

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

LOS DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL

Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra

TEMA I. ABUSO DE AUTORIDAD. Determinación material.

Porque si bien es cierto que a la persona acusada se le han atribuido las facultades que se haya el tribunal, no lo es menos que de ellas, como de cualquier función, se puede abusar por parte de quienes la detentan.

"Dentro del proceso disciplinario se ejercen actos disciplinarios, esto es, propio de las funciones encomendada a los procuradores y estos pueden tomar determinaciones tan importantes como, por ejemplo, la de formular cargos o llevar a cabo otra actividad que vulnere la Administración pública o los derechos de los particulares, lo cual constituiría, ciertamente, un delito .

"Y no se puede alegar que tales actividades, por estar referidas a una función pública, sean, ya de por sí, lícitas con el solo predicado de funcionales que sobre ellas se haga, pues, precisamente, los delitos que contra la administración pública o la de justicia tienen ese carácter, por que las respectivas conductas se ejercen en el marco de esas actividades y con desvío o extralimitación de funciones. (Corte Suprema de Justicia Sala Penal Septiembre 28 de 1982 Magistrado Ponente: Doctor Luis Enrique Romero Soto.)

COMENTARIOS

CARRARA exponía que la autoridad pública está instituida para el ejercicio de la tutela jurídica de los derechos de la comunidad, entendida como uno de los fines esenciales del Estado; por lo cual

la gravedad y lesividad es ostensible cuando las acciones de las autoridades no defienden los mencionados intereses, sino que se tornan en ofensivas. Según esta concepción los mencionados hechos serían una especie autónoma de delitos sino que consistirían en una exigencia intrínseca de las infracciones que lesionaran derechos del Estado o un agravante de otros especies géneros delictuales que exijan el cualificante del sujeto activo.

Según esta doctrina se fija el significado de la expresión abuso en dos sentidos: uno ontológico en el que se abusa de una cosa cuando se le emplea para un servicio diverso de su destino natural y otro jurídico en el que se abusa de una cosa aunque se emplee según su destino, si esto se realiza en forma ilícita o para fines ilícitos.

TEMA II. ABUSO DE AUTORIDAD. Embargo de bienes. Exclusión.

El embargo de un inmueble que soporte gravamen hipotecario, porque no constituye garantía cierta ni suficiente, permite al Juez, en su deber oficioso delimitar las medidas cautelares, que éstas se amplíen a otros bienes, sin que así pueda considerársele incurso en el delito de abuso de autoridad”.

"El embargo de un inmueble que soporte gravamen hipotecario, porque no constituye garantía cierta ni suficiente, permite al Juez, en su deber oficioso de limitar las medidas cautelares, que éstas se amplíen a otros bienes, sin que así pueda considerársele incurso en el delito de abuso de autoridad.

"Si decidía hacer valer su crédito, y estaba en todo su derecho, solicitaría también el embargo del mismo inmueble, y en tal caso, la medida tomada en el ejecutivo de contra quedaría sin valor, y, por ende, su crédito sin garantía. Así lo dispone claramente el artículo 558 del ya citado Código de Procedimiento: "Concurrencia de embargos. En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien, se procederá así: 1. El decretado con base en título hipotecario podrá perfeccionarse aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía

real sobre el mismo bien, que terminará con la consumación de aquél. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, si se trata de bienes sujetos a registro, el registrador deberá inscribirlo y cancelar el anterior dando cuenta de ello al juez que lo decretó, quien levantará el secuestro que hubiere realizado...". (Subraya la Sala).

"De tal suerte que si en apariencia el embargo y secuestro del inmueble decretado dentro del proceso ejecutivo era más que suficiente para garantizar el crédito que en él se exigía, en realidad esta medida era muy precaria, porque su efectividad dependía de la sola voluntad del acreedor hipotecario. Al respecto, piénsese nada más en la hipótesis de que el juez acusado únicamente hubiera ordenado el embargo del inmueble, o admitido el desembargo del automóvil que inoportunamente pidió el deudor, y que después,, hubiese iniciado la ejecución con su título hipotecario. ¿Qué garantía quedaba al creador quirografario?

"Si por lo expuesto, el embargo del inmueble, por soportar un gravamen hipotecario no era garantía cierta, ni suficiente, pues además se ignoraba el valor actual de la deuda contraída con la Corporación de la obligación que ejecutivamente se cobraba no es posible afirmar exceso en la actuación del acusado cuando decidió el "embargo y retención" del automóvil, cuyo valor real, hay que decirlo, procesalmente desconocía y no estaba en condiciones de justipreciar, ni mucho menos era factible hacerlo con base en su marca y modelo, toda vez que al momento de hacerse efectivo su secuestro era posible que estuviere afectado de grave deterioro por causa, por ejemplo, de un accidente. Con razón, pues que el mismo legislador, al imponer al juez el deber oficioso de limitar las medidas cautelares, le hubiera advertido que esto sólo debía hacerlo al momento de practicar el secuestro. Así lo dice expresamente el inciso sexto del artículo 513 tantas veces citado: "En el momento de practicar el secuestro, el Juez deberá de oficio limitarlo en la forma indicada en el inciso anterior, si el valor de los bienes es notorio, o aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial de otros documentos oficiales, siempre que se le exhiban tales

pruebas en la diligencia...". (Subraya la Sala). Y con razón, también que el embargo de los bienes muebles "no sujetos a registro, se consumará mediante su secuestro" (artículo 681-3), que consiste, según el artículo 2273 del Código Civil, en el "depósito de una cosa que se disputan dos o más individuos, en manos de otro que debe restituirla al que obtenga una decisión a su favor", y que por ende no es dable confundir con la aprehensión o retención que las autoridades de Policía hagan de ésta.

"En síntesis, si el inmueble trabado en el proceso ejecutivo, por razón de la hipoteca que lo afectaba no era garantía cierta del crédito quirografario que se cobraba, y si el valor real del automóvil no era posible establecerlo por no haber sido secuestrado aún, no puede ahora afirmarse, inequívocamente, tal como lo exige el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, que el doctor en su calidad de Juez del Circuito de Bogotá y excediéndose en el ejercicio de sus funciones, cumplió acto arbitrario o injusto al decretar en providencias de la misma fecha (2 de noviembre de 1982) el embargo de estos dos bienes de propiedad del demandado. Para el momento de tomar estas determinaciones no podía haber certeza de que el valor de los bienes con ellas afectados excediera el doble del crédito que se cobraba. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Guillermo Duque Ruiz, Aprobado: Acta No. 071, 16-07-86, Gaceta Judicial No. 2424, t. CLXXXV, p. 50. Con Salvamento de Voto).

