonces 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 predicar su manifiesta ilegalidad. Según el FERREIRA "En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse". Entre tanto GÓMEZ MÉNDEZ considera que la resolución debe asumir forma escrita siempre.

El dictamen es el juicio, opinión o concepto, que se emiten 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. En la actividad propiamente administrativa la rendición de dictámenes es frecuente por parte de empleados que ejercen funciones de asesoría técnica y jurídica.

.....

"Es posible, tal como están tipificados los delitos consagrados en los artículos 149 y 152 de Código Penal, admitir que algunas resoluciones o dictámenes pueden dar lugar al delito de abuso de autoridad y no al prevaricato. En efecto, este último está exigiendo como elemento estructural que la "resolución o el dictamen" pronunciados sean manifiestamente contrarios a la ley. De donde aquellos que la contradicen, pero sin esta nota de ostensibilidad o evidencia, bien puedan conservar la característica de acto propio de abuso de autoridad.

.....

"Por fuera de esta distinción entre el acto de la prevaricación y el de abuso de autoridad, cuando el medio empleado es una resolución (auto, sentencia, decreto, etc.) o un dictamen (en su forma restringida de pericia o ampliada hasta comprender el concepto o la opinión), conviene advertir que también caen dentro del abuso de autoridad los actos materiales o físicos de los funcionarios, cuando no constituyen otros delitos de mayor entidad y asumen las características de ser arbitrarios o injustos, o actuaciones que no adquieren aquellas formas específicas (v. gr., una indebida orden de captura, u oficio, exhorto o comunicación irregulares, una inspección judicial apartada de los preceptos que la gobiernan, un reconocimiento o requisita personal improcedentes y tantas similares diligencias como juegan en el ordinario ámbito de funciones del empleado oficial).

Comentario

Debido a que varios de los punibles descritos en el título de los Delitos contra la Administración Pública , implican abuso de autoridad por parte del agente, el tipo consagrado en el artículo 152 C.P. (abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto) solo se incrimina si la acción no perfecciona otro delito autónomo. Así por ejemplo, el peculado, la concusión, el cohecho y el prevaricato no son más que abusos de autoridad caracterizados en forma especial por su resultado, por los complementos normativos introducidos al objeto material, por las especiales cualificaciones de la conducta o por la relevancia que tiene la afectación al bien jurídico según criterio del legislador. Por tanto, en cuanto norma subsidiaria le mencionado artículo 152 C.P. solo se aplicará cuando el agente no haya alcanzado a perfeccionar hecho punible diverso, como puede ser cualquier modalidad de peculado (arts. 133 y ss. C.P.) o cohecho

(arts. 141 y 142 C.P.) infracciones que siempre entrañarán injusticia y arbitrariedad. El anterior criterio dogmático es aplicado por la Corte a la hipótesis en que la resolución, el dictamen o el concepto no alcancen a revestir la categoría -en referencia normativa- de "manifiestamente contrario a la ley", caso en el cual el examen en juicio de tipicidad deberá intentarse por vía de la norma subsidiaria citada.

"Conviene agregar que la estructura del prevaricato (por acción, Art.149, por omisión, Art.150, y por asesoramiento ilegal, Art .151) y la de abuso de autoridad, en el nuevo Código Penal, y, en comparación con la del anterior estatuto (Arts. 168,169,171,172 a 182), permite observar que las conductas omisivas realizadas en este específico campo, de no insertarse en la prevaricación (que por unidad de la institución también exigirá la manifiesta y grave contradicción con la ley), no pueden estimarse como constitutivas de delito, salvo las expresamente recogidas por el legislador (Arts. 153 y 160), pasando tales comportamientos a integrar las faltas sancionadas por el régimen disciplinario."

Comentario

De innegable trascendencia es el anterior criterio jurisprudencial pues exige la manifiesta ilegalidad del acto negativo de omisión o de los actos positivos de retardo o denegación, para la adecuación típica del prevaricato por omisión tipificado en el artículo 150 C.P. en referencia a la unidad conceptual y normativa de la prevaricación.

El prevaricato por omisión establece cuatro de comportamiento negativo alternativo del agente, que implican el incumplimiento de los deberes propio de su cargo o funciones: Lo cuales en concepto de la Corte deberán adicionalmente presentar la nota de ilegalidad ostensible: omitir es abstención, reticencia, no hacer lo debido, es simple pasividad que no exige manifestación alguna de carácter naturalístico, el servidor se limita a "no hacer" el imperativo legal respectivo; rehusar significa no aceptar, no conceder, negarse a realizar el acto debido, implica expresiones o manifestaciones voluntarias inequívocas del agente; retardar: diferir más allá de los términos legales, lleva en si ejecución o expedición extemporánea del acto debido; debe presentarse por lo menos voluntad también inequívoca de realización, es, dilación

injustificada no interesa que el acto se haya o no expedido siempre y cuando se observe el reflejo voluntario del agente; denegar es no decidir o decir lo contrario a lo debido conlleva decisiones negativa implícita, si fuese expresa estaremos en presencia del prevaricato por acción.

Adicionalmente señala la Corte la imposibilidad de adecuar formas omisivas de abuso de autoridad por fuera de los tipos penales de prevaricato por omisión (art. 150 C.P.), con la exigencia referida, omisión de denuncia (art. 153 C.P.) y omisión de apoyo (art. 160 C.P.); con lo cual las restantes acciones negativas, realizadas en arbitrariedad, irregularidad, abuso o ilicitud por los servidores públicos, solo serán reprimibles por la vía disciplinaria.

TEMA II. PREVARICATO. LA SIMPLE OPOSICIÓN DE CRITERIOS JURÍDICOS ENTRE EL FUNCIONARIO Y EL LITIGANTE NO LO CONFIGURA.

Apelación

Fecha:

26-I-82

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Alvaro Luna Gómez

Aprobado: Acta No. 5, enero 26 de 1982

Decisión: Confirma decisión

Evaluación normativa: la simple oposición de criterios entre funcionario y litigante no genera prevaricación.

.....

"La simple oposición de entre el funcionario y el litigante, no es motivo suficiente para predicar una conducta contraria a derecho, para ello, es necesario que exista una inequívoca oposición entre la resolución tomada y el derecho que ha debido aplicarse al caso concreto.

"Con frecuencia la denuncia dirigida contra las autoridades jurisdiccionales por supuesta prevaricación se asienta en la inconformidad de los litigantes con las decisiones de aquéllas, en la creencia de que la simple oposición de criterios relleva el proceder

contra derecho del funcionario, cuando lo cierto es que esa forma de delincuencia exige que entre la determinación del empleado oficial y lo dispuesto por la ley para el caso concreto, exista oposición evidente o inequívoca. Así se desprende del contexto del artículo 149 del estatuto penal vigente al normatizar el prevaricato por acción."

Comentario

Las expresiones "resolución" y "dictamen", objetos materiales de la infracción se constituyen en complementos normativos de carácter jurídico que exigen valoración frente al ordenamiento positivo, en orden a determina la naturaleza del acto y su contenido en relación con la función pública ejercida por el agente al realizar la conducta.

En el presente fallo podemos determinar la exigencia jurisprudencial frente al objeto material de la prevaricación. La resolución o el dictamen han de ser "manifiestamente contrarios a la ley". Lo manifiesto es lo ostensible, lo evidente, "que hiere al ojo"; 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 hay controversia sobre su legalidad o ilegalidad, pudiéndose presentar discrepancias entre el criterio jurídico del litigante y el del juez, sin que se pueda hablar de contrariedad flagrante con la ley en ninguno de los dos planteamientos; estas 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.

Es necesario que haya contradicción clara, oposición evidente, entre el acto y la previsión legal, o violación flagrante de una norma positiva; por lo cual se excluye 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 derecho, como lo afirma el profesor VALENCIA MARTÍNEZ.

TEMA III. PREVARICATO. CONDICIONES SUBJETIVAS PARA SU CONFIGURACIÓN.

Auto
82

Fecha: 15-IV-

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Darío Velázquez Gaviria

Aprobado: Acta No. 23, 15 de abril de 1982

Decisión: Apertura de investigación

Evaluación normativa: Para la estructuración del punible se requiere, por parte del agente, el pleno conocimiento de la manifiesta ilegalidad del acto.

.....

"Para que se configure son necesarios o que la decisión contraria a la ley se profiera a "sabiendas", si se aplica la ley penal anterior, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, si el aplicable es el nuevo Código Penal.

.....

"Aparte de los demás elementos integradores de este tipo penal en su forma activa, se precisa que la decisión adoptada por el funcionario lo haya sido a sabiendas de que es contraria a la ley, esto es, con clara conciencia, con pleno conocimiento de su ilegalidad, como lo exigía la norma derogada, o que sea manifiestamente contraria al ordenamiento legal, como lo prescribe el Código vigente, en su forma omisiva, requería la anterior norma que se procediera por simpatía o animadversión a cual cualquier interesado, exigencia que no reprodujo de forma expresa el nuevo tipo Penal ...".

Comentario

En vigencia del Código de 1936 se llegó a considerar la expresión "a sabiendas" como una reiteración necesaria del elemento subjetivo del tipo en cuanto ayuda para la interpretación e interpretación fáctico del reato; fue eliminada en el Estatuto vigente como muestra de estricto tecnicismo legislativo pues para la concepción dogmática una tal referencia no puede representa más que una

innecesaria repetición del aspecto cognoscitivo de la forma dolosa de la culpabilidad, que no puede ser traída a la descripción típica.

La prevaricación, en sus diversas modalidades es delito esencialmente doloso que requiere el conocimiento de que la manifestación de 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 en dirección a la plena realización de dicha acción. Aunque en el presente apartado jurisprudencial no se afirma únicamente la necesidad del conocimiento de la ilegalidad del acto consideramos que, en el juicio de culpabilidad se debe exigir la actitud conciente frente al objeto material estructurado en la norma; es decir, se debe patentizar el con conocimiento de la ilegalidad manifiesta, lo cual probatoriamente es perfectamente viable, dada la referencia material al ordenamiento positivo que siempre tendrá dicho elemento, además, concurren a la configuración del aspecto subjetivo situaciones tales como la indicación clara y expresa del superior jerárquico, el frecuente manejo de casos análogos y la capacidad e idoneidad del servidor público.

No obstante haber desapreciado en nuestro Código vigente los motivos impelentes para la manifiesta ilegalidad del acto objeto material de la infracción, en el juicio de culpabilidad puede surgir la presencia demostrada de la enemistad o la venganza en relación con el particular interesado.

TEMA IV. PREVARICATO Y ERROR EN LA VALORACIÓN PROBATORIA DE UN DOCUMENTO

Auto

Fecha: 28-V-82

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velázquez.

Aprobado: Acta No. 34, 28 de mayo de 1982.

Decisión: Confirma decisión

Evaluación normativa: la errónea interpretación del valor probatorio de un documento no genera por si misma delito de prevaricato.

.....

"Si el funcionario al aplicar el contenido obligacional del documento de recaudo ejecutivo, le atribuye tal valor que en estricto derecho no reúne, no por ello cabe colegir necesariamente punible contra la administración pública.

"Es verdad que nulla executio sine titulo. De ahí que el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil establezca que sólo " puedan demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señale honorarios de auxiliares de la justicia.

"Sin embargo, es posible que el juez incurra en error al apreciar el contenido obligacional del documento por el demandante como título ejecutivo y le atribuya el valor de éste cuando en estricto derecho no reúna los requisitos de tal, pero ante tal eventualidad no cabe colegir necesariamente la existencia de punible alguno contra la administración pública, desde luego que la afirmación contraria comportaría la conclusión de que los juzgadores delinquen al mal interpretar el valor probatorio de un documento, máxime cuando para el caso del proceso de ejecución, la ley señala la vía a seguir para enmendar posibles errores del funcionario judicial al librar el mandamiento de pago, tal la de los recursos y el incidente de excepciones."

.....

Comentario

El simple "error jurisdiccional", que genera responsabilidad estatal, no configura por si mismo prevaricación, pero consideramos que lo contrario si; el primero es definido por el artículo 66 de la ley 270 de 1996 como "aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley." Las relaciones entre el error judicial y el prevaricato se deben examinar a la luz de los dos preceptos, frente al inmediato cuestionamiento a de si el concepto normativo del primero, generador de responsabilidad estatal,

conlleve la necesaria exigencia subejeiva en el servidor público autor de la acción tal como es comprendida para la configuración de la prevaricación incriminable penalmente. Debemos concluir que existe una "zona gris" en la que las dos figuras se mezclan y presentan exigencias normativas y elementos fácticos comunes.

Lo anterior es convalidado por las consideraciones de la Corte Constitucional en el juicio previo de exequibilidad de la norma pertinente contenida en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia: "...la posible comisión de una falla por parte del administrador de justicia que conlleve la responsabilidad patrimonial del Estado, debe ser estudiada desde una perspectiva funcional, esto es, bajo el entendido de que al juez, por mandato de la Carta Política, se le otorga una autonomía y una libertad para interpretar los hechos que se someten a su conocimiento y, así mismo, aplicar las normas constitucionales o legales que juzgue apropiadas para la resolución del respectivo conflicto jurídico (art. 228 C.P.). Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacía la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas...." (Sentencia C-037-96, M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa).

TEMA V. PREVARICATO E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEY. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "MANIFIESTAMENTE ILEGAL".

Auto
VIII-83

Fecha: 16-

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 30., 29, 35 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía.

Aprobado: Acta No. 72, 16 agosto de 1983.

Decisión: Confirma decisión

Evaluación normativa: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Conceptos aplicados al delito de prevaricato.

"Cuando el sentido de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando además ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de Prevaricato.

.....

" 1. Ciertamente que es función del juez interpretar la ley y que si en el cumplimiento honesto de esa actividad consustancial a su cargo se equivoca o decide en detrimento de derecho ajeno, no incurre en prevaricato ni comete otro delito, especialmente cuando la complejidad del texto examinado o su confusa redacción admiten interpretaciones discordantes. Pero cuando el sentido literal de la norma y su concreta finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan dándoles un alcance que no puedan tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido y cuando, además, ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y, por ende, demostrativa de prevaricato."

Comentarios

Como se observa en el anterior texto en la determinación del elemento "manifiestamente ilegal" surgen estrictas connotaciones objetivas discordancia entre el sentido literal de la norma aplicada y el acto proferido -tipicidad material- y la ausencia de posibles explicaciones o justificaciones de interpretación o valoración o extremas hipótesis de ignorancia. Introduce también este criterio un elemento finalista no exigido en la descripción, pero que coadyuva a la decisión del caso concreto cual es la producción del resultado conculcatorio de derechos legítimos; determinación clara aunque en apariencia resulte tautológica la expresión.

TEMA VI. PREVARICATO. ADECUACIÓN TÍPICA. ANTIJURIDICIDAD. CULPABILIDAD.

Auto
83

Fecha: 9-VIII-

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.6o., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 3o., 29, 35 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía

Aprobado: Acta No. 70, 9 de agosto de 1983

Decisión: Confirma sentencia

Evaluación normativa: Proceso de adecuación típica, juicio de reproche y juicio de culpabilidad aplicados al delito de prevaricato.

.....

"Adecuación típica: desde el punto de vista objetivo el prevaricato consiste en dictar providencia (auto, sentencia, dictamen o resolución en general) ostensiblemente contraria a la ley, es decir manifiestamente opuesta a la solución jurídica que impone el derecho vigente para el caso concreto y que el funcionario está en la obligación de aplicar.

.....

"2. Antijuridicidad: Con la creación del tipo legal de prevaricato quiso nuestro legislador tutelar penalmente el bien jurídico de la administración pública; conductas como la realizada por el exfuncionario acusado vulneran gravemente ese interés que el Estado tiene en que las determinaciones oficiales de sus representantes se ajusten a la legalidad vigente y sean en verdad mecanismos instrumentales para resolver con equidad el conflicto que se les plantea. Al emitir la decisión controvertida el procesado contrariamente a su deber jurídico de actuar secundum ius, conculcó sin derecho alguno aquel interés estatal cuya salvaguarda le estaba confiada en razón del cargo que ostentaba.

"3. Culpabilidad: Puede afirmarse que la culpabilidad es la actitud consciente de la voluntad que da lugar a un juicio negativo de reproche por que el sujeto actuó antijurídicamente pudiendo y debiendo actuar de otra manera, y que en nuestro derecho positivo puede adoptar las formas del dolo, de la culpa o de la preterintención; cuando la primera de ellas se trata, el agente mediante un acto de acción o de omisión emanado con una humana

libertad de su propio siquismo, realiza un hecho penalmente antijurídico con conocimiento de su típica ilicitud, con conciencia de su antijuridicidad y con voluntad de ejecutarlo.

"En tratándose de comportamiento subsumible en el tipo de prevaricato, el actuar doloso requiere entendimiento de la manifiesta ilegalidad del dictamen o de la resolución proferidos, conciencia que con tal proveído vulnera sin derecho sin interés jurídico estatal en la recta y equilibrada solución oficial del conflicto que debe desatar y voluntad de emitir el proveído ilícito, pudiendo y debiendo hacer un pronunciamiento ceñido a la ley y a la justicia.

TEMA VII. PREVARICATO. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "MANIFIESTAMENTE ILEGAL"

Auto

Fecha: 14-I-87

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.6o., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas

Aprobado: Acta No. 001, 14 de Enero de 1987

Decisión: Confirma sentencia

Evaluación normativa: el actuar de buena fe observado en el plenario implica exculpación.

.....

"En el caso se examina, si bien el desprendible de la Administración postal que acreditaba el cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, no estaba realmente incorporado al proceso, es lo cierto que existía, había sido presentado oportunamente ante el juez, quien convencido de su existencia, lo valoró para proferir su decisión que no puede por ello ser calificada como manifiestamente injusta.

"Lo manifiestamente injusto, es aquello que no tiene apoyo en la ley, que se realiza por capricho del funcionario, que contradice abiertamente el derecho y la razón con desmedro de la equidad.

"En el caso sub exámine, el error del funcionario al dar por incorporada la prueba al proceso y otorgarle plena validez no demuestra por sí solo el propósito de obrar contra derecho. Todo indica, que el juez procedió de buena fe, con el deseo de acertar en

su decisión, con la fundada creencia de que el juzgado había dado al emplazamiento de persona que se oculta, el trámite señalado en la ley. En otras palabras, no existió por parte del juez el conocimiento de que el acto oficial fuera contrario a la ley o conllevara una injusticia.

"Afortunada es la cita que hace el tribunal de jurisprudencia de esta corte, donde se demanda como elemento indispensable para la configuración del delito de prevaricato, la conciencia del quebrantamiento de la norma por parte del agente y que se obre con desconocimiento del deber del funcionario de administrar recta injusticia.

"Por otra parte, para que la providencia pueda calificarse de contraria a la ley, y manifiestamente injusta, es necesario que entre lo decidido por el funcionario y lo previsto por la ley haya una oposición evidente e inequívoca. Tal contrariedad manifiesta no puede predicarse de la actuación del juez acusado, donde si bien la providencia en su aspecto formal no se sometió en su integridad a las ritualidades del juicio, ella se ciñó a la realidad de lo ocurrido y no quebrantó la equidad."

Comentario

Se refunden en este texto las tres valoraciones sustanciales para la configuración del punible de prevaricato; en el examen del elemento "manifiestamente ilegal", en los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. La flagrante u ostensible ilegalidad del acto, objeto material de la infracción, excluye la posibilidad de 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. Frente al estado de necesidad, en teoría podría presentarse conflictos de interés o derechos que justifiquen la acción al tenor del numeral 50. del artículo 29 C.P., pero su ocurrencia real será del todo excepcional frente a necesidades imperiosas del agente o de la comunidad. No aceptamos la coacción sobre el funcionario como justificante pues dicha circunstancia se erige como causal de inculpabilidad consagrada en el artículo 40 No. 2 C.P. Por tratarse de un delito esencialmente doloso que requiere el conocimiento de que la manifestación de 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 en dirección a la plena realización de dicha acción. Se admiten todas las causales de inculpabilidad consagradas legalmente tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, la coacción y el error sobre el tipo o la presencia de una causal de justificación.

TEMA VIII. PREVARICATO. "LA INADECUADA COSTUMBRE DE ENVIAR EL EXPEDIENTE AL JUEZ QUE SE CONSIDERA COMPETENTE, PARA QUE SEA EL QUIEN DECIDA SOBRE LA LIBERTAD DEL DETENIDO, CUANDO ESTA PRÓXIMO A VENCERSE EL TERMINO QUE DA LA LEY PARA ELLO, NO CONFIGURA EL DELITO, PERO SI UNA FALTA DISCIPLINARIA"

Auto

Fecha: 3-VI-87

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jaime Giraldo Angel

Aprobado: Acta No. 37, 3 de Junio de 1987

Decisión: Revoca auto recurrido

Evaluación normativa: Independencia entre las acciones penal y disciplinaria.

.....

"La ley otorgaba 5 días para resolverle la situación jurídica, bajo el entendido de que este lapso es aprovechado para avanzar en la investigación recopilando elementos de juicio y cotejando los existentes con el dicho del acusado para formarse un criterio sobre su comportamiento. No otro sentido tiene la concesión del referido término.

"Por mandato de ley 2a de 1984 (art.59) tenía competencia para iniciar e instruir el proceso por tratarse de un presunto delito de homicidio (aunque en grado de tentativa), pero resulta claro que este aspecto sería mejor establecido con más y diversas pruebas, para cuyo allegamiento no escatimó esfuerzos según lo revela la copia fotostática del sumario que adelantaba, en el cual aparece la constancia de haber citado a 10 testigos, entre ellos al comandante de la subestación de policía que adelantó la captura y además al

lesionado quien compareció el día 24 y amplió su denuncia (fls 20 a 38. en esta misma fecha solicitó al médico legista el reconocimiento del lesionado (fl. 30 ibídem). la observación directa de éste la determinó a calificar objetivamente el delito causa del sumario como de lesiones personales, y así lo dijo en el mismo auto en que se dispuso la remisión del expediente al juzgado municipal (fl. 31), sin que, como antes se anotó, se hubiera vencido el término señalado por la ley para resolver la situación jurídica del sindicato.

"Esta conducta no viola ningún mandato legal, por lo que es evidente que tampoco se configura el prevaricato por acción, haciéndose forzoso proceder a sobreseer definitivamente al juez.

"Sin embargo, no quiera la Sala dejar desapercibida la oportunidad para recordar a los jueces el deber que tienen de practicar todas las diligencias y tomar todas las decisiones más urgentes que demande el proceso de instrucción del sumario, aún en los casos en que no sean competentes para conocer el delito, pues así lo impone la guardia de la justicia o la preservación de la libertad de los ciudadanos. La inadecuada costumbre de enviar al juez que se considera competente, el expediente para que sea él quien decida sobre la libertad del ciudadano detenido, cuando está próximo a vencerse el término que da la ley para ello, no configura ciertamente un delito, pero sí constituye una gran falta disciplinaria al "retardar injustificadamente el despacho de los asuntos a su cargo", según reza el numeral a) del artículo 61 del Decreto 52 de 1987, pues ello conduce casi siempre a que se le prive injustamente de su libertad. como el presente caso se adelantó la correspondiente investigación por la procuraduría, no se ordenará compulsar copias para el efecto."

Comentario

Se deslindan en el caso concreto la configuración plena del punible de prevaricato y posible comisión de faltas disciplinarias como irregularidades o inobservancias a los deberes emergentes de la competencia funcional de un determinado servidor público. No obstante, como lo establece el Código Disciplinario UNICO actualmente vigente, "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal", de tal forma que los dos procedimientos sancionatorios se deben, si los hechos presentes así lo indican, adelantar simultánea y paralelamente; con lo cual la justicia penal puede transmitir la información correspondiente a la autoridad

competente en el orden disciplinario y al contrario. La referida independencia no puede inhibir la necesaria dependencia probatoria de los dos procedimientos, es más consideramos que se hace imperativa la coordinación, colaboración e intercambio de información de las autoridades, dentro de los dos procedimientos.

TEMA IX. PREVARICATO Y VALORACIÓN PROBATORIA. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN MANIFIESTAMENTE ILEGAL

Auto

8-II.83

Fecha:

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía

Aprobado: Acta No. 11, 8 de febrero de 1983.

Decisión: Se abstiene de iniciar investigación

Evaluación normativa: hipótesis de configuración y exculpación en el prevaricato por acción.

"Cuando aparece que el funcionario ha decidido previo a un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sub júdice.

.....

"3. Para determinar si se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, debe examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal, y lo será cuando al emitirla el funcionario haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica, como cuando sanciona con fundamento en disposición legal ya derogada o aplicando aquella que visiblemente se refiere a situación diversa. Pero cuando aparece que el funcionario ha decidido previo un examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis o incurrió en desacierto al realizar el proceso de adecuación típica de la conducta sub júdice, por que para la corrección de esos

humanos errores judiciales existen en la ley mecanismos procesales suficientes. No es, pues, la desarmonía de criterios entre el juez y la parte supuesta o realmente lesionada con la decisión de aquél, lo que objetivamente configura prevaricato, sino la protuberante e ilegal discordancia entre lo que el funcionario hizo en una providencia y la que ha debido hacer."

Comentario

Dos hipótesis representativas y muy frecuentes de comisión de la prevaricación se introducen tratándose de la determinación del elemento "manifiestamente ilegal": aplicación de disposición legal derogada y aplicación de contenidos normativos diversos a situaciones fácticos disimiles; es decir, realización de juicios contralógicos en oposición al concepto de analogía en cuanto tratado de las similitudes. El conocimiento de la normatividad vigente y a contrario sensu de las derogaciones explícitas realizadas en el ordenamiento jurídico se presume en todos los coasociados, inferencia que adquiere mayor valor y aplicabilidad entratándose de servidores públicos; no debe acontecer lo mismo - para la estructuración del punible de prevaricato, en múltiples ocasiones- con la derogación implícita, la cual es, de anotar representa casi siempre fallas de técnica legislativa ininclinables; la derogatoria tácita conlleva la posibilidad de realizar interpretaciones sistemáticas, exigencia que excluye el elemento manifiesto u ostensible de necesaria presencia en la prevaricación.

TEMA X. PREVARICATO. CULPABILIDAD.

Auto
86

Fecha: 24-VI-

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.6o., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: Acta 062, 24 de Junio de 1.986.

Decisión: Revoca auto

Evaluación normativa: "Las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, descartan de manera total de la existencia del prevaricato, precisamente por la ausencia del elemento intencional, que consiste en el propósito personal perfectamente definido de obtener provecho, imprescindible para

poder predicar su consumación. La Corte reitera su tesis de 3 de noviembre de 1.979; 22 de Mayo de 1.981; 16 de junio de 1.981; 5 de Junio de 1.985."

.....

"Considera la Sala que la culpabilidad se demuestra cuando se prueba no sólo el comportamiento contrario a la ley , sino el propósito personal perfectamente definido de sacar provecho con la decisión, porque no puede pensarse en un comportamiento delictivo que tenga como propósito único que es un motivo de juzgamiento, su sola violación no ocasiona ningún beneficio por su desconocimiento ; el provecho particular se obtiene es por el individual interés que guía al agente, que el momento de su conducta posiblemente en lo único que no piensa es en el bien jurídico tutelado y sí en la satisfacción personal que le produce actuar contra derecho.

"En el prevaricato entonces se hace evidente la necesaria demostración de la decisión contraria al derecho y la manifiesta intención de hacerlo así en la búsqueda personal de un fin individual, que no necesariamente debe estar probado, pero que sí debe presentirse, presumirse, o colegirse, como ya se dijo, nadie infringe la ley por el sólo placer de su violación.

Comentario

El contenido efectual finalista de la acción es asumido integralmente por la Corte en la valoración estructural del delito de prevaricato. Sin duda el dato ontológico referido a la obtención, efectiva o potencial del provecho, coadyuva a los juicios de antijuridicidad y culpabilidad, su presencia hará irrefragable la valoración positiva de reproche y el quebrantamiento del ordenamiento en posición de ruptura; de igual manera expresará claramente la actitud conciente de la voluntad, conciencia - conocimiento y voluntad- soportes de la doctrina culpabilista asumida por nuestro sistema penal, que fundamenta sistemática y normativa, de principio, la responsabilidad penal en la actividad sicofísica del agente.

"Planteadas así las cosas, debe resaltarse, que antecedente y coetáneamente a su decisión se presentaron una serie de circunstancias apropiadas para crear en el pensamiento de la juez,

una tendencia psicológica para aceptar como un hecho real, lo que su propia ignorancia determinaba su decisión. Primero que todo, se encuentra al regreso a su juzgado un hecho creado, puesto que quien la remplazó había dictado auto de detención por daño en bien ajeno y esta circunstancia muy bien ha podido llevar a muchas personas a considerar que la decisión tomada y no protestada, correspondía a criterio jurídico válido. La segunda situación que prepara su inteligencia para aceptar como cierto el hecho con el que se encontró con el memorial del apoderado del sindicato, quien por solicitud subsidiaria -excarcelación en caso de considerar que se tratara de delincuencia dolosa-, la proyecta a tal situación, porque evidentemente esta petición le daba fundamentos para pensar que era factible esta modalidad culposa. Por las circunstancias anteriormente analizadas, considera la Sala que no existió por parte de la juez procesada la intención de tomar una decisión manifiestamente contraria a la ley, y menos en su ánimo, el deseo de ocasionar daño determinado a la justicia o al sindicato y esto último se evidencia, puesto que en la misma providencia que niega la revocatoria del auto de detención, concede la excarcelación del procesado.

"Si el propósito hubiera sido no el de ocasionar daño a la administración pública, porque como ya se aceptó, ello difícilmente se pueda dar, sino el de producir un daño concreto al sindicato o a su apoderado o a los parientes del uno o del otro, porque necesariamente el prevaricador actúa con propósitos particulares, la mayoría de ellos encauzados por la amistad o la enemistad, su decisión de no revocatoria del auto de detención se hubiera visto colofonada con la negativa a la excarcelación; pero es que ello es precisamente lo que demuestra su estado de ignorancia y su falta de intención delictiva, por que si esta última hubiera existido habría negado de manera obvia la excarcelación."

Comentario

Si bien la consideración finalista del actuar del procesado puede hacer surgir su aspectos antijurídico y de culpabilidad, en relaciones subjetivas frente a los medios probatorios recaudados; se debe entender que el factor anímico, motivos y finalidades, intencionalidad en terminología clásica, juegan un papel de coadyuvancia y confirmación, pero no obstante carecer demostrativamente de tales eventos o causas de la acción, se puede arribar a la estructuración plena del punible o a su exculpación,

como en el presente caso lo hace la Corte, frente a los parámetros normativos que determinan las causas de justificación o de exclusión de la culpabilidad.

"En las condiciones en que actuó la sindicada se encuentra la Corte ante una decisión manifestante contraria a la ley, que en sus efectos negativos es allí misma contrarrestada, puesto que en su providencia concede la libertad provisional. En tal tipo de comportamiento es imposible pensar que la sindicada hubiera actuado con propósito criminal; por el contrario, es allí donde se revela su absoluto desconocimiento de lo jurídico, esto es su inculpabilidad, por absoluta ignorancia de lo que todo juez en condiciones normales debe conocer.

"Es del propio significado etimológico que surge la idea del contenido comportamental del prevaricato, puesto que por sus raíces latinas el vocablo significa "el que anda con los pies torcidos", indicando que lo decidido debe ser torcido, contrariando el querer de la ley, pero que tal contrariedad no debe ser solamente de carácter objetivo, sino que a ello debe agregarse la contradicción entre lo decidido y lo conocido, esto es, supone la existencia de un comportamiento de mala fe, se debe tratar de una actuación infiel, de allí que con toda razón se haya sostenido que el prevaricato es una falsedad, con contenido subjetivo muy determinado. Supone el prevaricato la existencia de una relación lógica y casual entre la contradicción de la ley, que dispone o señala caminos diversos de solución. Es entonces la voluntad predeterminada del juzgador de torcer el espíritu de la ley por el impulso caprichoso del mismo, sin que en la actualidad tengan importancia o relevancia, los motivos personales que puedan impulsar al juez a tomar la decisión fraudulenta.

"Sobre los presupuestos anteriores se ha de reiterar entonces que las decisiones judiciales que se fundamentan en un error, o en la ignorancia, descartan de manera total la existencia del prevaricato, precisamente por ausencia del elemento intencional, imprescindible para poder predicar su consumación; por ello es que las diferencias de criterio imperativo no puede llevar a pensar en decisiones prevaricadoras, ni tampoco el hecho de que las decisiones del inferior sean reformadas o revocadas por el superior, por que la inmensa mayoría de ocasiones ello supone simplemente un diferencia de criterios o la corrección de decisiones equivocadas surgidas del error o de la ignorancia.

"Es cierto que el principio es difícil pensar que un juez pueda desconocer la ley, puesto que se supone un conocimiento especializado por razón de su oficio, pero lo cierto es, como lo sostiene el recurrente, que no es dable para nadie suponer el conocimiento de todo el derecho, ni siquiera de una rama especializada del mismo, por que es evidente que existe una contradicción entre la realidad y la presunción legal, pues de acuerdo con esta última, se presume de hecho que el ciudadano conoce el derecho, pero esta presunción como se remarcaba con anterioridad, riñe con la realidad.

"No por lo que ahora se afirma se debe concluir que en todos los casos bastaría que se alegara la ignorancia o el error para que el prevaricato fuera descartado, sino que por el contrario, debe estar claramente demostrado que unido a la ignorancia o al error, no existió el propósito de actuar torcidamente. Es lo que sucede en el caso sub judice, donde la ignorancia se evidencia en la conducta desarrollada por el juez procesada, por que si bien es cierto que toma una decisión contraria a la ley, en la misma providencia, excarcela al sindicado, eliminando con esta decisión los efectos dañinos de su equivocado fallo."