COMENTARIOS

El acto cometido en cuanto arbitrario o injusto exige valoración especial que desborda el ámbito estricto del derecho penal.

a) Acto arbitrario: 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.

b) Acto injusto: se 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 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 III. ABUSO DE AUTORIDAD. Estabilidad de los funcionarios judiciales.

Cuando el juez hace uso del poder disciplinario, debe respetar y acatar las normas procesales a que está sujeta la potestad sancionadora, si no hace, incurre en delito contra la administración pública.

"Estabilidad de los funcionarios judiciales. Cuando el juez hace uso del poder disciplinario, debe respetar y acatar las normas procesales a que está sujeta la potestad sancionadora, si no hace, incurre en delito contra la administración pública

.....

"Es incuestionable que la acusada, al estar revestida del carácter del juez, podía ejercer el poder disciplinario (Art. 186, Dto. 1660

de 1978). Pero para hacerlo debía respetar y acatar las normas procesales a que está sujeta la facultad sancionadora, pues lo contrario significa dejar al capricho del juez la cuestión tan importante como es la que toca con los derechos de los empleados subalternos.

"El Decreto de 1978, al establecer normas sobre la administración de personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, otorga a los jueces la facultad de nombrar a los subalternos, pero al propio tiempo consagra que éstos " gozarán de estabilidad y no podrán ser removidos durante el período de sus respectivos superiores, salvo por causas disciplinarias " (Art. 48). Es más el mismo estatuto preceptúa (Atr.50) " si dentro de las noventa (90) días siguientes a la fecha de su posesión, los funcionarios de la Rama Jurisdiccional y los fiscales nombrados en propiedad no hicieron los nombramientos de que trata el artículo 48, los empleados que venían prestando sus servicios al correspondiente despacho tendrán derecho a la estabilidad en sus cargos hasta el vencimiento del período respectivo, siempre que no se encuentren en ninguna de las situaciones señaladas en el artículo precedente ", vale decir, que aquellas que ameritan declaratoria de insubsistencia y que señalan los artículos 8, 9 y 10, " o en los eventos de pérdida del empleo ".

Desde luego, con forme al artículo 115 ibídem, " en cualquier momento podrá declararse insubsistente en el cargo, sin motivar la providencia, a un funcionario o empleado titular, provisional o interno que no reúne los requisitos y calidades exigidos para su ejercicio ", pero ello - agrega la misma ordenación - " sin perjuicio del derecho a la estabilidad de los empleados judiciales ".

"En este caso, sin embargo, como se infiere de la realidad procesal y lo relievra la providencia del Tribunal, no concurría causa alguna que viniera a justificar el retiro del servicio de los subalternos a causa de declaración de insubsistencia. Ambos habían adquirido el derecho a la estabilidad y " el retiro del servicio por destitución sólo solo es procedente como

sanción disciplinaria, con la plena observancia del procedimiento señalado " en el Decreto 1660 de 1978.

"Empero la juez procesada, a pesar de que en su indagatoria afirma conocer el rito necesario para el ejercicio del poder disciplinario, por el decreto suyo de 30 de junio de 1980 retiró del servicio a dos de sus subalternos con olvido del procedimiento a que debía ceñir su actuación. No podía hacer lo que hizo, porque si de mantener el régimen de disciplina interna del juzgado a su cargo se trataba, sólo estaba facultada para "imponer de plano a los empleados multas hasta por cinco (5) días de salario mensual y suspensión sin remuneración hasta de por (6) días " y siempre teniendo el superior la obligación de hacer saber " al inculpado que puede rendir verbalmente las explicaciones que considere pertinentes " (Atar. 198, Dto. 1660). Es más, ni siquiera en la hipótesis de ser ciertas las situaciones a que alude la parte considerativa del referido decreto sería admisible el proceder de la inculpada, puesto que en los precisos términos del artículo 199 id. " cuando la falsedad pudiera dar lugar a destitución, el superior inmediato puede relevar de sus funciones al empleado suspendiéndolo provisionalmente de su cargo, sin derecho a remuneración, mediante resolución expedida de plano tendrá vigencia inmediata y cuyos efectos se prolongarán mientras se surten los procedimientos disciplinarios , pero en ningún momento superior a noventa (90) días, vencidos los cuales sin que se haya tomado determinación alguna, el empleado adquiere el derecho a reincorporarse a su cargo ".

"En suma, es evidente que la funcionaria judicial incurrió en acto arbitrario e injusto: abusó de su autoridad y acusó de perjurio palmario a los empleados, a quienes retiró del servicio con desconocimiento de sus derechos. Cometió de ese modo el simple delito de abuso de autoridad previsto por el artículo 171 del dispositivo penal entonces vigente (y por el artículo 152 del actual), desde luego que como lo advierte el a quo, no se da la animadversión a la sazón reclamada por el artículo 168 de la Ley 95 de 1936 para la estructuración de la prevaricación, supuesto que las constancias procesales no acreditan la malquerencia de la juez hacia los subalternos que desvinculó del

servicio y, como es apenas obvio, no podría invocarse el propio acto arbitrario como prueba de la desafección, pues a lo sumo éste vendría a construir su origen. (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Penal. marzo 11 de 1982 Magistrado Ponente: Doctor Fabio Calderón Botero.)

COMENTARIOS

Una gran parte de los delitos contra la administración pública mencionan de manera expresa en su redacción típica, el abuso de la función o el cumplimiento ilegal de la misma como elementos estructurales dogmáticos incluidos en el modelo legal; es el caso de la concusión, artículo 404 C.P. y de los prevaricatos por acción, omisión o asesoramiento ilegal; otras descripciones como el peculado en sus diversas modalidades -artículos 397 a 403 C.P.- no incluyen como elemento descriptivo expreso dicho abuso de la función; la doctrina tradicional ha querido verlo inmerso o implícito en todos los elementos del comportamiento; no obstante desde el punto de vista dogmático nos tenemos que restringir, al interpretar estas preceptos, a la redacción inequívoca del tipo, en la que el abuso de la función no se encuentra y no pretender buscar aspectos ocultos en el mismo, que en nada contribuyen a su cabal aplicación; ante estos aspectos acudimos a otras instituciones penales tales como las causales de justificación consagradas en el artículo 32 y al capítulo especial del abuso de autoridad.