Comentario

En la presente decisión judicial se reitera de manera clara el principio de la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva, vigente en nuestro sistema penal. No basta la estructuración cabal del tipo, para el presente caso la nota manifiesta de ilegalidad sino que es necesario el reflejo culpable denotado en el conocimiento y voluntad, puestos inequívocamente en la realización de la acción. Este aspecto es de especial importancia frente a todas las formas delictuales en las que desde la conformación estructural del tipo hasta en las valoraciones del comportamiento sicofísico del agente, juegan papel importantísimo los conceptos de verdad material o real y de verdad subjetiva, la simple incongruencia entre la primera y lo decidido no puede ser suficiente para generar el fallo punitivo del Estado.

"Cada día el hombre y el juez se equivocan, guiados por erróneas apreciaciones o por ignorancia de hechos o circunstancias que se suponían conocidos. Eso es lo cotidiano y al juez no se le puede

proyectar como un conecedor de todo lo jurídico, por que además de no ser cierto, se incurre en grave yerro que atenta contra la justicia.

"La Corte con anterioridad ha reconocido casos de ignorancia justificada en que incurrieron jueces al tomar determinadas decisiones con desconocimiento de una ley existente. Una de ellas es precisamente la providencia del tres (3) de noviembre de mil novecientos setenta y nueve (1.979) con ponencia del Magistrado Luis Carlos Pérez.

TEMA XI. PREVARICATO. ANTIJURIDICIDAD.

Revisión

Fecha: 7-VI-85

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velázquez

Aprobado: Acta No. 50, 7 de junio de 1985

Decisión: Revoca

Evaluación normativa: "No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación."

.....

"No toda alegación de ignorancia, desconocimiento, yerro, puede constituir manifestación atendible en este campo de la prevaricación. De ser así, la más notoria contradicción con la ley y con el derecho que se supone conocido, encontraría favorable y exitoso pretexto para desvirtuar el elemento doloso que exige esta figura penal. El funcionario no es ajeno a padecer esa clase de fallas intelectuales y la doctrina abunda en casos en los cuales ha prosperado esta invocación. Pero también la praxis judicial tiene por acertado derrotero, para evitar la impunidad de conscientes y buscadas violaciones de la ley, advertir que hay aspectos tan básicos, tan fundamentales y tan simples que no es admisible una exculpación de esta índole, máxime cuando el conocimiento sobre los mismos fluye de manera fácil y atinada y sus propias circunstancias señalan que no era factible incurrir en un desacierto notorio, advertible y advertido.

"La Sala entiende que lo relacionado con la extradición constituye uno de estos puntos de insoslayable aplicación, así se le relacione

con el Habeas Corpus. De la simple lectura, y es esta mínima exigencia que puede hacerse a un juez cuando tiene que abordar determinada materia del texto legal correspondiente (tratado, normas generales del Título IV Capítulo III), resulta aún para el más inexperto funcionario, que la detención preventiva de un extraditabile es medida que no corresponde proferir a la Rama Jurisdiccional ni exige las mismas formalidades que ésta requiere en el proceso penal normal, ni reclama el cumplimiento de una sentencia ni puede tener términos de duración distintos a los que la respectiva convención prevé o el Código de Procedimiento Penal señala por vía general. Esa verificación, tan expedita y exigible le hubieren demostrado al doctor.... como sucedió con su homólogo el juez que el señor estaba legalmente detenido y la tramitación de la correspondiente extradición se conducía por los caminos regulares y estaba dentro de los términos de la ley. Esta era una realidad incuestionable, perfectamente cognoscible por el juez desatendida en sus elementos más simples."

Comentarios

Sin duda la presencia del error como causal de inculpabilidad, no solo frente al punible de prevaricación, debe ser examinada en el caso, y en valoraciones estrictas de índole probatoria; también los contenidos normativos inobservados de manera manifiesta, su evaluación material simple, deben arrojar la demostración, en grado de inferencia racional, certeza y certidumbre, de la ignorancia excusable o el error invencible; aspectos como la idoneidad y capacidad media de nuestro funcionario judicial, frente al conocimiento integral del ordenamiento positivo, deben siempre ser sopesados, pero lo más importante es que la decisión final en materia de prevaricación ha de incorporar siempre este tipo de análisis, a riesgo de estructurar presunciones materiales que corresponderán a juicios de responsabilidad objetiva, del todo improcedentes, ilegítimos que sin duda rayaran con el concepto positivo-normativo de justicia.

TEMA XII. PREVARICATO. CULPABILIDAD.

Auto

Fecha: 6-VI-

85

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 50, 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Pedro Elías Serrano Abadía

Aprobado: Acta No. 56, 6 de junio de 1985

Decisión: Revoca

Evaluación normativa: Proscripción de la responsabilidad objetiva aplicada al delito de prevaricato.

"Para que este punible tenga ocurrencia no basta que deduzca responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5° del Código Penal.

"Las circunstancias procedimentales que rodearon la emisión de la providencia cuestionada no permiten calificarla de ilegal puesto que se aprecia con claridad que su autora obró de conformidad con el criterio que tenía sobre la interpretación de la disposición se aplicó. Es indiscutiblemente que pueden sugerir otras hipótesis para buscarle solución al mismo problema jurídico, como aquella que con amplitud expuso el Tribunal Superior y que la Sala no comparte. Pero sobre una disparidad de pareceres no se puede dar por comprobado el elemento "manifiestamente ilegal" exigido para la configuración del prevaricato en el artículo 149 del Código Penal en vigencia y menos aun cuando lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento.

"Por otra parte forzoso es conceder la razón al Ministerio Público que conceptúa y al apoderado que alega, cuando dicen que no aparece por parte alguna de la providencia examinada la obligada mención del aspecto subjetivo de la conducta que a la procesada se imputa como ilícita. Tal parece, por consecuencia, que se le hubiera deducido una responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5° del Código Penal. Debe agregarse que no existe un solo elemento de juicio que permita deducir que la indagada obró con voluntad y conciencia de transgredir la ley, esto es, con dolo, así en gracia de discusión pudiera considerarse como desacertado su decisión. La reiterada jurisprudencia de la Corte indica la necesidad de comprobar en este delito contra la administración pública la incorrección moral del acusado."

Comentarios

No es suficiente que resulte demostrada la realización del punible por parte del imputado por cualquiera de los factores analizados en el acápite de tipicidad, es necesario el elemento subjetivo o la culpabilidad de la acción; lo anterior debemos reiterarlo en razón a los deberes y presunciones de conocimiento del ordenamiento que pesan sobre los servidores públicos; cualquier descuido en la valoración del elemento subjetivo coartaría su cumplimiento y exigiría de ellos certidumbre total, eliminación de todo riesgo de error y prácticamente infalibilidad en sus decisiones; por lo tanto, en la presente infracción, es plenamente válida la conclusión del profesor ARENAS citado "mucho más importante que la falsedad objetiva, es la falsedad subjetiva". En múltiples ocasiones la falsedad objetiva puede ser causada por errores inevitables en la percepción por parte del sujeto agente de los hechos materia del fallo o en la invencible y justificada valoración equivocada de los efectos y connotaciones penales de los mismos; como se puede advertir del propio contenido típico de la acción y de los aspectos objetivos y subjetivos de ella desmembrados, el análisis del momento cognoscitivo del dolo puede presentar dificultades prácticas y complejidades innegables, ante lo cual el funcionario judicial debe detenerse especialmente en el estudio fáctico probatorio de la culpabilidad, con el fin de eliminar cualquier posibilidad de imputación simplemente objetiva.

Es de resaltar que el conocimiento debe recaer sobre los hechos y normas objeto de la decisión y no sobre la calificación o simple nominación jurídica que ha de dársele a los mismos; el agente puede introducir calificativos jurídicos erróneos pero si su fallo en sentido material corresponde con la preceptiva que domina el caso resuelto no puede configurarse punible de prevaricato; esta es otra consecuencia lógica de la imposibilidad de realizar derivaciones de responsabilidad sin la adecuada valoración intrínseca y subjetiva de comportamiento.

TEMA XIII. PREVARICATO POR OMISION. "EL ESTATUTO ACTUAL PRESCINDIÓ DEL INGREDIENTE SUBJETIVO, BASTÁNDOLE LA CONTRARIEDAD DEL PRECEPTO LEGAL QUE DEBÍA ATENDERSE EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PUBLICA. ES, EN CONSECUENCIA, UN DELITO INSTANTÁNEO QUE SE PERFECCIONA CON LA EJECUCION U OMISIÓN DEL ACTO QUE CONTIENE LA PREVARICACIÓN.

Sentencia de casación

Fecha: 4-

VI-86

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velázquez

Aprobado: Acta No. 55, 4 de junio de 1986

Decisión: No casa

Evaluación normativa: Determinación del bien jurídico tutelado. Abuso de la función implícito en el prevaricato por omisión.

.....

" 4°. El prevaricato por omisión es el quebranto de la ley por el no cumplimiento del deber, o, en otras palabras, el no hacer el agente aquello a que por la misma está obligado.

"En los delitos contra la administración pública, el bien jurídico protegido es el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia y rectitud. Con el delito de prevaricato suele protegerse, primordialmente, el principio de legalidad en la administración pública, que equivale a mantener sometidas las determinaciones estatales al influjo integral de las normas jurídicas, y de la cual es componente fundamental, entre muchos otros, el atributo de imparcialidad. Por esta Sala dijo, conoció de la apelación del auto de llamamiento a juicio criminal: "con tal comportamiento el procesado vulneró sin derecho alguno el interés jurídico de la administración pública referido en esta caso a la garantía de imparcialidad que debe rodear las actuaciones judiciales..".

"El Código Penal de 1936, exigía no sólo la contradicción de la ley sino el propósito, en este cometido, de favorecer o perjudicar a cualquiera de los que eran objeto de sus decisiones. El actual estatuto ha prescindido de ese ingrediente subjetivo, bastándole la contrariedad del precepto legal que debía ser atendido en el ejercicio de la función pública (no aplicar el derecho conocido), apareciendo como intranscendente la consecución de ventajas o desmejoras. Por eso el texto básico del artículo 150 concentra el tipo en contrariar de manera manifiesta la ley. Pero claro que esas particulares animaciones, de poderse detectar en un determinado comportamiento, adquieren el inestimable valor de desalojar

alegaciones tendientes a demostrar la existencia de la buena fe, o el ánimo de acertar en la interpretación novedosa de un precepto, como también la de cerrar el paso a los pretextos de querer aparentar un proceder simplemente equivocado, irregular o de mera ignorancia.

"El prevaricato, hoy más que nunca, es delito instantáneo que se perfecciona con la ejecución u omisión del acto que contiene la prevaricación, sin que tenga importancia alguna determinar el contenido exacto del perjuicio causado o advertir si, posteriormente, se realizó en forma debida la actividad mandada por la ley. Es, mera conducta y no de resultado, ya se entendía que la actividad realizada, omitida o denegada no alcanzó sus fines, o llevada a decir a un autor nacional, con severidad indiscriminada, que lo que cuenta es la ilicitud intrínseca de la conducta del funcionario aunque a la postre está resulte inocua, aunque resulta más preciso advertir que la contradicción con la ley, que expone por estos medios y en forma significativa el bien jurídicamente tutelado, suele comportar trascendencia en cuanto a sus consecuencias nocivas."

Comentarios

El delito de prevaricato es de resultado en el orden naturalístico; la conducta proferir implica manifestación externa de la voluntad, con efectivos resultados sensibles en el ámbito naturalístico; dichos eventos físicos o sensibles son connaturales a la descripción contenida en el tipo y por ende necesarios para su cabal adecuación. El resultado mencionado está implícito en la descripción del comportamiento y para el presente caso se concretará en las expresiones formales de la voluntad -con relevancia jurídica- del agente.

Al mismo tiempo pensamos que se trata de un delito de lesión en cuanto intrínsecamente la realización del hecho conlleva no solo amenaza sino efectivo daño o lesión al bien jurídico protegido -administración pública- en su especificación de acatamiento al principio de legalidad que subordina, rige y orienta toda la actividad de Estado y de sus agentes. También se trata de un tipo de conducta instantánea; en 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 -en orden a la adecuación típica- sus efectos, la duración de los mismos o las diversas formas que puede llegar a asumir.

TEMA XIV. PREVARICATO. "LAS DECISIONES EN ABIERTA CONTRADICCIÓN CON CLARAS DISPOSICIONES DE LA LEY, DESCONOCIDAS ASI POR EL FALLADOR, NO PUEDEN SER CONSIDERADAS COMO UNA SIMPLE EQUIVOCACIÓN DE ESTE O COMO DISCORDANCIA EN SU INTERPRETACIÓN CON ALGUNA DE LAS PARTES.

Auto

Fecha: 7-

V-86

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40, 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: Acta No. 44, 7 de mayo de 1986

Decisión: Revoca

Evaluación normativa: Exclusión del error como causal de inculpabilidad.

"Las decisiones en abierta contradicción con claras disposiciones de la ley, desconocidas así por el fallador, no pueden ser consideradas como una simple equivocación de éste o como circunstancia en su interpretación con alguna de las partes.

"El artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario público que profiere resolución manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las decisiones de los funcionarios públicos se deben observar plenamente las prescripciones pertinentes sin que se les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales de derecho y con las pruebas sometidas a su estudio.

"Tradicionalmente ha sostenido la Corte que la simple discordancia de interpretaciones de una norma, entre el funcionario acusado y su acusador no puede constituirse en conducta delictiva. No obstante, si tal interpretación es hecha por el funcionario con

desconocimiento de los preceptos que la rigen, su conducta puede adecuarse al tipo penal de prevaricato.

"En el caso sometido a estudio es preciso examinar el contenido de las sentencias de primera y segunda instancias, a fin de determinar si en ellas se omitieron consideraciones de índole legal que las muestren como manifiestamente contrarias a la ley."

Comentarios

Revaloramos el examen del caso concreto para la determinación del punible de prevaricato; los parámetros o criterios aplicados por la Corte deben servir de guía en el examen particular de los casos planteados a la decisión jurisdiccional, la presencia de intelección jurídica, sostenible y sustentable no puede ser determinada bajo reglas mecánicas objetivas, de igual manera el contenido interpretativo y de criterio jurídico asumido por el fallador, en oposición a lo pretendido por el mandatario o la parte, no puede constituirse en alegato exculpativo recurrente de automático planteamiento y decisión.

TEMA XV. PREVARICATO DELITO PLURIOFENSIVO

Apelación

Fecha: 15.V-85

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía

Aprobado: Acta No. 44, 15 de Mayo de 1985

Decisión: Revoca

Evaluación normativa: el prevaricato puede asumir las características de delito pluriofensivo.

"Nada impide que la conducta del sujeto activo de ese punible (prevaricato) haya lesionado o puesto en peligro, bienes jurídicos particulares hipótesis en la cual el prevaricato asume entonces las características del delito pluriofensivo.

"El delito de prevaricato por el cual se procede afecta, en principio, un interés jurídico cuyo titular es el estado, a saber: la administración pública. Más, nada impide que la conducta del sujeto activo de ese hecho punible haya también lesionado o puesto en peligro bienes jurídicos particulares, hipótesis en la cual el

prevaricato sume entonces las características de delito pluriofensivo."

Comentarios

Dogmáticamente entendemos el delito de prevaricato como tipo mono-ofensivo. Solo un interés jurídico -la administración pública- es vulnerado con la acción, el respeto al principio de legalidad, la probidad de los servidores públicos y el correcto desarrollo de la actividad estatal. Como lo afirma el anterior criterio jurisprudencial, de respetable autoría, no es necesaria la vulneración de otros derechos o intereses tutelados para la configuración típica de la acción, lo cual no obsta para que el contenido efectual de la acción permita de determinación de esas efectivas o potenciales lesiones, amenazas o atentados. En atención a lo anterior el tipo será siempre mono-ofensivo pero el hecho punible puede adquirir características particulares de pluriofensividad.

TEMA XVI. PREVARICATO. "EL DELITO DE PREVARICATO SE ESTRUCTURA CUANDO SE DEMUESTRA LA ARBITRARIEDAD E INJUSTICIA DE UNA DECISIÓN, PERO NO CUANDO SOLO HAY DISCREPANCIA ENTRE EL FUNCIONARIO ACUSADO Y UNA DE LAS PARTES.

Auto

Fecha: 4-III-86

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts.6o., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: art. 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas

Aprobado: Acta No 17, 4 de Marzo de 1986

Decisión: Confirma decisión

Evaluación normativa: Tipicidad. Discrepancias conceptuales

"El delito de prevaricato se estructura cuando se demuestra la arbitrariedad e injusticia de una decisión, pero no cuando solo hay discrepancia entre el funcionario acusado y una de las partes.

"Se puede concluir de todo lo anterior, que en el caso sub-examine, no existe sino una simple discrepancia conceptual sobre el funcionario acusado y una de las partes, en relación con la

interpretación de las normas que rigen la materia, sin que pueda afirmarse que la Sala se encuentre en presencia de alguna protuberante irregularidad o ilegalidad.

"La conducta imputada al funcionario no concuerda en consecuencia, con ninguno de los tipos penales que describen comportamientos dignos de reproche. Todo lo contrario: los elementos de convicción aportados a estas diligencias, dejan ver, como lo entendió el Tribunal de Cali, que el funcionario acusado no quebranto con su comportamiento las ritualidades, propias del juicio y que ajustó su conducta a claras y precisas normas legales que interpretó con recto criterio.