TEMA IV. ABUSO DE AUTORIDAD. Error de servidor público. Requisitos dogmáticos.

Los errores en que incurran los jueces o magistrados en la apreciación de determinados puntos de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituye de por sí abuso de sus funciones. este delito contra la administración pública no puede ser culposa o por error, sino esencialmente doloso.

"El abuso de autoridad requiere que se prueben plenamente los elementos constitutivos previstos en el artículo 152 del Código Penal, es decir, que se cometa acto arbitrario o injusto por el empleado oficial. Además, este delito contra la administración

de justicia, no puede ser culposo, o por error, sino esencialmente doloso. Y los hechos tan largamente debatidos, que puedan reducirse al ejercicio de una función propia del juez, la no entrega de un animal a un procesado por hurto de ganado mayor, y que murió en poder del depositario o depositarios, en ninguna forma pueden calificarse como arbitrarios e injustos, menos como abuso de autoridad.

"Para que su estructura el delito de abuso de autoridad, ha dicho la Corte, es necesario la concurrencia de un elemento-dolo genérico, del cual pueda deducirse que la arbitrariedad del acto obedece al mero capricho del funcionario y no a un simple error de interpretación, porque los errores que sufran los jueces o magistrados en la apreciación de determinado punto de derecho o en el sostenimiento de una tesis, no constituyen de por sí abuso de sus funciones cuando, por otra parte no se ha demostrado la incorrección moral de los mismos, o sea, aquel otro dolo genérico que debe concurrir para que sea reprobable penalmente su conducta...". (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Penal. marzo 9 de 1982 Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Gómez Velásquez.)

COMENTARIOS

En relación con el tipo subjetivo el abuso de autoridad solo admite como forma de culpabilidad el dolo, por lo que se excluyen las actuaciones negligentes, imperitas, imprudentes o violatorias de deberes de cuidado o observancia de reglamentos, pues la culpa no está expresamente reprimida. Así se exige al agente el conocimiento de la injusticia o arbitrariedad del acto que ha realizado y la voluntad en orden a su realización.

TEMA V. ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO INJUSTO. Configuración.

Por virtud de la modificación introducida a esta conducta en el artículo 416 de la Ley 500 de 2000, se tiene que para su configuración y consecuente punición se requiere no ya que el servidor público, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas cometa acto arbitrario o acto injusto, pues

ahora lo que antes eran comportamientos alternativos, ahora tienen que ser concurrentes, pues no otra cosa puede concluirse de la siguiente preceptiva: *“El servidor público que fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario e injusto, incurrirá en multa y pérdida del empleo el subrayado es nuestro).*

En relación con tal modificación normativa y los efectos que procesalmente puede generar en desarrollo del principio constitucional de favorabilidad, ya la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse mayoritariamente, entre otras, en la siguiente decisión de la cual para lo que interesa en la definición del presente asunto, bien está incorporar el siguiente aparte:

“ (...) que la tipicidad imputada, como sucede en este caso, lo haya sido con sustento en la normatividad anterior por arbitrariedad o injusticia, es la reciente legislación penal la que retroactivamente le resulta más favorable, sin que la cuantía de la multa sea la que determina una tal benignidad, ya que de no concurrir la injusticia en el comportamiento, su atipicidad será evidente, o porque ante la mayor exigencia típica, si la acusación, como la aquí proferida, lo es sólo por acto arbitrario ya no es posible modificar el pliego de cargos para atribuirle igualmente el acto injusto, y por ende, también su atipicidad es la que impera, pues determinada con precisión, como debe ser, en la acusación la conducta típica imputada y siendo este el insustituible fundamento de la sentencia en cuanto al delito objeto del fallo, que a su turno integra la estructura del debido proceso y garantiza el derecho de defensa, se torna en inmodificable”..

Y más adelante, sobre la misma temática, se agregó:

“ (...)no existiendo duda alguna respecto a que la acusación adecuó las conductas desvaloradas como Abuso de Autoridad en una de las dos alternativas típicas posibilitadas por la Ley Penal vigente para cuando se cometieron, esto es, en los ‘actos arbitrarios’, y aplicando a una tal realidad las premisas teórico-

legales manifiestas en precedencias, es lo imperativo colegir, por favorabilidad, la atipicidad de las mismas, en cuanto ya no existiendo posibilidad jurídica, dado el estado del proceso, para modificar la calificación delictiva, es ese, y ningún otro, el tipo penal base para el proferimiento del fallo, que al haber sido derogado por el nuevo Código Penal, sin que tampoco sea dable afirmar el fenómeno de la sucesión de leyes en el tiempo, pues si bien su nominación subsiste, es lo cierto que el contenido de la prohibición ha cambiado, al exigirse ahora la dualidad de connotaciones conductuales; la arbitrariedad y la injusticia, lo que necesariamente hace que no pueda afirmarse igualdad en el marco típico.” (Decisión de junio 25 de 2002. M. P. Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE. Rad. ...) (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 22-10-02, Magistrada ponente: Dra. MARINA PULIDO DE BARÓN)

COMENTARIOS

La figura del abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto posee un verbo determinador simple: COMETER acto arbitrario o injusto, acción que en su contenido intrínseco conlleva la realización efectiva desde el punto de vista material y naturalístico del resultado exigido; el acto arbitrario se debe perpetrar.

La conducta se concreta cuando en ejercicio de la función pública el agente profiere resolución, dictamen, decisión, o realiza hecho que reúna las características del arbitrario o injusto.

Ausencia de complemento subjetivo: los adverbios "injusto" u "arbitrario" son elementos normativos que cualifican el objeto material de la infracción, pero no entrañan intencionalidad específica en el agente para la realización del hecho típico. La finalidad del agente es irrelevante para la configuración del tipo; las causas de su acción o circunstancias especiales que la rodeen se pueden analizar y valorar en los juicios de antijuridicidad y culpabilidad.

TEMA VI. ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO O INJUSTO. INCULPABILIDAD.

Si la misma administración , en el curso de un litigio, coloca a alguna de las partes de desventaja frente a las demás, resulta obvio que se comete una arbitrariedad que ha de ser, por tanto, sancionada. En estos supuestos de torcido comportamiento de la administración pública, de verdad que la comprobación del "móvil" no es necesaria para la comprobación del punible a que hace referencia el artículo 152 del C. P., ni para la consecuente responsabilidad del autor, porque lo que importa (estando demostradas la tipicidad y la antijuricidad) es que exista plena prueba del dolo con que se comete dicho abuso, dolo que consiste en saber y querer el acto arbitrario o injusto que se despliega. / El error en los términos indicados en el numeral 4º del artículo 40 del C. P., constituye una causal de inculpabilidad, por ser fruto de la convicción invencible de que en el actuar no concurre alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Dídimo Páez Velandia, Acta No 09, 03-02 -94, Gaceta Judicial No 2469, t. CCXXX.)

COMENTARIOS

Dentro de la enunciación de las causas de ausencia de responsabilidad penal, por no exigibilidad de la conducta podemos incluir la fuerza mayor y el caso fortuito y la insuperable coacción ajena perfectamente admisible para el delito de abuso de autoridad; situaciones de calamidad pública o privada pueden exculpar el comportamiento por fuerza mayor, caso en el que debe quedar eliminada la culpabilidad por no exigibilidad del comportamiento. De igual manera la insuperable coacción ajena que ejercida sobre el cuerpo o la psíquica del agente si por su magnitud o intensidad doblega su voluntad; para que opere como exculpante la coacción ha de ser insuperable a tal punto que se anote la capacidad de liberarse de la fuerza, violencia, amenaza, temor o ataduras materiales o morales que le impone el coaccionador; actos muy frecuentes a los que se puede llegar en el cumplimiento y ejercicio de la función pública.

El error de prohibición es también admisible excepcionalmente para el presente delito en evento en los que el agente realice el comportamiento creyendo que actúa lícitamente; el conocimiento de la licitud o conciencia de la antijuridicidad se entiende ampliada, según la nueva norma sustancial (art. 32 N°. 11), cuando la persona ha tenido la oportunidad en términos razonables de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. Se presentará esta forma de error en forma directa cuando hay desconocimiento de la norma -tanto civil como penal se trata de un tipo en blanco que en observancia del principio de legalidad exige la misma caracterización dogmática de las normas de reenvío- y el agente considera erradamente que debe realizar la conducta respecto del sujeto pasivo, caso en el cual el error recaerá sobre la propia existencia de la prohibición. No sobre reiterar que esta forma de error se ubicó dentro del error juris nocet, al considerarse que no debía ser prevalente en ningún caso -la ignorancia de la ley no sirve de excusa- concepción que se ha revelado injusta y que por lo demás desconoce la existencia en el propio tipo objetivo de remisiones al ordenamiento extrapenal -tipos en blanco- como en el presente caso. Si el error sobre la licitud es invencible se genera ausencia de culpabilidad y por ende de responsabilidad y si es vencible tan solo se debe surtir la disminución de la pena a la mitad.

TEMA VII. ABUSO DE AUTORIDAD POR ACTO ARBITRARIO INJUSTO. Tránsito legislativo. Tipo subsidiario y alternativo.

“... teniendo en cuenta la entrada a regir de la Ley 599 de 2.000, actual Código Penal, de conformidad con el cual, y al tenor del artículo 416, si bien se mantiene su característica de tipo subsidiario, termina con la descripción alternativa de las conductas estatuidas en las disposiciones anteriores para su tipificación, conjugándolas en una doble connotación comportamental, como que ya no es suficiente que la acción prohibida sea, indistintamente, tildada de arbitraria o de injusta, sino que ahora, es imprescindible que concomitantemente se trate de un “acto arbitrario e injusto”, esto es, que para aquellos eventos en que la tipicidad imputada,

como sucede en este caso, lo haya sido con sustento en la normatividad anterior por arbitrariedad o injusticia, es la reciente legislación penal la que retroactivamente le resulta más favorable, sin que la cuantía de la multa sea la que determina una tal benignidad, ya que de no concurrir la injusticia en el comportamiento, su atipicidad será evidente, o porque ante la mayor exigencia típica, si la acusación, como la aquí proferida, lo es sólo por el acto arbitrario ya no es posible modificar el pliego de cargos para atribuirle igualmente el acto injusto, y por ende, también su atipicidad es la que impera, pues determinada con precisión, como debe ser, en la acusación la conducta típica imputada y siendo este el insustituible fundamento de la sentencia en cuanto al delito objeto del fallo, que a su turno integra la estructura del debido proceso y garantiza el derecho de defensa, se torna en inmodificable. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 25-06-02, Magistrado ponente: Dr. CARLOS AUGUSTO GÁLVEZ ARGOTE)

COMENTARIOS

El tipo de abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto presenta la siguiente clasificación tipológica.

Se trata de un tipo de resultado. La acción cometer acto arbitrario conlleva la producción de resultados en los órdenes naturalístico o jurídico necesarios para la configuración del hecho típico; tales eventos son las manifestaciones sensibles de su realización, no se puede concebir un acto arbitrario o injusto que no tenga manifestaciones físicas o materiales apreciables.

Es tipo de lesión. 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 ha de observarse en el desarrollo de toda la actividad de los agentes estatales.

Tipo de conducta instantánea. En el aspecto temporal de la materialización de la conducta "cometer acto arbitrario o injusto", se produce la perfección y agotamiento del tipo, sin interesar -para efectos de tipicidad- el tiempo en el que duren

los efectos sensibles de dicho comportamiento. Así el momento el que se produzca la suspensión del resultado de la acción no tiene importancia en orden a la configuración del hecho típico.

Tipo mono-ofensivo. Únicamente el interés jurídico de la administración pública es vulnerado con la acción, la observancia y acatamiento del principio de subordinación estricta a la ley en toda la actividad de los agentes estatales.