"El delito de prevaricato imputado al acusado, se estructura cuando el funcionario oficial profiera resolución manifiestamente injusta, en acto arbitrario que no depende de la ley, sino, únicamente del capricho del funcionario. Pero interpretar en forma diferente una norma legal en cuanto a su alcance y contenido, no puede constituir en modo alguno un hecho punible. Como lo ha expresado esta Corporación, para efectos penales el delito de prevaricato es necesario demostrar la arbitrariedad e injusticia de los actos judiciales que no se puedan presumir.

TEMA XVII. PREVARICATO. "NO INCURRE EN PREVARICATO EL FUNCIONARIO QUE CONDICIONA LA EXPEDICIÓN DE UNA ORDEN DE CAPTURA A LA NECESIDAD DE LA INVESTIGACIÓN".

Auto

Fecha: 14-

VIII-85

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 20.y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo

Aprobado: Acta No. 76, 14 de Agosto de 1985

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: Existencia de requisitos legales. Atipicidad.

"El tocante a la no expedición de las respectivas ordenes de captura, no puede incurrir en prevaricato el funcionario que condiciona su expedición a las necesidades que justamente reclama la

investigación entre una orden de prioridades, claramente detallado en el auto comisorio cuyo contenido no resulta incompatible con la conducta que aquí se viene censurando. No puede hablarse de violación del artículo 38 de la ley 2º del 17 de Enero de 1984 sobre la simple base de que el instructor desacató tal ordenamiento del comitente, pues la misma norma hoy derogada por el Decreto 1853 del presente año, disponía la captura únicamente en presencia de dos requisitos, uno de carácter objetivo relativo a la naturaleza del delito contemplado dentro de su taxativa enumeración, y otro de carácter subjetivo, referido al artículo 381 del C. de P. Penal, esto es que la aprehensión del "presunto sindicado" quedaba supeditada, como es obvio a que las pruebas obrantes registraran los antecedentes o circunstancias que permitieran al juez suponer fundadamente, que dicha persona era autora o partícipe de una infracción penal y, en consecuencia, merecedora de ser vinculada a la investigación mediante indagatoria."

Comentario

Si la normatividad especial aplicada por el agente contiene exigencias, requisitos o condiciones para su aplicación, no puede colegirse delito de prevaricato por el simple desacato a un despacho que fija competencia comisorio, pues es racional entender que este se torna imperativo, de obligatorio cumplimiento y por ende generar posible contrariedad manifiesta con el ordenamiento jurídico positivo, solo si en el supuesto fáctico objeto de la diligencia se colman cabalmente las exigencias expresas o tácitas del mencionado contenido preceptivo. Se tratará pues de la presencia de una causal de justificación, que excluye el elemento antijurídico bloqueando el juicio de culpabilidad, que no puede ser otra que el estricto cumplimiento de un deber legal y el legítimo ejercicio de un cargo público.

TEMA XVIII. PREVARICATO. "EL PREVARICATO POR ACCIÓN ES UN DELITO DOLOSO Y REQUIERE, POR CONSIGUIENTE, EN EL AGENTE LA CAPACIDAD DE CONOCER Y DE QUERER SER CONTRARIO A LA LEY.

Revisión
XI-86

Fecha: 11-

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36, 40, 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Dávila Muñoz

Aprobado: Acta No. 109, 11 de Noviembre de 1986

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: la culpabilidad en el delito de prevaricato

"Débase recordar que el prevaricato por acción tiene vigencia cuando el empleado oficial profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley (Art. 149 Código Penal). Se trata, por lo tanto, de un delito doloso, lo que supone capacidad de conocer y de querer en el agente que la resolución o dictamen sea contrario a la ley, en una palabra que la conducta desplegada es ilícita. O como claramente lo enseña el Código de la materia: "La conducta es dolosa cuando la acepta previéndola al menos como posible" (Art. 36).

"Por consiguiente no hay discusión -conforme lo pregonan la defensa, el procesado y el Ministerio Público- que si el agente actúa bajo algunas de las causales previstas en el artículo 40, ibídem, no es culpable precisamente por la falta de dolo. De igual manera si procede por ignorancia excusable.

"Es este punto el que conviene examinar para saber si realmente el comportamiento del procesado es doloso o por el contrario - tal como se alega - ajeno de culpabilidad. Debe insistirse, de una vez, que el hecho punible en su aspecto material no tiene ningún reparo, por encontrarse ampliamente comprobado en el presente caso.

"Convine también, así sea brevemente, memorar que la nueva legislación penal (Decreto 100 de 1980) suprimió algunos ingredientes de carácter subjetivo como la simpatía o animadversión previstos en el prevaricato del Código de 1936. Circunstancia que ha dado pábulo a que incorrectas interpretaciones de la ley o separación de la misma, sean esgrimidas como conductas cobijadas por supuesta buena fe, error o ignorancia del funcionario y por consiguiente exentas de dolo. Pues bien, hay que afirmar que no cualquier pretexto sirve para reconocer inculpabilidad."

TEMA XIX. PREVARICATO. TIPICIDAD

Revisión

Fecha: 11-XI-86

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr Guillermo Dávila Muñoz

Aprobado: 11 de Noviembre de 1986

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: los criterios jurídicos analizados en la configuración del prevaricato.

"Las circunstancias procedimentales que rodearon la emisión de la providencia cuestionada no permiten calificarla de ilegal puesto que se aprecia con claridad que su autora obró de conformidad con el criterio que tenía sobre la interpretación de la disposición que se aplicó. Es indiscutible que pueden surgir otras hipótesis para buscarle solución al mismo problema jurídico, como aquella que con amplitud expuso el Tribunal Superior y que la Sala no comparte. Pero sobre una disparidad de pareceres no se puede dar por comprobado el elemento "manifiestamente ilegal" exigido para la configuración del prevaricato en el artículo 149 del Código Penal en vigencia y menos aun cuando lo manifiesto es aquello que no requiere de muchos análisis ni de razonamientos profundos para su entendimiento.

"Por otra parte forzoso es conceder la razón al Ministerio Público que conceptúa y al apoderado que alega, cuando dicen que no aparece por parte alguna de la providencia examinada la obligada mención del aspecto subjetivo de la conducta que a la procesada se imputa como ilícita. Tal parece, por consecuencia, que se le hubiera deducido una responsabilidad meramente objetiva con evidente desconocimiento de lo previsto en el artículo 5° del Código Penal. Debe agregarse que no existe un solo elemento de juicio que permita deducir que la indagada obró con voluntad y conciencia de transgredir la ley, esto es, con dolo, así en gracia de discusión pudiera considerarse como desacertada su decisión. La reiterada jurisprudencia de la Corte indica la necesidad de comprobar en este delito contra la administración pública la incorrección moral del acusado."

Comentarios

La resolución o el dictamen han de ser "manifiestamente contrarios a la ley". Lo manifiesto es lo ostensible, lo evidente, "que hiere al ojo"; 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 hay 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.

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

Como lo afirma FERREIRA 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 derecho.

Como ya queda claro del estudio de los anteriores criterios jurisprudenciales el elemento típico "manifiestamente ilegal" se une de manera problemática, en el delito de prevaricato con el análisis probatorio de la acción en el juicio de culpabilidad. Aspecto que reiteramos debe ser manejado con sumo cuidado con el ánimo de no dar lugar ni siquiera al peligro de derivaciones objetivas de responsabilidad.

TEMA XX. PREVARICATO. ESTRUCTURACIÓN EN JUICIO DE CULPABILIDAD.

Sentencia de casación

Fecha: 3-

VI-87

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: Acta No. 036, 3 de junio de 1.987

Decisión: No casa

Evaluación normativa: elementos normativos e interpretación sistemática en relación con el delito de prevaricato.

"El actual Código de Procedimiento Penal no regula los trámites o medidas específicas para los procesos que se adelantan por perturbación de la posesión sobre inmuebles, pero ante ese vacío es preciso acudir a las regulaciones civiles y sus procedimientos, sin que ante esa sola razón el juez incurra en delito de prevaricato.

"Con relación al primero de los cargos formulados contra el exjuez por el presunto delito de prevaricato, debe la Sala considerar si el funcionario de instrucción contrarió manifiestamente la ley al prohibir al Instituto de Desarrollo Urbano la celebración de escritura pública sobre el globo de terreno que era materia del proceso penal por perturbación de la posesión sobre inmueble. En relación con ello, sea lo primero destacar que el delito presuntamente configurado, consagrado en el artículo 368 del Código Penal, protege los derechos que sobre un bien raíz tengan sus poseedores, con exclusión de las demás personas que pretendan prerrogativas sobre la misma cosa, tales como el dominio, el usufructo, etc. No se consagró la figura como amparo al dueño del inmueble, sino como garantía de que quien está ejerciendo su poder directamente sobre el bien no será interrumpido violentamente, aún por su dueño, en sus actos de posesión que le reconocen a nivel jurídico, derechos que pueden llegar incluso a la adquisición del mismo a través de la prescripción de dominio.

"Lo cierto es que el juez acusado interpretando la protección penal que se da a la posesión consideró que estaba dentro de sus facultades dar las órdenes correspondientes para evitar su traspaso y reiteradamente ha sostenido la Corte que interpretaciones de la ley así no sean compartidas, no pueden por tal razón convertirse en conductas prevaricadoras.

"Ahora bien, el artículo 762 del Código Civil define la posesión como "la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por persona que la tenga en lugar y a nombre de él"; por su parte, la misma legislación civil consagra prescripciones de amparo a los poseedores, llegando incluso a establecer la posibilidad de que el juez actúe hasta lograr la restitución de la posesión a favor de quien la alega, con prescindencia de los derechos de los terceros, perturbadores, para que estos, si se creen con derecho sobre el inmueble, inicien oportuna y adecuadamente las acciones restitutorias correspondientes. En este sentido, muy claro resulta el artículo 984 del Código Civil, cuando estipula: "Todo el que

violentemente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiera instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses. Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan.

"Quiere decir lo anterior que dentro del proceso penal que por perturbación sobre inmueble se instaure ante un juzgado penal, el funcionario que conozca o instruya el proceso no puede desconocer las claras prescripciones de la legislación vigente, sino que debe acomodar su conducta en todo caso a las normas que amparan los derechos protegidos por la descripción típica. Así las cosas, y siendo que las diferentes ramas del derecho no constituyen conjuntos aislados, sino que todas ellas configuran una unidad inescindible, armónica y sistematizada, el juez penal ha de recurrir a los conceptos y normas de las demás vertientes que no son de su especialidad para aplicarlas en el campo penal en cuanto no sean incompatibles con este especial ordenamiento.

"Cuando el funcionario acusado de cometer prevaricato ordenó al Instituto de Desarrollo Urbano no celebrar escritura de venta sobre el inmueble materia del delito que investigaba, no estaba desarrollando conducta diversa a la de proteger al poseedor en sus derechos, garantizándole de esta forma el ejercicio libre de su poder sobre el bien raíz, sin dirimir situación alguna sobre el dominio del mismo, que corresponde a la jurisdicción civil. El amparo, quizás de no frecuente utilización, debe admitirse, no resulta contrario a las normas legales sino que se erige en desarrollo de éstas.

"Las explicaciones brindadas por el sindicato en este punto son referidas primordialmente a interpretaciones sobre la ley procesal penal que tiene también mecanismos que debe utilizar el funcionario jurisdiccional para evitar que su actuación sea burlada o resulte nula frente a las conductas de los particulares. No debe olvidarse, en este asunto, que la ley penal, y su ordenamiento procesal, están llamados a rendir unos frutos específicos que no se limitan al encarcelamiento de los responsables, sino que va más allá, trasciende a la protección

de los derechos de los ciudadanos, que no otra explicación puede tener la legislación."

Comentario

Múltiples normas penales exigen para su desarrollo la interpretación sistemática del ordenamiento; el principio general ha de ser siempre su logicidad, sostenibilidad jurídica y el propio desarrollo del procedimiento interpretativo. Un hecho ostensiblemente ilegal no se puede esconder tras la nube de aparentes elucubraciones jurídicas sin que estas pasen a ser absurdas e ilógicas. El elemento de ilegalidad manifiesta no admite controversia, posibilidad racional de disquisición diferente, con lo cual se reitera que emerge del cotejo material de normas enmarcado dentro los aspectos cognoscitivo y volitivo de la culpabilidad. De otra parte cuando sea posible tendremos la posibilidad de determinar los motivos o aspecto causal de la acción y sus relaciones finalistas con el fin de realizar la necesaria confrontación del aspecto material objetivo del presente punible y todos los elementos subjetivos inmersos en el juicio de culpabilidad.

TEMA XXI. PREVARICATO. EXCLUSIÓN DEL CONCURSO. ESTRUCTURACIÓN TÍPICA

Auto
87

Fecha: 8-V-

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 26 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: Acta No. 024, 22 de abril de 1.987

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: criterios concursales generales aplicados al delito de prevaricato

.....

"Empero de esta disquisición, el concepto de concurso de delitos no está referido a la infracción de una o varias normas de legislaciones diversas de la penal, sino a la repetida infracción de una o varias disposiciones del ordenamiento punitivo. Aun cuando la providencia que dio base a la denuncia penal pueda contener varias

contradicciones con el ordenamiento civil, todas ellas no representan más que una sola conducta penalmente relevante porque la contradicción manifiesta de la resolución con la ley en este caso se reputa única porque lo incorrecto o contradictorio no fue el haber señalado los vicios de que adolecía la demanda, sino el haber rechazado la misma para su corrección. Siendo ello así debe concluirse que el contenido íntegro de la providencia de fecha 24 de septiembre de mil novecientos ochenta y cuatro (1984) puede llegar a configurar una sola infracción a la ley penal, un solo delito de prevaricato, y por lo tanto no podría predicarse concurso delictual más que entre el contenido mismo de la resolución y la inobservancia de las disposiciones procedimentales que regulan la temporalidad del recurso que se desató con aquella decisión.

"No puede la Sala Penal adentrarse en las funciones que como máximo Tribunal corresponden a la Sala Civil de la Corte. Es a ella a quien corresponde la unificación de la jurisprudencia civil y el velar por la correcta aplicación de las normas de tal carácter. Lo que sí resulta claro, sin embargo es que la interpretación que el acusado ... dio a las normas procesales consultadas para resolver la cuestión, no se presentaron en abierta contradicción con el texto de ellas. Es innegable que la sola presentación del escrito de recusación suspende automáticamente los términos, y así lo entendió el acusado. Su reanudación, por no estar específicamente reglada en la legislación civil para los casos de impedimentos y recusaciones, bien puede entenderse como de necesaria declaración por parte del funcionario a quien corresponde en definitiva avocar el conocimiento del proceso. Y ello es así, porque resulta absurdo pensar que, tratándose de un incidente de recusación o una manifestación de impedimento, los términos procesales puedan seguir corriendo para las partes sin haberse determinado de antemano ante qué funcionario deben dirigir sus peticiones. Desde el planteamiento de la recusación, hasta la determinación definitiva de la competencia, carece el proceso de autoridad jurisdiccional que lo gobierne, y éste solamente se especifica con claridad cuando el juez a quien se ha enviado el proceso se pronuncia sobre la admisión o no del impedimento o la recusación.

"Para terminar esta controversia, baste señalar cómo esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido de que las interpretaciones lógicas y coherentes de la ley no constituyen por sí mismas delito de prevaricato, porque para la estructuración de esta figura es indispensable que la decisión del funcionario sea

manifiestamente contraria a derecho, esto es, que vulnere los principios de hermenéutica jurídica, y estén dirigidos a lesionar el interés jurídico de la administración de justicia."

TEMA XXII. ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. DIFERENCIAS. CONCURSO APARENTE DE TIPOS. PUNIBILIDAD CONCURSAL.

Consulta

Fecha: 9-IX-86

Fuente formal: arts. 149, 150 y 152 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 152 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas

Aprobado: Acta No. 89, 9 de septiembre de 1.986

Decisión: declara nulidad

Evaluación normativa: Abuso de autoridad y prevaricato. Diferencias en el proceso de adecuación típica

"La conducta abusiva del funcionario que profiere resolución o dictamen manifiestamente ilegales, se subsume dentro del tipo de prevaricato y no en el abuso de autoridad.

".. que el exjuez acusado, plenamente consciente de que el procesado ... se encontraba a órdenes de otro funcionario judicial y que tenía ya definida su situación jurídica mediante llamamiento a juicio, que se encontraba ejecutoriado, sin embargo, sin escuchar concepto de su colaborador fiscal, dispuso la libertad provisional del detenido aduciendo falsamente el vencimiento del término legal sin haberse calificado el mérito legal del sumario, por lo cual profirió resolución manifiestamente contraria a las normas procedimentales que establecen el trámite y los requisitos para el otorgamiento de dicho beneficio. Se profirió en consecuencia, una decisión judicial en ostensible contradicción con las normas legales que rigen la materia.

"Existe abuso de autoridad, cuando el empleado oficial realiza un acto arbitrario o injusto con ocasión de su cargo o excediéndose en el ejercicio de sus funciones, lesionando con su actitud el prestigio y el buen nombre de la administración pública.

"Pero, cuando la conducta abusiva, o sea el acto arbitrario o injusto se realiza profiriendo el funcionario resolución o dictamen manifiestamente ilegales, el comportamiento se subsume dentro de un tipo penal de mayor entidad como lo es el delito de prevaricato

que tutela como bien jurídico la rectitud y probidad de las resoluciones y dictámenes oficiales.

"Se trata de un simple concurso aparente de tipos, donde el hecho imputado al funcionario parece encuadrarse simultáneamente en dos tipos penales. Este conflicto se desata en el caso subjudice, por voluntad de la misma ley, aplicando el principio de la subsidiariedad, porque de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 152 del Código Penal que tipifica el abuso de autoridad, dicho precepto es sólo aplicable a aquellas actuaciones abusivas que no estén específicamente previstas como delito en otros preceptos. Como el hecho que se examina está contemplado especialmente como prevaricato por acción, en el artículo 159 del Código Penal, dicha disposición se aplica de preferencia.

"Ningún reparo merece a la Sala la dosificación de la pena impuesta al responsable por el concurso de hechos punibles juzgados en este proceso, en consonancia con las normas sustantivas del nuevo Código Penal, aplicables al caso por razones de favorabilidad, pues partiendo del mínimo de pena fijado para el delito más grave que es el de peculado, abstractamente considerado (de dos a diez años de prisión y multa de un mil a un millón de pesos), disminuido por el reintegro total de lo indebidamente apropiado en ambos delitos (Fl. 193 v.), dicho mínimo (un año de prisión y multa de un mil pesos) fue incrementado en otro tanto por razón de la acumulación de los demás delitos reprimidos con pena privativa de la libertad (peculado y concusión) (Arts. 133 y 26 del C.P.) para la imposición en definitiva, de una pena de dos años de prisión y multa de dos mil pesos, la que no resultaría afectada con la exclusión del delito erróneamente calificado."

Comentarios

El abuso de autoridad es tipo subsidiario en razón a que múltiples delitos contra la administración pública y de justicia implican su elemento esencial cual es el abuso de la función por parte del agente, por tal motivo solo se incrimina si la acción no perfecciona otro delito autónomo. Así por ejemplo, el peculado, la concusión, el cohecho y el prevaricato no son más que abusos de autoridad caracterizados en forma especial por su resultado, por especiales cualificaciones de la conducta o por la relevancia que tiene la afectación al bien jurídico según criterio del legislador. Por tanto la mencionada descripción solo se aplicará cuando el agente no haya

alcanzado a perfeccionar hecho punible diverso como puede ser cualquier modalidad de peculado (arts. 133 y ss. C.P.) o cohecho (arts. 141 y 142 C.P.) infracciones que siempre entrañarán injusticia y arbitrariedad.

Acto arbitrario es aquel que no se ajusta a la ley, que no tiene fundamento en el ordenamiento jurídico, que desconoce el principio de legalidad en los aspectos sustancial o formal, y que es fruto de caprichosa e ilegítima discrecionalidad del agente. Además del elemento ilegalidad, el acto arbitrario exige manifestación desbordada de poder en la traza fáctica de la acción.

El concepto de acto injusto exige innecesariamente una valoración extranormativa: el acto ha de ser contrario a la equidad. Esta exigencia choca con el principio de legalidad imperante en nuestro sistema jurídico, ya que puede haber actos legales que son injustos en su valoración filosófica o ética, y respecto de los cuales es imposible incriminar la conducta de su autor. De esta forma la injusticia del acto ha de ser conjuntiva con su ilegalidad.

Se afirma que los actos arbitrarios se oponen al derecho, pero la arbitrariedad solo se predica de aquellos impuestos por quien dispone de la fuerza. De otra parte también es elemento normativo del tipo de abuso de autoridad subsidiario y general la exigencia de que la acción se realice con ocasión de las funciones del sujeto-agente o por exceso en el ejercicio de las mismas. Sin duda el marco de referencia para predicar la arbitrariedad o injusticia debe ser el ordenamiento jurídico en el que se debe desenvolver su actuación; estos dos conceptos o expresiones no pueden referenciarse valores diferentes a los imperativos legales que rigen y sujetan el proceder de la administración y sus agentes.

TEMA XXIII. PREVARICATO COMETIDO AL RESOLVER LA SITUACIÓN DEL INDAGADO

Sentencia

Fecha: 22-II-89

Fuente formal: arts. 149, 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 152 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Expediente: 3168

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: Tipicidad. Confrontación acto norma violada manifiestamente.

"Para afirmar la existencia de una conducta prevaricadora la confrontación de la decisión con la norma a la que contradice manifiestamente, no puede circunscribirse en este caso a la existente al momento, sobre las excarcelaciones en relación con los delitos culposos cometidos en estado de embriaguez o por falta de idoneidad en la conducción de vehículos automotores, sino que en este caso la conducta prevaricadora surge de hacer la confrontación de la decisión cuestionada, con las normas que regulan lo relativo a la detención y de los términos concedidos al funcionario jurisdiccional para tomar las medidas que las circunstancias y las pruebas procesales aconsejen, porque como ya se afirmó con anterioridad el término mínimo para resolver la situación jurídica del indagado debe ser inmediatamente se termina la diligencia de descargos, si las pruebas demuestran la imposibilidad legal de decretar una medida privativa de la libertad, pero el término máximo puede ser utilizado en sus integridad para aclarar los puntos oscuros existentes en el proceso y es exactamente la situación que surge del caso bajo análisis, porque la prueba pericial ya se había practicado y solo se imponía esperar sus resultados.

"Además de lo anterior debe aclararse que la prueba máxima de idoneidad en el manejo de cualquier automotor es la licencia de conducción que se expide luego de exámenes sobre las capacidades físicas del aspirante y de un examen sobre su habilidad para conducir vehículos y a pesar de ello, quien incurre en delincuencia culposa puede ser perfectamente sometido a dictámenes periciales para demostrar su verdadera habilidad; pero la situación es diferente para quien no posee dicha licencia, pues en principio ello está demostrando su falta de idoneidad para el ejercicio de dicho oficio y tendría que ser quien en tal estado se encuentre, quien debe demostrar que a pesar de la ausencia de licencia, sí es apto en la conducción de automotores. De tal manera que como estaba la situación en el momento de decidir sobre la excarcelación del sindicado, ésta ha debido ser negada si existía tanta prontitud para resolver la situación jurídica y sin embargo a pesar de ello, la Sala considera que lo prudente era haber esperado el resultado del dictamen de los legistas, que finalmente llegó al otro día, puesto que tenía a su disposición todo el término para la resolución.

"Este apresuramiento que se remarcó y enfatizó en el auto de formulación de cargos, es demostrativo de una conducta culpable, puesto que se ve en este proceder el ánimo de favorecer a la persona sometida a proceso y la manifiesta contradicción de la decisión con la norma legal es nítida, de la confrontación con las normas procesales que regulan la conducta del juez, en cuanto a la captura y solución de la situación jurídica de los indagados."

TEMA XXIV. PREVARICATO. CONDENA DE EJECUCION CONDICIONAL. DEBERES ESPECIALES DE LOS JUECES EN RELACIÓN CON LA GUARDA DEL ORDEN JURÍDICO.

Sentencia

Fecha: 24-X-

91

Fuente formal: arts. 149, 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 68 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Ricardo Calvete Rangel

Aprobado: Acta 77, 23 de Octubre de 1991

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: Prevaricación judicial. Deberes especiales del juez.

"El Juez tiene un grado más alto de responsabilidades que le son propias y por ello un delito suyo en el momento de decidir, es un hecho tan grave que conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario.

"En el artículo 149 del Código Penal que describe el delito de prevaricato por acción tipifica la conducta del empleado oficial que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley.

"El exfuncionario investigado, apartándose de la misión que se le había impuesto por disposición legal, produjo un acto positivo, consistente en proferir la resolución examinada, a sabiendas de su expresa y manifiesta contrariedad con la ley, argumentando entre otras cosas, que no existía certeza de que la sustancia sea cocaína, ya que el resultado de Medicina Legal no había llegado entonces; que el acta levantada para cuando se produjo la incautación, toma de muestras y destrucción del sobrante, adelantada y suscrita por él mismo entre otros, es inexistente por levantarse y practicarse la inspección judicial, sin el lleno de los requisitos legales, como por

ejemplo, no haberse puesto la sustancia a disposición de los capturados para que ellos mismos la reconocieran como lo ordena el Estatuto Nacional de Estupefacientes. Luego de insinuar la posibilidad de nulidad por incompetencia, decide abstenerse de decretar la detención preventiva de los capturados, ordenar su libertad con presentaciones cada veinte días ante su Despacho o al funcionario del conocimiento.

"La Corte, comparte el criterio del juzgador de primera instancia, así como del Procurador Delegado, en el sentido de que conforme a la gravedad de la imputación y a las circunstancias de su comisión, deviene lógicamente la negativa a conceder el subrogado de la condena de ejecución condicional (art. 68 del C. P.), teniendo en cuenta que en casos como el investigado, el atentado contra la Administración Pública y de Justicia es evidente. No se trata como lo sugiere la defensa de "refundir" las consecuencias del delito de narcotráfico con las del prevaricato sino que como bien lo señala el Colaborador Fiscal, resulta ostensible que la gravedad que reviste el delito en comento en el grupo social, unido al sentido que tiene el que un Juez de la República, cuyo deber está en orden a la represión de hechos tan graves como el definido atrás, implican su negación. El juez tiene un grado más alto de responsabilidades que le son propias, y por ello un delito suyo en el momento de decidir, es un hecho tan grave que conlleva la necesidad de un tratamiento penitenciario que restablezca en parte la confianza destruida por el acto prevaricador de que se trata.

"Al respecto, en pretérita ocasión, la Sala precisó para los efectos que nos ocupan, la trascendencia que para la justicia tiene la comisión de delitos por parte de los Jueces, y así lo dijo en la decisión del 17 de febrero de 1981:

"Si bien todos los delitos contra la Administración Pública tienen como característica común constituir la violación de deberes impuestos por el Estado a determinadas personas llamadas funcionarios públicos o empleados oficiales, no todos esos ilícitos muestran, en la práctica, igual gravedad ya que unos la tienen mayor que otros".

"En efecto, no sólo existen deberes más poderosos y funciones más delicadas, en unos empleados oficiales que en otros, en forma que algunos han sido revestidos de mayor dignidad que otros, o de más autoridad, o tienen más dilatada y profunda influencia en las

relaciones oficiales, sino que, aún considerando empleados de la misma categoría pueden presentarse casos en que los intereses comprometidos en la función sean de mayor importancia que en otras circunstancias o que los encargados al manejo de otros empleados".

"Tal es lo que sucede con los atinentes a la justicia. Es este sin duda alguna, uno de los pilares de la vida social sobre todo en las épocas de crisis cuando se está perdiendo la fe en los valores seculares".

"Entonces el juez debe mostrarse como el incommovible guardián de los mismos, digno por ello, de la confianza de todos".

En el implacable viento de escepticismo que arremete contra todo el orden jurídico y que derrumba junto con las instituciones, los principios en que se apoya la vida social, dice un autor, ¿qué otra cosa es el Juez que el guardián de esos principios a punto de extinguirse y de perder su fuerza para conmover sus corazones? (Franco Antonio Cusimano, II problema de la Giustizia del Raporto Procesuale)".

"Esto hace que a quienes violan de modo tan grave esos deberes haya que sancionarlos con mayor rigor que a los que, en otros cargos de la Administración Pública (entendida en sentido lato) pero que no están en esas posiciones claves, faltan a los deberes propios de su cargo".

TEMA XXV. PREVARICATO. EFECTOS FRENTE A LAS ACCIONES CIVILES DE REPARACIÓN DEL PERJUICIO. CONTENIDOS EVENTUALES.

Sentencia

Fecha: 4-XII-91

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: art. 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz

Aprobado: Acta No. 91, 4 de Diciembre de 1991

Decisión: Modifica

Evaluación normativa: "No es jurídico confundir o identificar los perjuicios derivados de un prevaricato, con los causados con el hecho punible dentro de cuyo procesamiento se produjo la decisión manifiestamente ilegal.

.....

"En verdad, salta a la vista que siendo condenado el Juez por haber emitido un auto manifiestamente ilegal, consistente en cesar procedimiento en el sumario por homicidio, no se podía condenar a pagar los perjuicios derivados de ese delito contra la vida, pues en este aspecto patrimonial que accede a la sentencia penal de condena, se hizo tomar al funcionario condenado el lugar del procesado por el delito de homicidio, obligándolo así a responder por un hecho ajeno, que él no cometió ni estaba obligado a reparar, con clara violación de lo dispuesto por el artículo 38 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual únicamente están obligados a resarcir los perjuicios causados por el hecho punible, "los penalmente responsables en forma solidaria, y quienes de acuerdo con la ley están obligados a reparar" (subrayas de la Sala). Sólo a estos últimos es posible exigirles, por los damnificados con el delito contra la vida, la completa indemnización de perjuicios, para lo cual, como lo destaca el Ministro Público, bien puede acudir a la justicia por la vía civil (art. 55 del C. de P. P.).

"Es claro, pues, que no es jurídico confundir o identificar los perjuicios derivados de un prevaricato, con los causados por el hecho punible dentro de cuyo procesamiento se produjo la decisión manifiestamente ilegal, que trajo como consecuencia el entorpecimiento de la acción civil que dentro de éste se desarrollaba.

"No quiere decir lo anterior que le valor de la acción que resultó dificultada o impedida en virtud del acto prevaricador, no tenga ninguna incidencia al momento de tasar el monto de los perjuicios causados con el prevaricato, pero para ello es preciso tener en cuenta algunos aspectos, entre los cuales destacará la Sala los siguientes:

"En primer término es necesario considerar el grado de viabilidad jurídica de la acción afectada por el prevaricato, pues obviamente que no es lo mismo cuando se trata de una acción ya judicialmente reconocida y contra la cual no cabe ninguna oposición, que cuando por medio de ella se reclama un derecho litigioso.

"La incidencia del valor de la acción afectada con el prevaricato en la determinación de los perjuicios causados por éste, dependerá de la mayor o menor posibilidad jurídica que tenga la acción para su reconocimiento o exigencia.

"Es también indispensable para resolver el problema en comento, concretar en qué grado la acción resultó afectada por la decisión prevaricadora, pues ésta puede apenas dilatar o dificultar un poco su ejercicio, cuando se niega una medida cautelar, que luego puede hacerse efectiva como consecuencia de la revocatoria que en segunda instancia se hace de la resolución prevaricadora, o puede llegar al extremo de hacerlo absolutamente nugatoria o imposible de continuarla ejerciendo o de exigir su cumplimiento, independientemente de que la acción afectada se pretenda la exigencia de una obligación cierta o el simple reconocimiento de un derecho litigioso.

"De lo expuesto, se deduce con claridad que ninguno de los factores explicados puede tenerse en cuenta aisladamente para resolver la incidencia del valor de la acción afectada por el prevaricato, en la determinación de la cuantía de los perjuicios acusados por éste. Sólo determinando el grado de cada uno de ellos y relacionándolos entre sí, resulta posible llegar a una solución justa."

Comentarios

El contenido efectual del delito de prevaricato desborda su simple configuración típica. Puede determinar la presencia de otras infracciones atentatorias contra bienes jurídicos diversos y aun contra la propia administración pública. Sin duda puede generar perjuicios de naturaleza civil y carácter indemnizatorio como es el caso de que la resolución manifiestamente ilegal obstruya el resarcimiento de perjuicios generados con la infracción ventilada dentro del proceso el cual se realizó la acción de prevaricación; estamos en el marco de los efectos potenciales, no pertenecientes a la estructuración natural del punible, pero de contingente surgimiento.

TEMA XXVI. PREVARICATO

Sentencia

Fecha: 18-IX-91

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velázquez

Aprobado: 18 de septiembre 1991

Decisión: Confirma sentencia

Evaluación normativa: "La Corte no está en la obligación de señalar cuál de los encontrados puntos de vista en derecho es el que consulta la mejor doctrina o el que de manera más valiosa ausculta la realidad procesal."

"Sería pues ésta una tercera interpretación de los hechos que, por contrario modo a lo sostenido por el Tribunal y la Delegada, tolera llegar a la consideración de la existencia de estafa, así este delito se estructure sobre supuestos en rigor no exactos a aquellos en que lo edificaron los Jueces acusados. Disparidad de criterios, desde luego; enfoques diversos de un mismo asunto, obvio; pero en manera alguna y en ninguna de las tesis expuestas, inferencia de la que, por la misma, puede desprenderse ilícito de prevaricato, pues no cabe oportunidad de predicar contrariedad manifiesta con la ley.

"Recuérdese que en eventos como el presente, la Corte no está en la Obligación de señalar cuál de los encontrados puntos de vista en derecho es el que consulta la mejor doctrina o el que de manera más valiosa ausculta la realidad procesal, sino que le basta con precisar si la determinación de la que se desprende la conclusión prevaricadora es o no manifiestamente contraria a la ley u ostensiblemente opuesta a lo fáctico del proceso. Y por lo visto, quedó claro que cuando los Jueces acusados arribaron a la estafa, lo así colegido tiene asidero en la normatividad jurídica y en lo objetivo del proceso, esto es, que le son ajenos predicamentos de arbitrariedad o injusticia.