Finalmente se trata de un tipo subsidiario. Debido a que varios de los delitos del presente título, implican abuso de autoridad por parte del agente, el tipo en comentario solo se incrimina si la acción no perfecciona otro delito autónomo. Así por ejemplo, el peculado, la concusión, el cohecho 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 presente descripción solo se aplicará cuando el agente no haya alcanzado a perfeccionar hecho punible diverso como puede ser cualquier modalidad de peculado o cohecho infracciones que siempre entrañarán injusticia y arbitrariedad.

TEMA VIII. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA. Estructura.

Quiso pues el legislador que esta conducta quedara plasmada en el artículo 153 del Código Penal, que se intitula "ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA". Pero, se insistirá, si lo que sucedió fue que el funcionario omitió la apertura de sumario, cómo subsumir tal hecho en la norma que se comenta. Y, se responderá, porque, como quedó visto y ahora se recalca, la conducta (acción por omisión) es una sola, esto es, que la posibilidad de predicamento de que faltó a su deber de abrir investigación, nace de que tampoco hubiera comunicado el hecho a la autoridad competente; mas, si hizo esto último, es impertinente formular cargo por la no apertura de averiguación. Dicho de otro modo, lo trascendente penalmente de la conducta omisiva queda subsumido en la faz del asunto que el legislador hizo figurar en el tipo consagrado en el artículo 153 del Código

Penal que irremediabilmente recoge la otra cara del mismo. No se puede desconocer que se compendia el todo del asunto con cualquiera de los extremos que se tome para integrar el tipo penal. Es que no se trata de que se falte a dos deberes funcionales, sino a uno exclusivo de doble apariencia; de ahí que con cualquiera de los dos, reitérese, que cumpla, satisfaga integralmente su obligación legal. Así las cosas, no hay entonces lugar aquí a referencias sobre existencia o no del delito de prevaricato por omisión porque el legislador así lo quiso, atendiendo a una cabal técnica legislativa y consultando la mejor doctrina.

"Y mal puede hablarse de abuso de autoridad por omisión de denuncia porque el deber del funcionario de abrir investigación o de llevar el hecho al conocimiento del competente, nace o se impone cuando en su sano criterio se puede estar en presencia de un delito, de conocimiento suyo en un caso, o de otra autoridad, para el segundo evento; y, por contrario modo, si lo que se entiende el funcionario es que hay inoccurrencia delictiva, obviamente que mal puede saberse obligado a realizar cualquiera de las dos opciones. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal noviembre 12 de 1991 Magistrado Ponente : Doctor. Gustavo Gómez Velásquez.)

COMENTARIOS

El delito de abuso de autoridad por omisión de denuncia tiene un sujeto activo cualificado jurídicamente y singular. El comportamiento solo puede ser realizado por servidor público (art. 63 C.P.), así en el momento de la realización de la omisión descrita no se encuentre en efectivo ejercicio de funciones o desempeño del cargo; la omisión perpetrada por particular se incriminará como delito contra la administración de justicia -favorecimiento o receptación, artículos 176 y 177, si se configuran las condiciones típicas de los mismos. El agente puede pertenecer a cualquiera de las ramas del poder público, -ejecutivo, legislativo, judicial- o de sus órganos independientes, organismos de control y autoridades electorales.

El sujeto pasivo es el Estado, los bienes lesionados están radicados en él, como ente sujeto de derechos; tanto el objeto jurídico prevalente, administración pública, como el bien secundario de tutela, administración de justicia.

La conducta objetiva o formal se concreta de la siguiente manera:

Verbo determinador simple: no dar cuenta, no denunciar, acción que denota omisión simple en cuanto el "no hacer", no debe revestir necesariamente manifestaciones objetivas.

Es un hecho negativo propio (omisión), que se concreta en la violación de una obligación de hacer (denunciar); para la tipicidad del hecho no interesan los motivos, ni las posibles conductas positivas que en su lugar haya ejercido el agente.

Presenta ausencia de complemento subjetivo: el hecho punible no exige la revisión o examen de las normas legales que imponen el deber de denuncia, pues a ellas no se hace ninguna referencia en el tipo; claro está que existen pero no fueron incluidas como elementos normativos de la conducta por el legislador.

TEMA IX. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA Y FALSA DENUNCIA CONTRA PERSONA DETERMINADA. Delimitación y alcance.

El artículo 153 del Código Penal debe referirse a hechos que constituyan infracción penal cuya averiguación deba adelantarse de oficio y el conocimiento de su ilicitud por parte del empleado oficial es cuestión subjetiva o de apreciación personal del funcionario.

"Dicho fenómeno descarta, como es obvio, la hipótesis delictuosa del artículo 167 del Código Penal (falsa denuncia contra persona determinada) que exige en el agente un obrar a conciencia de que la persona denunciada bajo juramento es inocente a pesar de lo cual se le acusa como autor o partícipe de un delito que "no ha cometido" o en el que "no ha tomado

parte", situación que no puede predicarse de la señora xx por denunciar a su ex mandatario judicial atribuyéndole el delito de abuso de confianza, el que consideró configurado por retenerle o apropiarse cierta suma de dinero proveniente de la venta de sus derechos en al sucesión de su esposo.

(...)

"La omisión de que trata el artículo 153 del Código Penal debe referirse a hechos que constituyan infracción penal cuya averiguación deba adelantarse de oficio y el conocimiento de su ilicitud por parte del empleado oficial es cuestión subjetiva, o de apreciación personal del funcionario que al decir de la jurisprudencia y la doctrina equivalente a "tener conciencia" o "estar convencido" de tal ilicitud.

"Empero, existen ciertos hechos punibles como los llamados delitos naturales que por su manifiesta u ostensible densidad punitiva como el homicidio, la violación o el secuestro, entre otros, rechazan cualquier apreciación subjetiva sobre su configuración o existencia imponiéndole a todo servidor público el deber de denunciarlos de inmediato ante la autoridad respectiva, si no es la competente para avocar directamente su conocimiento. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Agosto 3 de 1989 Magistrado Ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.)

COMENTARIOS

El tipo de falsa denuncia contra persona determinada tiene como concreciones objetivas o formales, las siguientes.