"Sin embargo de ser la inferencia de inexistencia del delito de estafa, la más desfavorable para los Jueces acusados, para el Tribunal ello no comportó que pudiera desprenderseles prevaricato, cuando condenaron por el mismo. Veamos ahora como analiza la Delegada este aspecto del asunto. Así, pues:

"... la prevaricación -artículo. 149 del C.P.- es una figura de sentido final esencialmente, en donde se requiere que el funcionario exprese en la provincia contrataría a la ley su sentido de contrariar el derecho sabiendo por él. La redacción del tipo penal así lo muestra al decir que se debe proferir resolución o dictamen 'manifiestamente contrarios a la ley', de donde se infiere que si la contradicción del derecho es manifiesta u ostensible, ello significará que el autor voluntariamente se aparte de la ley para romper su buen sentido y hermenéutica, o mejor que subjetivamente se manifiesta en el acto funcional contra la ley conocida. Por esa razón el prevaricato siempre ha requerido un elemento subjetivo especial (antes llamado

'*dolo específico*')...porque su sentido de injusto sólo es entendible si se acepta en él un desvalor de la acción que refleje un voluntario ataque a la corrección de la administración pública. Si no, si apenas se trata de un error, o de una interpretación equivocada, o ignorancia del funcionario, se tendrá una divergencia con la ley, pero no una voluntad personal del empleado de contrariar la ley. Más podría decirse, el error, la interpretación equivocada y la ignorancia hacen parte como aspectos negativos necesarios de la función oficial y judicial en cuanto son parte del proceso de racionalización que es propio de la aplicación de la ley.

"Los Jueces involucrados en este proceso hicieron una interpretación, en sentir de la Delegada, incorrecta del caso, pero para lo cual tenían bases fácticas suficientes como que atendieron al resultado del perjuicio patrimonial y a la existencia de un defecto en la cosa vendida que lo produjo, con lo que se llegó al criterio de la estafa como delito, que técnicamente no se produjo. Sin embargo, ello es frecuente en la praxis judicial colombiana, y en muchos casos por carencia de precisión dogmática y sistemática, se viene a dar en la estafa en casos en donde no existe el error inducido, sino apenas el daño patrimonial a consecuencia de un acto de la naturaleza del examinado.

"... Es cierta la disparidad entre el Juez y el acusador sobre el aspecto fáctico y jurídico, pero por esa contrariedad no cabe imputarle prevaricato a la denunciada, porque aparece en el proceso que la funcionaria ha decidido previo un examen lógico del material probatorio y eso no se puede calificar como contrario a la ley.

"... La última frase de la providencia (del doctor ...) que se transcribe muestra que faltó cuidado en la lectura del proceso (y ni siquiera ello) pues la frase que se transcribió antes indica que la compradora sí fue advertida del problema del terreno para la construcción; pero ciertamente que aún la negligencia en el estudio de la prueba y la situación fáctica o la inferencia extraída de los elementos fácticos con error o desvío, son parte no reprochable de la función de aplicar la ley, que no son delito en cuanto no revelan una voluntad contra derecho del funcionario. Aquí se advierte una imprecisión y descuido en el estudio de la prueba y en la inferencia racional que de ella puede hacerse, pero ciertamente que ello es parte del quehacer de juzgar, que no revela un 'menosprecio por el derecho sino apenas un descuido o un error de apreciación en manera alguna punibles".

"Queda, pues, claro que ni siquiera en el peor de los eventos es dable desprender prevaricato por las determinaciones asumidas por los Jueces acusados, ya que como lo ha sostenido esta Corporación contiene él un ingrediente normativo cuya ausencia comporta irremediablemente una circunstancia de atipicidad."

Comentario

La contradicción ostensible con la realidad probatoria del proceso o procedimiento del caso, está también incluida dentro de la expresión "manifiestamente ilegal", pues la recta valoración probatoria, la toma de decisiones con base estricta en los hechos demostrados en él, forma parte del principio de legalidad y en nuestro ordenamiento adquiere la categoría de imperativo normativo. Los mismos principios aplicables en materia de cotejo material de normas, deben aplicarse para la confrontación entre el acto prevaricador y el acervo probatorio que le debe servir de soporte; cualquier posibilidad de intelección lógica en dicha acción excluye la tipicidad de la acción, según el anterior criterio jurisprudencial; pero según algunos otros pronunciamientos ya señalados, puede revelar, pese a la tipicidad de la acción -violación ostensible del ordenamiento positivo y sus consecuentes efectos intrínsecos- el aspecto cognoscitivo y volitivo del dolo exigido o excluirlo estructurando una causal de exculpación.

TEMA XXVII. PREVARICATO. ESTRUCTURACIÓN TÍPICA Y VALORACIONES EN JUICIO DE CULPABILIDAD

Sentencia

Fecha: 22-XI-89

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Rodolfo Mantilla Jácome

Aprobado: Acta No. 71, noviembre 21 de 1989

Decisión: Confirma providencia recurrida

Evaluación normativa: "La simple discordancia de interpretación de una norma no configura *per se* conducta delictiva."

.....

"Así las cosas, ni el elemento manifiestamente contrario a la ley, ni menos aun la intención de asumir posiciones injustas o perjudiciales para las partes involucradas en el proceso sucesoral, se vislumbran en el comportamiento de los funcionarios vinculados a esta investigación, por manera que no puede reclamárseles reproche penal alguno, como lo estimó el a quo y lo predica el colaborador fiscal, en la decisión que se revisa, por lo que la Sala le impartirá confirmación.

"Se precisa recordar que esta Corporación en numerosas ocasiones se ha referido con suficiencia a los elementos que estructuran el tipo penal de que se acusa a los funcionarios y ha puntualizado que la simple discordancia de interpretación de una norma no configura *per se* conducta delictiva, siempre y cuando ella se ajuste a los principios generales del derecho y a las pruebas sometidas a consideración del funcionario, como se señaló, entre otras, en la decisión del 7 de mayo de 1986 con ponencia del honorable magistrado Edgar Saavedra Rojas, así:

"El artículo 149 del Código Penal define el delito de prevaricato por acción como la conducta del funcionario público que profiere resolución manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que en las decisiones de los funcionarios públicos se deben observar plenamente las prescripciones pertinentes, sin que les sea permitido apartarse caprichosamente de los límites fijados por la legislación, lo que no implica que se esté impidiendo al funcionario la posibilidad de interpretar las normas de acuerdo con los principios generales del derecho y con las pruebas sometidas a su estudio.

"Tradicionalmente ha sostenido la Corte que la simple discordancia de interpretación de una norma, entre el funcionario acusado y su acusador, no puede constituirse en conducta delictiva. No obstante si tal interpretación es hecha por el funcionario con desconocimiento de los preceptos que la rigen, su conducta puede adecuarse al tipo de prevaricato".

"Conforme lo anterior y el recuento de la actuación de los funcionarios vinculados, se determina que en sus decisiones no se omitieron consideraciones de índole legal y que ellas se ajustaron, no solamente a las interpretaciones reconocidas por la jurisprudencia y la doctrina, sino a las pruebas contenidas en el proceso mismo."

TEMA XXVIII. PREVARICATO. DISCORDANCIA DE CRITERIOS ENTRE FUNCIONARIOS

Sentencia

Fecha: 23-VII-86

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz

Aprobado: Acta No. 74, 23 de julio de 1986

Decisión: confirma decisión impugnada

Evaluación normativa: "La discrepancia de criterios entre funcionarios, así existiere entre ellos una relación de jerarquía sobre asuntos eminentemente controvertibles, no configura abuso de autoridad ni prevaricato."

.....

"Si se leen las dos denuncias presentadas por el señor en contra de la doctora, se aprecia que se refieren exactamente a los mismos hechos. La única diferencia, es que para formular la última dispuso de una sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que declaró la nulidad de la resolución sancionatoria proferida por la funcionaria acusada, pero en la cual, como es apenas obvio, no se analizó el proceder de la doctora por su aspecto penal, sino apenas la resolución desde el punto de vista del derecho administrativo.

"La simple discrepancia de criterios entre funcionarios, así existiera entre ellos una relación de jerarquía sobre asuntos eminentemente controvertibles, no puede jamás, por sí sola, dar lugar a la configuración de un abuso de autoridad ni mucho menos de un prevaricato. Las normas jurídicas, por ser redactadas con criterio de generalidad tienen necesariamente que ser aplicadas al caso particular, labor que ciertamente no es fácil y que a menudo conduce a resultados distintos a los diferentes intérpretes. Esto es normal que así suceda frente a la independencia de que gozan los juzgadores al interpretar la ley.

"La conducta de la doctora, que ahora se denuncia, ya había sido objeto de estudio por parte de l Tribunal y de esta Sala , sin que se hubiera hallado nada ilícito en la misma; por ello se confirmó el auto inhibitorio proferido por el Tribunal.

"Una decisión del Contencioso Administrativo, no puede en manera alguna implicar un cambio en la decisión tomada por la Corte, pues esta actuación no es imputable a la funcionaria denunciada, ni significa cosa distinta de una interpretación diferente, que no tiene por que afectar el juicio ya emitido por esta corporación.

"Es verdad que el auto inhibitorio no hace tránsito a cosa juzgada, pero también lo es que no se justifica un nuevo examen y una nueva valoración de la conducta, si no aparece ningún elemento nuevo, de trascendencia en la valoración del asunto, que haga aconsejable la revisión de éste."

TEMA XXIX. PREVARICATO. ELEMENTO OBJETIVO Y SUBJETIVO. SI FALTA EL ELEMENTO SUBJETIVO, SE DESINTEGRA LA FIGURA DELICTIVA.

Sentencia

Fecha: 17-

VIII-82

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Darío Velásquez Gaviria

Aprobado: 17 de Agosto de 1982

Decisión: confirma decisión impugnada

Evaluación normativa: Elemento objetivo y subjetivo. Si falta el elemento subjetivo se desintegra la figura delictiva.

.....

"En efecto, el juez no podía tomar la decisión que adoptó y que se tradujo, así él lo entendiera de otra forma, en una variación sustancial en cuanto a uno de los aspectos del cumplimiento del fallo, concretamente el relacionado con el precio que la parte actora debía devolver a la parte demandada, como consecuencia de la resolución del contrato de compraventa y consiguiente restitución de las cosas a su estado anterior.

"Se estaba en presencia de una decisión ejecutoria, emanada de autoridad superior, encomendada al juez procesado única y exclusivamente para su cumplimiento, y determinada no solamente por la naturaleza de la presentación, o sea la restitución del precio, sino por la indicación exacta de su monto, esto es, \$4.391.628.00,

decisión que, por lo demás, ostentaba el sello de la ejecutoriedad y por lo mismo su intangibilidad y entrañaba su obligatoriedad.

"Aparte de eso, el tema de la actualización del precio no fue discutido en las instancias y aunque figuró en la categoría de motivo de impugnación del fallo (Fl. 25 del cuaderno de la Corte). El Tribunal, al abstenerse de conocer del recurso de apelación interpuso contra el auto dictado por el Juez Quince Civil del Circuito de Bogotá y mantenido en su vigor por el Juez Dieciséis al no reponerlo, indicó que la improcedencia del recurso obedecía a que la condenación hecha en la sentencia había sido en concreto y que, por tanto, no era susceptible de liquidación (Fls. 48 y Vto. y 55 y Vto. ibídem).

"En esas condiciones el fallo era intocable y el juez debió haberlo ejecutado de acuerdo con sus términos, sin entrar a interpretarlo.

"Es que por esta vía fácilmente se llega al desconocimiento de la voluntad del sentenciador y se pone en peligro la seguridad de las decisiones judiciales, la cual es consecuencia de la intangibilidad de la cosa juzgada y garantía de los derechos ciudadanos y por lo mismo de la armonía entre las personas en sus relaciones jurídicas.

.....

"No ocurre otro tanto desde el punto de vista del aspecto subjetivo del delito, pues los elementos de prueba existentes, valorados en su conjunto, permiten aceptar que el juez acusado obró de buena fe cuando procedió a ordenar que fuera actualizado en su valor el precio entonces desvalorizado por el transcurso del tiempo y por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda. En otros términos, no lo hizo con clara conciencia de que violaba la ley y producía una resolución manifiestamente contraria a ésta, sino que creyó más bien que la aplicaba correctamente al interpretar ese punto de la sentencia. Según su personal apreciación, no estaba reajustando el precio, sino actualizándolo de acuerdo con el poder adquisitivo de la unidad monetaria en ese momento.

"Conviene recordar que, aunque con una tardanza que puede encontrar explicación en el hecho de que no se trataba del cumplimiento de una obligación simple y llana, sino con la implicación de la entrega de un extenso globo de terreno que exigía seguramente contar con las disponibilidades de tiempo del despacho

frente a otras diligencias por cumplir, además del volumen de trabajo del juzgado, el juez dictó el auto de acatamiento a lo ordenado por el superior y fue dando todos los pasos conducentes a su cabal cumplimiento.

.....

"Cuando se tomó la decisión de suspender el envío de los oficios sobre cancelaciones a la Oficina de Registro y a la Notaría y dejar sin valor la fecha señalada para la entrega del inmueble, no lo hizo el juez por iniciativa propia sino porque así se lo solicitó el apoderado de la parte demandada, a fin de que se condicionara la entrega del bien primero a la consignación del precio y luego a su actualización.

"En presencia de la última solicitud, la cual introducía un tema nuevo y que requería estudio, tardó ciertamente cerca de cinco meses para adoptar la decisión, pero los mismos planteamientos que desde sus respectivas posiciones le presentaron los apoderados de las partes, indican que no eran de fácil solución, además de que ese negocio no era el único que cursara en el despacho como se deduce por el flujo continuo de expedientes que quedó consignado en la diligencia de inspección judicial a que antes se aludió.

"Ese propósito de cumplir lo resuelto en la sentencia dentro de los límites de tiempo que el otro trabajo judicial permitía dedicarle a éste, y el no haber procedido inmediatamente ni por propia iniciativa a adoptar la decisión de la actualización del precio, además de su buena conducta según los declarantes (Fls. 257, 258, 275 del cuaderno principal), permiten aceptar sus explicaciones de haber procedido de buena fe, entendiendo que, por tratarse de la resolución de un contrato y de los efectos que ésta produce, el precio debía ser devuelto, pero en su valor actual, así como la otra parte recibía el inmueble con sus mejoras de toda especie.

"No puede echarse de menos que, como consecuencia de la resolución del contrato la parte perdedora, además de la devolución del inmueble quedó también condenada al pago de perjuicios *in genere*, y, por supuesto, de las costas en ambas instancias, o lo que es lo mismo, que en esa forma recibía ya la sanción de su incumplimiento, sin que éste tuviera que acarrearle también la sensible disminución del valor real del dinero que le era devuelto.

"Todas esas circunstancias que seguramente tuvo de presente el juez, unidas a los pronunciamientos jurisprudenciales que le fueron invocados por la parte demandada y que, aunque se referían a dinerarias, de todas formas trataban e introducían el tema, lo llevaron al convencimiento, errado desde luego, que podía interpretar la voluntad del fallador como que el precio que se ordenaba devolver no era exactamente ese número de unidades monetarias que en el fallo se fijaba, sino convertidas a su valor real actual."

Comentarios

El concepto de buena fe es ambivalente y de clara raigambre subjetivista, que no tiene definición estrictamente normativa en sentido penal, por lo cual consideramos que debe ser excluido de los análisis estrictos que exige la disciplina, en procedimientos de interpretación y aplicación preceptiva. Evitando discutir sobre asuntos que escapan a nuestra medida racional, podemos aceptar que un tal concepto -mala o buena fe- podría estar inmerso en todo género de hechos típicos; pero no puede ser definido, valorado, sopesado sino a la luz de los principios generales y particulares consagrados de manera inequívoca en el ordenamiento penal. El problema es de culpabilidad si de determinar responsabilidad penal en un acto de hombre que objetiviza o patentiza la actividad sicofísica del agente conduciendo a inculpación o exculpación consecuente.

TEMA XXX. PREVARICATO. ACCIÓN DISCIPLINARIA

Auto

Fecha: 14-VIII-91

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 36, 40 y 149 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Gustavo Gómez Velázquez

Aprobado: 14 de Agosto de 1991

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: "Una determinada conducta, unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria, tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal."

.....

"Pues bien, tratándose del delito de prevaricato su existencia sólo puede predicarse a título de dolo, esto es, cuando se actúa con conciencia y voluntad de la naturaleza criminosa de la resolución o dictamen; o, sin adornos, en palabras de DOHNA, sabiéndose lo que se hace. Y, en el auto que se solicita se reponga, precisamente porque nada existía que permitiera aseverar que los Magistrados habían procedido sabiendo que iban contra la ley, y, por contrario modo, todo advertía de que obraron como lo hicieron porque entendían que así era como mejor la realizaban, fue por lo que se dispuso no apertura de averiguación penal en su contra.

"Y también se enfatizó que procedieron así por error, nacido de su ignorancia. Y, por ello, se entendió que habían sido "inferiores a la misión oficial que les estaba encomendada" disponiéndose en consecuencia que se expidiera copia de lo pertinente con destino a la Procuraduría, para que dentro de la esfera disciplinaria, fueran investigados. Entendía y entiende la Corte, lo que también debe saber un estudiante de derecho, que una determinada conducta, unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria; tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal. Aquí, se demostró que el asunto, por aquello de la inexistencia del dolo, que no de la culpa, no alcanzaba en rigor jurídico a comportar siquiera tipicidad penal; pero como uno es el juicio de valor que se emite para tener una conducta como atentatoria del estatuto penal y otro diferente el que ha de vertirse para arribar a la conclusión de vulneración o no del régimen disciplinario, con lógica fácilmente aplicable, se ordenó que la autoridad competente se pronunciara sobre este último extremo del asunto.

.....

"c) Recálquese, por lo que se entendió que la decisión del doctor y de sus compañeros de Sala era fruto del error o de la ignorancia, términos que en materia penal suelen utilizarse con un mismo resultado, fue por lo que se asumió la determinación impugnada, ya que ello equivalía a afirmar, como efectivamente se hizo, la ausencia del imprescindible ingrediente subjetivo del delito de prevaricato. Y para que el impugnante aprecie, VEA que el criterio que siguió la Corte no fue una invención arbitraria, exclusiva para su caso, quiere ella traer a colación la siguiente jurisprudencia de mayo 24 de 1983, Magistrado Ponente doctor Alfonso Reyes Echandía, así:

"Si.....en cambio el error existió pero fue fruto de negligencia descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectual de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico; pero en tal hipótesis, por expresa determinación del inciso final del numeral 4 del artículo 40 del Código Penal vigente 'el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo', lo que significa que si solamente admite forma dolosa, habrá de reconocerse exención de responsabilidad".

"Y, como se trataba de apertura o no de averiguación penal, para despachar el caso no tenía la Corte porqué acudir al artículo 40-4 del Código Penal, sino que le bastaba hacer referencia a la inexistencia del factor subjetivo, en un evento en el cual tal ingrediente se encuentra ubicado en el tipo y de ahí que su ausencia comportara y comporte atipicidad de la conducta. Se rindió pues en la determinación que se recurre culto a la ley y al derecho y no como infamemente se dice, muy seguramente por aquello de que la ignorancia es atrevida, que allí la Corte instigó a delinquir."

TEMA XXXI. PREVARICATO. INTERESES

Sentencia

Fecha: 11-IX-91

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 40, 149 y 235 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas

Aprobado: Acta 65, 11 de septiembre de 1991

Decisión: Confirma integralmente

Evaluación normativa: "La aplicación del artículo 884 del Código de Comercio en concordancia con el 4° ibídem, solamente procede cuando en los negocios mercantiles en que haya de pagarse réditos de un capital, no se hubiere especificado por convenio el interés."

.....

"A manera de preámbulo la Sala se permite dejar muy en claro que con miras a determinar si las decisiones cuestionadas de ilícitas, objetivamente consideradas, resultan ser manifiestamente

contrarias a la ley no es necesario examinar los criterios encontrados respecto a la interpretación o aplicación de determinados preceptos legales al caso concreto para saber cuál de ellos se acomoda a la normatividad jurídica vigente por ser esta labor exclusiva del Juez competente.

"Pero tratándose de definir si hubo por parte de los funcionarios acusados una manifiesta violación de normas legales, es imperativo comenzar por hacer una transcripción de las mismas."

"El artículo 1602 del Código Civil que consagra el principio dispositivo en esa materia dispone que "todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

"El artículo 4° del Código de Comercio establece como principio rector el de que "las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas legales supletivas y a las costumbres mercantiles".

"Y el artículo 884 de la misma codificación estatuye:

"Cuando en los negocios mercantiles hayan de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será el doble y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses.

"Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria"(Subrayas fuera de texto).

"Un claro entendimiento de estos preceptos pone de manifiesto que en asuntos mercantiles el artículo 884 es norma legal supletiva de la voluntad de las partes; o en otras palabras, que su aplicación solamente procede cuando no ha mediado pacto o convención entre ellas respecto a la fijación de intereses remuneratorios y moratorios.

"En el caso de autos es incuestionable que tratándose de una operación mercantil (art. 20 del C. de Co.) en la que mutuamente y mutuario en ejercicio de la autonomía de la voluntad, expresamente pactaron intereses corrientes y moratorios a la tasa común del 36% anual -así se acuda a forzadas interpretaciones para demostrar lo contrario-, resultaba a todas luces inaplicable el mencionado

artículo 884, disposición llamada a suplir la voluntad de las partes en caso de silencio de las mismas sobre el particular.

.....

"No se trata de un concepto legal oscuramente redactado o susceptible de diversas y contradictorias interpretaciones, sino por el contrario, de una sencillez literal que condiciona su aplicación al hecho de no haber pactado en la forma ya conocida.

"La defensa, apoyada en la cláusula inserta en los pagarés mediante la cual el deudor se comprometió a pagarle al acreedor un futuro incremento de los intereses acordados en el supuesto de sobrevenir disposición legal al respecto, ha pretendido justificar el comportamiento del Juez afirmando que no hizo otra cosa que interpretar la voluntad de las partes contratantes y aplicar al caso las normas legales pertinentes; proceder no configurando de conducta prevaricadora; pero olvida que precisamente, por haber mediado convenio expreso sobre el particular y dada la claridad de los términos en que aparece redactado el artículo 884, éste resultaba francamente inaplicable al caso.

"Procesado y defensor erróneamente asimilan el concepto de "desposición legal" a la certificación expedida por la Superintendencia Bancaria que tiene como función específica la de probar periódicamente el interés bancario corriente -a falta de convenio entre las partes- y de esa asimilación concluyen que era viable la liquidación del crédito a la tasa del 60.69% anual habida cuenta que la Resolución de la Superintendencia vigente a la fecha de la liquidación, esto es, la 1360 de 1989 fijaba el 40.46% efectivo anual, incrementado en la mitad en los términos del artículo 235 del Código Penal. Ninguno de ellos menciona, como es obvio, disposición legal posterior que autorizara cobrar intereses superiores a los pactados.

"Desconocida categóricamente, como lo fue, la tasa convencional de interés por la ostensible transgresión del artículo 884, las normas legales aplicadas en concordancia con él, es decir, los artículos 235 del Código Penal que describe el delito de usura y señala límites al cobro de interés por el préstamo de dinero y el ejercicio de otras actividades comerciales; el 886 del Código de Comercio y su Decreto reglamentario 1454 de 1989 que tratan de la capitalización de

intereses sobre intereses resultaron igualmente quebrados en su cabal sentido y entendimiento.

"Para la Sala es evidente que de la simple lectura del texto legal aplicado al caso, esto es, el artículo 884 de Código de Comercio en concordancia con el 4° ibídem, resulta para el más inexperto o desprevenido funcionario que su aplicación solamente procede cuando en los negocios mercantiles en que haya de pagarse réditos de un capital no se hubiere especificado por convenio el interés; situación procesal perfectamente conocida por el Juez, pero por él desatendida. Por ello no son de recibo sus explicaciones como las argumentaciones de la defensa que predicen haberse limitado a interpretar dicho dispositivo legal en armonía con las estipulaciones de las partes contratantes, dándole de buena fe la aplicación que le dio."

TEMA XXXII. PREVARICATO. DISCORDANCIA ENTRE EL DERECHO DECLARADO Y EL CONOCIDO EN ORDEN A SU CULPABILIDAD

Auto

Fecha: 8-V-91

Fuente formal: arts. 50. y 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 50., 149 y 150 Código Penal

Fuente formal: .

Fuente constitucional: .

Normatividad analizada:

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz.

Aprobado: Acta 30, 8 de mayo de 1991

Decisión: Cesar procedimiento

Evaluación normativa: Para que el delito de Prevaricato se configure es necesario que el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, haya tenido conciencia de tal circunstancia y no obstante lo dictó voluntariamente.

.....

"Para que se estructure el delito de prevaricato, no es suficiente con su objetividad. Se requiere, además, como categóricamente lo exige el artículo 5° del Código Penal, que se obre con culpabilidad. Y de las tres formas de culpabilidad reconocidas por el legislador, este ilícito exige el dolo, sin que pueda tenerse como punible a ningún otro

título. Y para que pueda afirmarse el dolo en un determinado comportamiento humano, típico, es menester que su autor haya conocido que esa conducta suya era ilícita, y a pesar de ello voluntariamente ejecutarla.

"Aplicadas las anteriores nociones generales al prevaricato, para que este delito se configure, el empleado oficial que profirió la resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, tuvo que tener conciencia de ello, es decir, saber que su resolución o dictamen eran contrarios a lo dispuesto por la ley y no obstante, proferirlos voluntariamente. Si por virtud de algún error el empleado oficial creyó que aplicaba la ley correctamente sin que ello resultara cierto, su conducta aunque típica, no sería culpable y por ende no existiría el delito de prevaricato. Por ello es bien conocida la muchas veces citada frase de Soler: "el prevaricato no consiste en la discordancia entre el derecho declarado y el derecho objetivo; sino entre el derecho declarado y el conocido; no está en la proposición afirmada, sino en la relación entre esa proposición y el estado de creencia en la mente del Juez".

TEMA XXXIII. PREVARICATO Y ABUSO DE FUNCIÓN PÚBLICA

Sentencia

Fecha: 13-II-

91

Fuente formal: arts. 50. y 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149, 150 y 162 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia

Aprobado: 13 de febrero de 1991

Decisión: Confirma providencia

Evaluación normativa: Hay prevaricato y no abuso de función pública, cuando la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación de funciones.

.....

"En el servicio público constituye regla fundamental el principio de solamente poder hacer lo permitido por la ley; para saber qué es lo que permite la ley ha de acudir necesariamente a la competencia. La Constitución, en su artículo 63, exige que el crearse un cargo oficial debe asignársele funciones detalladas, y en el artículo 20, responsabiliza al funcionario no sólo por quebrantamiento de la

Carta y de las leyes, sino específicamente 'por extralimitación de funciones'.

"El legislador ha desarrollado estos principios penalmente en varias disposiciones o tipos penales, uno de ellos es el denominado 'abuso de función pública'(art. 162 C.P.) que se da cuando un funcionario público prevalido de su cargo, con conocimiento y voluntad asume una función que la ley dio o asignó a otro. Es un precepto que garantiza las competencias diversas que se imponen por la división de funciones en la administración pública, evitando con ello el desorden y la irresponsabilidad.

.....

"En efecto, un empleado oficial puede cumplir funciones que no le correspondan, pero dentro de un marco formalmente legal. La falta de competencia, puede ser en cambio uno de los factores que integren la 'ilegalidad' del acto para los efectos del prevaricato, o sea, que hay prevaricato y no abuso de función pública cuando de suyo la providencia emitida sea manifiestamente ilegal aunque haya habido extralimitación funcional. Es un concurso aparente que se soluciona por la vía del prevaricato en consideración a su mayor riqueza descriptiva. Con este alcance se pronunció la Sala en providencias de junio 13 y octubre 19 de 1989 con ponencia del Magistrado Saavedra Rojas."

Comentarios

El abuso de función pública tiene como verbo determinador la asepción "realizar" concretado en el ejercicio de funciones diversas a las que legalmente corresponden al agente. La norma incrimina la conducta del servidor público que no observa los límites de su competencia funcional, alterando la propia organización del Estado y violando el principio de legalidad en la adscripción y ejercicio de funciones. El objeto material es fenoménico pues la acción recae sobre las funciones públicas realizadas por el agente que no le corresponden legalmente. Como elemento normativo se estructura el marco legal de competencia funcional del que se sale el agente en la comisión del hecho, la conducta se debe realizar con abuso del cargo o función la cual se convierte en causa o razón del ilícito.

En relación con el tema concursal tópico tratado en el anterior fallo tenemos que para el caso en el que frente al contenido del artículo 152 el exceso en el ejercicio de las funciones consista en realizar atribuciones que no se tienen, no habrá concurso con la consagrada en el artículo 162 en razón a que el tipo de abuso de autoridad es de carácter subsidiario. Tampoco, como quedó sentado jurisprudencialmente, puede concurrir con el delito de prevaricato cuando la falta de competencia del funcionario que expide el acto es la que determina su manifiesta ilegalidad. En tal caso se tendría un concurso aparente de tipos.

TEMA XXXIV. PREVARICATO. TIPICIDAD Y ELEMENTO SUBJETIVO

Auto

Fecha: 18-II-91

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149, 150 y 162 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jorge Enrique Valencia M

Aprobado: Acta 009, 18 de febrero de 1991

Decisión: Abstenerse de abrir investigación

Evaluación normativa: "Un estudio claro y juicioso de la disposición legal, sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una clara lógica y al propósito universal de justicia y equidad, es el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodaticio torticero."

.....

"Según el artículo 149 de Código Penal, el delito de prevaricato se tipifica cuando la resolución proferida pro el funcionario, sea manifiestamente contraria a la ley. Ello significa que no basta la simple discordancia entre el pensamiento del intérprete y lo expresado en la norma. Aquí cabe resaltar que siendo el derecho una ciencia sujeta a la natural evolución de los tiempos, forzoso es que una disposición legal ha de participar de ella, en igual medida. Posturas filosóficas, el momento histórico que se esté viviendo o el mismo caso en estudio que le sirve para concretarse, hacen posible que su estructura y alcances, sufran la medida y acomodamiento respectivo.

"Así, pues, forzoso es que, al acometerse su estudio, resulten plurales e incluso contrarios desentrañamientos de su espíritu. Sin

embargo, todos ellos habrán de tener un elemento común: un estudio claro y juicioso cuyo fundamento se levante sobre sólidas bases jurídicas, respondiendo a una sana lógica y, además, al propósito universal de justicia y equidad que gobierna la aplicación de las normas. Tal el mojón que marca la frontera entre una sana interpretación y un acomodamiento torticero a los propios intereses."

TEMA XXXV. PREVARICATO Y ABUSO DE AUTORIDAD. APLICACION ALTERNATIVA

Apelación

Fecha:

12-VI-90

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149, 150 y 152 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: 038, 6 de Junio de 1990

Decisión: Declara nulidad

Evaluación normativa: "Aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tienen igualmente distinta respuesta punitiva.

.....

"3. El Código Penal, al recoger las conductas que se han considerado dignas de reproche y por tanto sancionables, ha establecido una serie de bienes jurídicos necesitados de protección, y dentro de las varias tipificaciones que tocan con ellos, ha reglado también diversos rangos punitivos, otorgando a cada conducta un grado especial de sanción y unos elementos propios para su configuración.

"Esta estructura, que no es en modo alguno caprichosa, es de carácter general y obligatorio cumplimiento. Así, aun cuando los delitos de prevaricato y abuso de autoridad atentan contra el bien jurídico de la administración pública, cada uno de ellos debe ser aplicado en situaciones diversas y tiene igualmente distinta respuesta punitiva, sin que sea posible intercambiar ni su adecuación típica ni la pena indistintamente que de tal forma carecería de razón una codificación sancionatoria.

"Si la conducta desplegada por el funcionario -como en este caso- encuentro pleno acomodo dentro de la figura del prevaricato, es por tal delito que debe producirse el llamamiento a juicio, toda vez que la figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto deja porciones de la actividad funcional sin reproche de ninguna naturaleza, a más de que este último delito solamente es aplicable "fuera de los casos especialmente previstos como delito", según se consignó literalmente en el artículo 152 del Código Penal."

TEMA XXXVI. PREVARICATO Y VACÍOS LEGISLATIVOS

Sentencia

Fecha: 23-XI-

88

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jaime Giraldo Angel

Aprobado: Acta No. 73, 23 de Noviembre de 1988

Decisión: Revoca

Evaluación normativa: Determinación de el elemento "violación manifiesta".

.....

"En los casos de falta de claridad sobre la norma aplicable y por la naturaleza interpretativa del asunto, no puede hablarse de violación manifiesta de la ley, tal como lo exige el artículo 149 del Código Penal, para que se tipifique el delito de prevaricato."

TEMA XXXVII. PREVARICATO Y DERECHO DISCIPLINARIO

Sentencia

Fecha: 24-XI-88

Fuente formal: art. 149 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jaime Giraldo Angel

Aprobado: Acta No. 73, 24 de Noviembre de 1988

Decisión: Revoca

Evaluación normativa: Violación funcional y legal. Hipótesis de tipicidad.

"La declaratoria de insubsistencia prevista en el artículo 115 del Decreto 1660 de 1978 es una medida excepcional aplicable sólo por la falta de requisitos y calidades exigidos para el cargo. Si la insubsistencia se declara por otra razón, el funcionario que la ordene incurre en prevaricato por acción.

.....

"c) Sí constituye conducta punible, por el contrario, el haber expedido la resolución por medio de la cual declaró insubsistente a su Secretaria, con la cual se tipificó el delito de prevaricato por acción, y no el de abuso de autoridad como equivocadamente lo califica el Tribunal.

.....

"En el caso en estudio es claro que se expidió un acto administrativo, el cual es manifiestamente contrario a la ley, pues aunque en él se prevé la declaración de insubsistencia, es sólo para los funcionarios y empleados titulares que no reúnan los requisitos y calidades exigidas por la ley, hipótesis dentro de la cual no está comprendida la "incapacidad y negligencia para desempeñar el cargo", que fueron los fundamentos que sirvieron a la para expedir la resolución que dio origen a la presente investigación penal. Si la conducta se adecua en su integridad a este tipo penal, no puede calificarse de abuso de autoridad, por cuanto esta modalidad delictiva sólo se aplica subsidiariamente "fuera de los casos especialmente previstos como delito", como reza textualmente la norma."