El sujeto activo es indeterminado singular. Por la parte activa el agente no requiere ninguna especial calidad para que llegue a adquirir la potencialidad de realizar el hecho. No obstante en sentido estricto se debe exigir al sujeto activo su capacidad para declarar bajo juramento, con lo cual en la propia realización de la acción el agente debe presentar la calidad jurídica de denunciante.

La ley procesal dispone que ningún coasociado está obligado a dar noticia, informar o a formular ante la autoridad denuncia contra si mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni a denunciar los hechos punibles que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente secreto profesional.

De acuerdo con lo anterior, los sujetos que en un determinado caso no se encuentran obligados a denunciar, pueden adquirir la idoneidad o potencialidad de ser agentes de la presente infracción; ya que el derecho que tienen a abstenerse de presentar denuncia puede ser ejercitado o renunciado, pues es claro que en nuestro sistema procesal la señaladas circunstancias generan y se estructuraron consecucionalmente, como una facultad y no bajo la naturaleza de prohibición, de tal forma que conocido el derecho, si el sujeto opta por realizar el acto formal de denuncia, surge para él la obligación de veracidad; si el hecho punible denunciado resulta falso perfeccionará el presente tipo.

El sujeto pasivo es el Estado titular del bien jurídico prevalente; el tipo protege simultáneamente la integridad moral del falsamente denunciado, que sin duda se ve lesionado con la realización del hecho, tal sujeto adquirirá la calidad de víctima o perjudicado.

Dada la naturaleza pluriofensiva del tipo, uno de sus elementos esenciales es que el falso hecho punible se atribuya a una persona determinada o determinable inequívocamente, por lo que no es posible afirmar que siempre se presentará un sujeto pasivo secundario; adicionalmente la infracción puede llegar a generar afectación a derechos particulares -inocentes investigados que no han sido reseñados en la denuncia, por ejemplo- que también adquirirán la calidad de víctimas o perjudicados frente al hecho típico. De todas formas la infracción no exige daño a particulares, en juicio de tipicidad, su finalidad podría llegar a ser su beneficio o protección.

Conducta. Denunciar mediante declaración formalmente válida la comisión de un hecho punible, o la coparticipación en él; se debe realizar ante autoridad competente y debe haber sido emitida bajo la formalidad del juramento.

Como es sabido el verbo determinador es simple: denunciar, que en sentido general se define como la acción consistente en imputar falsamente a una persona hechos que si fueran ciertos constituirían delito o falta de los que dan lugar a procedimiento de oficio. Por lo anterior, en el presente caso si se presenta una verdadera imputación o acusación ya que se dirige contra persona determinada, al contrario de lo que acontece con la falsa denuncia simple.

En referencia a la denominación del tipo es perfectamente aplicable la crítica del profesor PEREZ en cuanto considera errada la nominación, pues la incriminación deriva de no ser falsa la denuncia, sino de ser falsas las afirmaciones sobre el autor del hecho denunciado. "La denuncia es verdadera, o al menos a de serlo, si la conducta ha de adecuarse a la descripción textual". Su origen es una infracción que no ha cometido la persona denunciada, por lo que tal falsedad no se puede trasladar a la irrealidad del informe dirigido a las autoridades. La doctrina tradicional lo han denominado "simulación de delincuente" en oposición a la "simulación de delito" utilizada antiguamente para nominar la falsa denuncia simple.

La utilización del verbo denunciar incorpora el significado de tal expresión como elemento normativo de carácter jurídico del tipo, para determinar su alcance es necesario acudir a la normatividad procesal penal que impone el deber de denunciar y estipula taxativamente los requisitos que debe llenar el acto para que configure denuncia penal con plenos efectos jurídico-procesales. Así, deberá ser realizada bajo juramento, puede ser verbal o escrita, en ella se indicará el día y la hora de su presentación y debe contener una relación detallada de los hechos que conoce el denunciante. Igualmente este deberá señalar si le consta que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario.

Elemento implícito esencial de la acción descrita es que la denuncia puede referirse a un hecho punible existente o no, pero lo fundamental es que de su contenido se concluya que ha habido atribución o imputación a persona determinada; en ella se han de hacer imputación concretas; del texto mismo del acto se debe concluir que se ha hecho mención sobre autores o partícipes determinados o determinables. Consideramos que la mención de personas, sin plena y total identidad e identificación, con referencias o indicadores que no hagan posible su cabal determinación excluye la tipicidad frente al presente tipo.

En relación con el alcance de la acción, vemos totalmente aplicables los criterios fijados por la doctrina estricta en orden a la interpretación y aplicación del verbo denunciar en virtud de la cual se restringe a su valor jurídico y procesal penal. La ley de procedimiento dice claramente que debe entenderse por denuncia. La hermeneútica restrictiva se impone en estas materias. Ampliar los contenidos típicos y las propias acciones punibles a hipótesis no comprendidas expresamente es mecanismo analógico proscrito de nuestra disciplina; lo anterior se reafirma si la propia ley procesal dice expresamente que acto es el que constituye denuncia y regula su contenido formal y sustancial.

Como ya se advirtió la denuncia debe llenar todos y cada uno de los requisitos exigidos en la ley procesal y nada más, cualquier exigencia adicional carece de fundamento normativo, lo cual plantea el problema de la certidumbre de los hechos denunciados en este caso frente a la identidad o determinación del sujeto imputado; este elemento no es exigible como tampoco lo podría ser la imposición del deber para el denunciante de presentar pruebas de la autoría o participación del denunciado, basta la convicción objetiva y subjetiva de tales hechos para que la acción deje de ser incriminable por vía del presente tipo, pues el pleno y cabal esclarecimiento de los hechos y la determinación inequívoca de autores y partícipes es precisamente el objeto y finalidad del proceso penal. Así para examinar la tipicidad de la acción se debe tener muy

presente que es el mismo ordenamiento el que impone a todos los coasociados el deber de denunciar los hechos punibles de que tengan conocimiento y si les consta proveer a la justicia la identificación de los responsables, obligación que no se puede pretender extender a que otorguen a la justicia la certidumbre y la plena demostración de los mismos.

Así mismo la exigencia de denuncia formal, como institución jurídico-procesal hace que el acto se distinga de la delación o simple información informal, la cual se suele presentar mediante escrito anónimo el cual lleva en si mismo el contenido de la incidencia y la irresponsabilidad, en ocasiones procurando la satisfacción de bajas pasiones de envidia o venganza. Frente a tales fuentes de conocimiento el aparato judicial debe ponerse en movimiento, de acuerdo a nuestro sistema procesal vigente pues la autoridad debe investigar ante la información por cualquier medio de la posible comisión de un hecho punible; pero el falso delator no adecuará su comportamiento al presente tipo, en caso de producirse su identificación únicamente puede ser sujeto activo de eventual reato contra la integridad moral del falsamente delatado.

La figura de la delación es aceptada y en ocasiones patrocinada por nuestro ordenamiento con la justificación, no del todo convincente, de que puede constituir una ayuda decisiva para el descubrimiento de autores y partícipes especialmente tratándose de delitos graves o frente a la lucha contra fenómenos de delincuencia organizada. Sobre este tema PEREZ transcribe el siguiente texto de JIMENEZ ASENJO que creemos oportuno citar: "La delación es una forma de descubrir los delitos, y aunque muchas veces se haya manchado con el deshonor de la calumnia o de la venganza, se suele utilizar por parte del poder público, estimulándola mediante promesas fuertemente remunerativas del servicio, para descubrir los autores de escandalosos y graves crímenes que, de no ser así, permanecerían por miedo o cobardía, en la impunidad más absoluta."

"Además no puede olvidarse, de otra parte, que si la delación, se ha dicho, es la denuncia de los viles, también suele ofrecerse

muchas veces como la defensa más viable de los débiles o sojuzgados, que se escudan en su anonimato irresponsable para defenderse del enojo de los poderosos, y en muchas ocasiones ha servido para descubrir crímenes oscuros y peligrosos que yacían en el misterio más impenetrable. No cabe duda de que la delación guarda una relación muy acusada con el sistema político imperante en un país y época determinada, y la historia muestra ejemplos abundantes en que el sistema de soplonería coincide con las más vergonzosas épocas de decadencia político-social de los regímenes."

Respecto del presente tipo consideramos también que la denuncia debe referirse a delitos que puedan ser investigados de oficio, razón por la cual en este caso tampoco puede recaer sobre los que exigen querrela de parte.; frente a lo cual es plenamente aplicable lo estudiado a propósito del delito de falsa denuncia simple.

Bástenos recordar en este lugar que cuando un querellante legítimo (sujeto pasivo del hecho querellado o su representante legal) presentan una querrela referente a un hecho punible, refiriendo como autor o participe a persona determinada; la solución en plena aplicación del método dogmático no puede ser otra que negar la tipicidad del hecho, pues donde la ley utiliza el verbo "denunciar" no se puede entender "querellar" - por más similitudes que se pretendan encontrar a los dos actos- sin hacer una ilegítima ampliación del tipo. Abrir la puerta a especies de analogías "in malam partem" como la que se está criticando, nos conduciría a afirmar absurdamente que se adecua al tipo descrito en el artículo 166 la falsa querrela policiva por ocupación de hecho o perturbación a la posesión de un inmueble, pues tal acto reviste varias similitudes con la denuncia formal penal.

Como es sabido el tipo se agota en el momento de perfeccionarse el acto de denuncia, por lo cual el hecho punible denunciado con la atribución de su autoría a personas determinadas debe tener el carácter de tal en la normatividad vigente al momento de realizarse la acción. Si ha sido descriminalizado por virtud de ley anterior no se configurará

tipicidad. A contrario sensu, si al momento de realizarse la acción el hecho era descrito en la ley como punible pero deja de serlo con posterioridad a la misma, tal eventualidad en nada influirá para su perfecta tipificación como falsa denuncia contra persona determinada. De igual manera si antes o después de realizado denunció con las imputaciones falsas, el hecho es modificado legislativamente de delito a contravención o viceversa, siempre y cuando que su investigación proceda de oficio, la acción seguirá siendo típica dada la clasificación legal del hecho punible que incluye estas dos categorías; no obstante en ambos supuestos habrá lugar a la aplicación del principio de favorabilidad y se deberá aplicar la reducción de pena.

La imputación debe hacerse en forma categórica y precisa, es decir inequívoca en relación con el hecho punible y la persona o personas falsamente denunciadas. Por lo anterior la mentira del falso denunciante debe referirse a un hecho y a una persona concretas.

La acción tipificada presenta como complementos descriptivos de carácter modal que se debe realizar bajo juramento y ante autoridad competente este último como lo reseñamos en otro lugar se encuentra implícito en el tipo. Lo anteriores complementos adquieren simultáneamente la categoría de elementos normativos de índole procesal, a los cuales son aplicables los criterios reseñados a propósito de la falsa denuncia simple; no obstante los aspectos peculiares los estudiaremos en el acápite correspondiente a los elementos normativos del tipo.

TEMA X. ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. Diferencias.

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.

(...).

"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 requisa personal improcedentes y tantas similares diligencias como juegan en el ordinario ámbito de funciones del empleado oficial).

"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." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 10 de

diciembre de 1982. Magistrado Ponente: doctor Gustavo Gómez Velásquez)

COMENTARIOS

TEMA XI. ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. Diferencias. Concurso aparente.

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.

(...)

"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 subjúdice, 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. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación

Penal 9 de septiembre de 1986 Magistrado Ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.)

COMENTARIOS

El prevaricato. 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. Definición genérica. 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.

TEMA XI. ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. Discrepancia de criterios entre funcionarios.

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 por su aplicación 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. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal del 23 de julio de 1986 Magistrado ponente : Doctor Guillermo Duque Ruiz.)

COMENTARIOS

Las expresiones "resolución" y "dictamen", objetos materiales de la infracción, exigen valoración frente al ordenamiento administrativo, que determina la naturaleza del acto y su contenido en relación con la función pública ejercida por el agente al realizar la conducta.

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.

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.

La revocatoria del acto manifiestamente ilegal por alguno de los medios prescritos para tal efecto en el procedimiento administrativo -recursos ordinarios de reposición y apelación o revocatoria directa- no hace desaparecer la infracción y ni siquiera tiene idoneidad como atenuante especial de punibilidad, tal circunstancia podría únicamente ser apreciada en referencia a los principios de dosificación punitiva y atenuación genérica.