TEMA XXXVIII. PREVARICATO POR OMISIÓN. "NO TODA OMISIÓN O IRREGULARIDAD CONSTITUYEN PREVARICATO. EMPERO CUANDO LA INDOLENCIA ES ACTO CONSCIENTE Y CAUSA INMEDIATA EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER LEGAL, LA CONDUCTA NO PUEDE SER SINO PUNIBLE Y DE HECHO SANCIONABLE."

Auto

Fecha: 3-III-86

Fuente formal: art. 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: art. 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Guillermo Dávila Muñoz

Aprobado: Acta No. 16, 3 de marzo de 1986.

Decisión: Confirma
Evaluación normativa:

.....

"1a. Se imputa a la procesada el delito de prevaricato por omisión (art.150, C. P.) por cuanto dejó de cumplir la comisión ordenada. Se trata, en consecuencia de infracción contra la Administración Pública, cuyo título regula en forma amplia todos aquellos atentados de los empleados públicos cuando se apartan del fiel cumplimiento de sus funciones oficiales. Nada nuevo se dice si se afirma que el legislador es bastante exigente respecto a esta clase de conductas, pues, la infidelidad en el ejercicio de los deberes produce sobresalto y desconfianza dentro de la colectividad.

"Exigencia que parece mayor entrándose de funcionarios judiciales, dada la misión específica que les corresponde atender. En estos, como en ningunos otros, la responsabilidad, el decoro, la eficacia y aún el desinterés, tornarse más imperativos, especialmente en estos tiempos en que la sociedad experimenta crisis en sus principales valores. Tiene razón entonces el señor Procurador Delegado cuando dice que en el juez " ... como en ningún funcionario, recurre en su investidura los ideales de justicia y equidad, sustituto del bien común y razón misma de la sociedad".

.....

"Claro está, que no toda omisión o irregularidad constituye prevaricato. Empero cuando la indolencia es acto consciente y causa inmediata en el incumplimiento del deber legal, la conducta no puede ser si no punible y de hecho sancionable.

"De ahí que los motivos exculpativos -se insiste- suministrados por la funcionaria resultan injustificados, bien por que no existieron o por cuanto si acaso alguna circunstancia le impidió hacerlo, en un principio no alcanzó la entidad suficiente para dejar de ejercer las funciones normales de juez instructora, para lo cual habia sido elegida, aceptado voluntariamente y comprometida a cumplir fielmente el cargo, es decir a cabalidad, responsable y honestamente."

Comentarios

La conducta en la omisión prevaricadora está regida por los verbos determinadores alternativos expresado en omitir, rehusar, retardar o denegar. Se prevén cuatro formas de comportamiento negativo del agente, que implican el incumplimiento de los deberes propio de su cargo o funciones. Omitir es abstención, reticencia, no hacer lo debido, es simple pasividad que no exige manifestación alguna de carácter naturalístico, el servidor se limita a "no hacer" el imperativo legal respectivo. Rehusar es no aceptar, no conceder, negarse a realizar el acto debido, implica expresiones o manifestaciones voluntarias inequívocas del agente. Retardar significa diferir más allá de los términos legales, lleva en si ejecución o expedición extemporánea del acto debido; debe presentarse por lo menos voluntad también inequívoca de realización, es, dilación injustificada no interesa que el acto se haya o no expedido siempre y cuando se observe el reflejo voluntario del agente y finalmente Denegar es no decidir o decir lo contrario a lo debido conlleva decisiones negativa implícita, si fuese expresa estaremos en presencia del prevaricato por acción.

El objeto material es de orden fenoménico pues 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; elemento normativo del tipo que determina el objeto material de la infracción. Las diversas modalidades o formas de comisión -omitir, rehusar, retardar o denegar- tienen como base o soporte el incumplimiento de funciones legales imperativas y expresas, por lo que respecto de la acción considerada en si misma, es necesario el examen riguroso de la capacidad funcional del agente para el proceso de adecuación típica.

Como ya se había puesto de presente en otra providencia reseñada nuestra Corte ha exigido en varias ocasiones a manifiesta ilegalidad del acto negativo de omisión o de los actos positivos de retardo o denegación, aspecto que hace imposible la 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.

TEMA XXXIX. PREVARICATO POR ACCIÓN Y POR OMISIÓN. DETERMINACIÓN Y ALCANCE

Sentencia

Fecha: 12-VIII-

86

Fuente formal: art. 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Luis Enrique Aldana Rozo

Aprobado: 12 de agosto de 1986.

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: "Cuando la labor del servidor público, en un lapso determinado, denota imposibilidad física para evacuar todos los asuntos dentro de los estrictos términos del ordenamiento procesal, no puede pregonarse que de manera dolosa haya incumplido sus deberes."

.....

"Prevaricato por acción: El artículo 149 del Código Penal que describe este hecho punible, tipifica la conducta del empleado oficial que profiere resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, de modo que, como se ha reiterado, este ilícito se estructura cuando, el servidor público concreta su comportamiento de manera consciente y voluntaria en una determinación u opinión que contradicen abiertamente el ordenamiento legal.

"Sobre este punto son de recibo las apreciaciones del a quo y del Ministerio Público para resaltar la legalidad de la providencia censurada, pues ciertamente de su texto se revela el ánimo de la acusada inequívocamente dirigido a corregir el desacierto que estimó había cometido cuando levantó las medidas cautelares decretadas en providencia ya ejecutoriada, acudiendo para ello en el auto que les retornó su vigencia, a mecanismos sanos de interpretación legal que no desbordaron la facultad atribuida a los funcionarios sobre el particular. No aparece pues, en parte alguna, actitud caprichosa o rebelde que reste claridad a su comportamiento.

"Es más, como lo sostenido la Corte, si la aplicación de la ley fue acertada, ello no hace más que destacar el criterio jurídico del juzgador, sin que ello signifique, que hay dolo y responsabilidad en el funcionario que, en un caso semejante la interprete en forma

diferente, por error o factibilidad. Tanto la decisión de septiembre 5 de 1984 como la de febrero 13 de 1985 tiene su explicación dentro de los alcances de esta jurisprudencia.

"Prevaricato por omisión: A su vez el artículo 150 ibídem que contempla, este delito, describe la conducta del empleado oficial que omite, rehuse, retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, esto es, que el ilícito se configura en este caso, cuando el servidor público de manera dolosa incumple sus funciones legales.

"No se permite a duda que el incumplimiento de los términos procesales que el quejoso atribuye a su denuncia, es, por otra parte, una indebida forma de reprochar la decisión que le resultó adversa y que no hizo cosa distinta de corregir el yerro que se plasmó en el auto revocado y que satisfacía sus intereses, y, por otra parte una acusación de interés sólo en el campo disciplinario, donde con fundamento en las copias compulsadas por el a quo habrá de adoptarse la determinación pertinente.

"Ha sostenido así mismo la Corte que, aun cuando la ley fija ciertos términos para que se profieran las resoluciones judiciales, debe tenerse en cuenta que el tiempo de que realmente disponen los funcionarios se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que deben atender. Por esto, se agrega, al resolver sobre su responsabilidad ha de examinarse en el caso concreto, si el sindicato estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones y aun el cumplimiento del trámite interno del proceso.

"En lo que aquí concierne aparece demostrado que durante el reducido tiempo que estuvo la acusada al frente del juzgado 3° Civil del Circuito de Valledupar en el lapso de mora que se le atribuye, produjo numerosas decisiones y actuaciones de importancia que descartan cualquier actitud deliberada de su parte para contrariar los mandatos legales, pues no existe el más mínimo motivo que permita pensar que la supuesta demora haya sido producto de su capricho e inercia, cuando, por el contrario, la actitud desplegada durante ese lapso denota una imposibilidad física para evacuar todos los asuntos dentro de los estrictos términos contemplados en el ordenamiento procesal."

Comentarios

El anterior criterio jurisprudencial solo puede encajar normativamente en el caso de fuerza mayor o caso fortuito establecido como causal exculpativa por el artículo 40 C.P. Los criterios que legalmente gobiernan el instituto son: la ley civil trata como equivalentes estos dos conceptos, el art. 1 de la ley 95 de 1890 define: "se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto,". El estatuto penal no define los conceptos enunciándolos como sinónimos (art. 40 # 1 C.P.). Ante la equiparación legislativa de los conceptos, la precisión conceptual elaborada por la doctrina pasa a convertirse en un auxilio teórico para la determinación concreta de los fenómenos.

De esta forma la causal de inculpabilidad prevista en el numeral 1 del art. 40 C.P. se estructura por la real ocurrencia de una de dos hipótesis: a) Hecho imprevisto, según criterios medios de cautela, que se torna irresistible y por ende no querido. b) Hecho previsto o al menos previsible, que se torna inevitable por su carácter de irresistible. En estas dos hipótesis hay ausencia de culpabilidad por falta de dolo o culpa; no hay intencionalidad, ni el resultado se produce por imprevisión de lo previsible o por imprudencia.

TEMA XL. PREVARICATO POR OMISIÓN. NO LO CONFIGURA LA FALTA DE RATIFICACIÓN BAJO JURAMENTO DEL INDAGADO CUANDO DECLARA "CONTRA OTRO".

Consulta

Fecha: 19-III-87

Fuente formal: art. 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: 19 de marzo de 1987.

Decisión: Confirma

Evaluación normativa: "La falta de ratificación bajo el juramento del indagado cuando declara "contra otro", no constituye de por sí conducta típica de prevaricato por omisión, lo que no implica que hay ocasiones en que la conducta omisiva del juez pueda violar preceptos legales."

.....

"El artículo 385 del código de procedimiento penal, establece que es prohibido al funcionario de instrucción recibir juramento al momento de la indagatoria del procesado, determinando como excepción a este principio general el evento en el cual el propio indagado "declarare contra otro", en cuyo caso "se le volverá a interrogar sobre aquel punto bajo juramento, como si se tratara de un testigo"; quiere decir lo anterior, que el procesado debe intervenir en el trámite del asunto siempre eximido de la gravedad del juramento, su ratificación jurada sólo se requerirá cuando él mismo formule acusaciones en contra de terceras personas con el fin de colocar al indagado en un plano de igualdad con los testigos, esto es, con el propósito de vincular su dicho a una garantía de seriedad y certeza por lo que él puede representar de perjudicial para los terceros contra quienes formulan cargos.

"La falta de la ratificación bajo juramento, empero, no constituye de por sí una conducta típica de prevaricato por omisión, como lo presenta el denunciante. En el caso que se encuentra bajo estudio de la Sala, la funcionaria acusada en verdad omitió la ratificación bajo juramento en los cargos formulados por el indagado, pero tal ausencia en nada afecta el bien jurídico de la Administración Pública y es de aquellas que ni siquiera alcanzan a tener trascendencia en el mismo proceso en que ocurrió, no vician para nada la actuación, ni representan tampoco violación de normas penales. No discute la Sala que el deber del funcionario previsto en el artículo 385 del Código de procedimiento Penal pueda ser desconocido sin consecuencia alguna; ocasiones habrá en que la conducta omisiva del juez pueda violar preceptos legales, pero no es éste precisamente una de aquellas."

TEMA XLI. PREVARICATO POR OMISIÓN. REQUISITOS DE CONFIGURACIÓN CULPABLE.

Auto

Fecha: 8-IV-

86

Fuente formal: art. 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: art. 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Jorge Carreño Luengas

Aprobado: Acta No 29, 8 de abril de 1986

Decisión: Sobreseimiento

Evaluación normativa: "El prevaricato por omisión, demanda para su existencia la comprobación no solo de la materialidad, sino además, la presencia del elemento psicológico del dolo, que se traduce en el propósito de obrar en forma arbitraria o injusta."

"El artículo 150 del Código Penal, define el delito de prevaricato omisivo como la conducta del funcionario, que retarda, deniega, omite o rehusa un acto propio de sus funciones. Es un reato esencialmente doloso y el dolo corresponde al propósito del agente de no cumplir con su deber, en un acto arbitrario que depende de su voluntad y que es contrario a lo dispuesto por la ley.

"No es suficiente entonces, para que se configure este delito de prevaricato, que desde el punto de vista meramente objetivo, sea manifiesto el retardo del funcionario en el despacho de los procesos a su cargo. Es necesario además, que en el hecho haga presencia un elemento subjetivo que se traduce en el deseo del agente de omitir deliberadamente alguno de los actos que está obligado a realizar por mandato legal.

"Tal ha sido el criterio mantenido y retirado por esta por esta Corporación y ratificado en provincia del 26 de julio de 1985. En la aludida providencia se dijo:

"... El prevaricato por omisión, previsto en el artículo 150 del Código Penal, sólo admite la forma dolosa de la culpabilidad, de manera que además del aspecto meramente objetivo, de haber omitido, rehusado o denegado por el empleado un acto propio de sus funciones, se debe desmontar el aspecto subjetivo que consiste en no haber querido cumplir con el deber ...".

"Así, cuando la ley fija cierto término para que se profieran las decisiones judiciales, debe tener en cuenta que el tiempo de que realmente dispone se encuentra condicionado por los numerosos asuntos que tienen que atender. Por esto al resolver sobre su responsabilidad ha de examinarse en el caso concreto, si el funcionario estuvo en condiciones de decidir en el término previsto, de acuerdo con la complejidad del problema sometido a su consideración, la prevalencia de otras actuaciones o a{un el cumplimiento del trámite interno del proceso...".

"Debe admitir la Sala, que en el caso que se examina , no aparece elemento alguno de convicción que permita deducir un

comportamiento omisivo doloso por parte del Magistrado o que lleve a pensar que éste omitió deliberadamente el cumplimiento de los deberes propios de su investidura. Las demoras a él imputadas, tiene explicaciones valederas como lo afirma el Procurador Delegado en lo Penal y no pueden constituir en consecuencia, un comportamiento violatorio de la Ley penal. No debe olvidarse que el prevaricato por omisión, demanda para su existencia la comprobación no sólo de la materialidad, sino además la presencia del elemento psicológico del dolo que se traduce en el propósito de obrar en forma abierta o injusta."

Comentarios

En el prevaricato omisivo la conducta tiene que ser dolosa, por tanto no basta la simple acción negativa respecto del acto debido, o su retardo o denegación, para que surja el hecho punible en su total comprensión dogmática. Lo anterior significa que esta infracción no puede ser cometida por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia del reglamento, una tal situación puede dar origen a responsabilidad disciplinaria, pero para sus efectos penales es necesaria la intencionalidad del agente que se expresará en su conocimiento y conciencia de que la acción omitida retardada o denegada es un acto propio de sus funciones, y en la voluntariedad de perfeccionar en todos sus elementos el tipo descrito.

TEMA XLII. PREVARICATO POR ACCIÓN Y PREVARICATO POR OMISIÓN. EXCLUSIÓN ABSOLUTA DEL CONCURSO

Auto

Fecha: 14-V-

91

Fuente formal: arts. 149 y 150 Código Penal.

Fuente constitucional: arts. 60., 29 y 122 Constitución Política

Normatividad analizada: arts. 149 y 150 Código Penal

Magistrado ponente: Dr. Edgar Saavedra Rojas

Aprobado: 14 de mayo de 1991

Decisión: Confirma providencia impugnada

Evaluación normativa: Imposibilidad del concurso entre las diversas formas de prevaricato.

"Cuando se profiera dictamen o resolución contrario a la ley, sería argumento absurdo predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva.

.....

"Prevaricar, atendiendo la raíz etimológica de la palabra, es la aplicación torcida del Derecho. De acuerdo con la legislación, cuando se contraría de manera manifiesta a la ley mediante la ejecución de un acto ilegal, se estructura el Prevaricato activo o por acción; si en cambio se omite, rehusa, retarda o deniega un acto legal propio de las funciones del empleado oficial que se comporta pasivamente, para procurar con ello un fin ostensiblemente opuesto al ordenamiento jurídico, se configura el prevaricato pasivo o por omisión.

"Fácilmente se advierte, que la diferencia entre estas dos especies de prevaricato consiste en que en la primera se requiere un actuar, mientras que en la segunda un no hacer.

.....

"El comportamiento ajustado estrictamente al ordenamiento jurídico, se sabe, es un deber legal del empleado oficial pero cuando el incumplimiento de esa obligación se manifiesta en un acto, en un actuar, como en el caso del proferimiento de un dictamen o resolución, el dejar de obrar conforme al mandato legal es de la esencia del delito de prevaricato por acción, pues precisamente el acto se torna ilegal por su contrariedad con lo dispuesto legalmente, y no configurativo del punible de prevaricato por omisión, como lo sostiene con manifiesto desacierto el recurrente.

"Como resulta obvio, siempre que se profiera dictamen o resolución contrario a la ley, se omite hacer lo que la normatividad mando o se hace lo que ella prohíbe y argumento *ad absurdum* sería predicar el concurso simultáneo de las dos especies de prevaricato o la configuración de la modalidad omisiva, pues de aceptarse este criterio, sobraría la activa."