TEMA XII. ABUSO DE AUTORIDAD Y PREVARICATO. Criterios diferenciadores.

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 despliega 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. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 12 de Junio de 1990 Magistrado Ponente: doctor Edgar Saavedra Rojas.)

COMENTARIOS

En le prevaricato por acción el verbo determinador: proferir, en su acepción de expedir, de manifestación formal del voluntad.

La conducta se concreta en el acto de declaración, emisión o producción del objeto material de la infracción; manifestación de voluntad del agente, quien ejerce en sentido formal y material -aunque de manera ilegal y arbitraria- la autoridad de la cual está investido. Por lo anterior no es necesario que la providencia proferida se encuentre ejecutada, ejecutoriada o perfeccionada.

En referencia al objeto material del reato tenemos que 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. "En cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse".

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.

TEMA XIII. CONCUSIÓN. Elemento subjetivo y tipo objetivo.

"El aprovechamiento económico es en el delito de concusión un mero ingrediente subjetivo, que debe existir en la mente del sujeto agente en el momento de realizar la conducta.

"Dijo la Corte en pasada ocasión, que la concusión que tipifica el artículo 140 del Código Penal y reproduce el artículo 198 de Código de Justicia Penal Militar, es un abuso de autoridad del funcionario público que suscita en la víctima un temor o también un error que la lleva a dar o prometer aquello que no debe.

"Se afirmó igualmente que la concusión es un comportamiento de acción que ha de realizar persona investida de la calidad jurídica de funcionario público, quien hace valer el constreñimiento, la inducción o la solicitud para infundir en la víctima un temor, una alteración del ánimo, el "metus publicae potestatis" que lleva a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad no debidos.

(...)

"Pero, aún aceptando en gracia de discusión, que no estuviese plenamente probada la obtención del lucro económico, tal circunstancia en nada modifica la situación, porque sabido es que el aprovechamiento económico es en el delito de concusión un mero ingrediente subjetivo que debe existir en el ánimo, en la mente del sujeto agente en el momento de realizar la conducta y el delito se considera consumado cuando con tal fin el delincuente constriñe, induce o solicita el dinero o cualquier otra utilidad, siendo indiferente que obtenga o no dicho beneficio. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Marzo 29 de 1990. Magistrado ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.)

COMENTARIOS

En el delito de concusión no es necesario que la decisión -acto positivo o negativo- por la cual se realiza la exigencia ilícita, esté dentro de la órbita de competencia del agente; es decir, en la infracción se determina un abuso de la autoridad y de la investidura pública radicados en el agente, por tanto puede ser

cometida por funcionarios que no son competentes para la realización del acto por el cual se hace la exigencia; lo fundamental es la utilización de la autoridad para la obtención de la promesa o entrega indebidas.

Por todo lo anterior tampoco es necesario para la configuración del tipo que el agente se encuentre en legal ejercicio de sus funciones, este puede encontrarse suspendido, en vacaciones, licencia o permiso; de igual forma puede ser sujeto activo un servidor que realice la acción fuera de su marco territorial de competencia, siempre que -en todo caso- esgrima su condición de autoridad para la obtención de los fines descritos en la norma.

El sujeto pasivo es el Estado, titular del bien jurídico protegido en forma prevalente; el particular sobre el cual recae la conducta descrita, titular de los bienes jurídicos de la libre autodeterminación y patrimonio económico que se pueden ver amenazados o lesionados, adquiere la calidad de víctima o perjudicado y objeto material de la infracción.

La conducta posee un verbo determinador compuesto alternativo: constreñir, inducir o solicitar, son las tres hipótesis de comportamiento que se pueden presentar conjunta o aisladamente sin que la tipicidad varíe.

Constreñir: compeler u obligar, implica violencia como medio para conseguir el objetivo propuesto por el agente. El constreñimiento aquí comprendido no suprime la voluntad del particular, pero si la coarta o disminuye. La violencia física que elimina la voluntad no es elemento de esta infracción.

Inducir: persuadir, convencer, empujar, inculcar en el particular la finalidad perseguida por el agente. Implica sutileza en la actuación del servidor público, que sin violencia determina la actuación del particular

Solicitar: manifestación explícita y concreta del agente que requiere, sin violencia y en forma directa, del particular el beneficio material indebido.

La figura tiene como complemento descriptivo el que ella se ha de realizar en abuso del cargo o función; el funcionario ha de aprovechar su investidura y calidad, lo mismo que las facultades y poderes que posee, para realizar la conducta típica.

La conducta puede ser realizada por sujeto que no tenga competencia funcional para decidir el asunto de que se trata, puede estar en situaciones de licencia o fuera del territorio de su jurisdicción, basta el simple aprovechamiento de su calidad de servidor público.

Complemento subjetivo: la realización de alguna de las conductas alternativas previstas, ha de tener un objeto o finalidad específica, cual es que el particular de o prometa una utilidad indebida.

La acción lesiona por si misma y en forma prevalente la moralidad de la actividad estatal y la ética en el ejercicio de las facultades emanadas de los cargos públicos, por lo cual el bien jurídico primordialmente tutelado es la Administración Pública. Secundariamente la norma tutela los bienes de la libertad, patrimonio económico e integridad personal que se pueden ver lesionados o amenazados con la realización de la conducta, atentados que de llegar a producirse abren varias posibilidades de concurso.

TEMA XIV. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA. Presupuestos.

Cuando el comportamiento no configure hecho subsumible en un tipo delictivo, su omisión de ponerlo en conocimiento de la autoridad, no genera abuso de autoridad . (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado ponente: Dr. Alfonso Reyes Echandía , Acta No. 58, 24-07-84, Gaceta Judicial No. 2416, t. CLXXVII, p.252).

COMENTARIOS

Para la tipicidad del hecho es necesario determinar si lo conocido y no denunciado por el agente, constituye hecho-típico que deba ser investigado de oficio. No es necesario el conocimiento de los elementos antijuridicidad o culpabilidad del hecho, tales valoraciones no se pueden exigir al agente y deben ser objeto de investigación y determinación por parte de la autoridad competente.

No es necesario que el conocimiento del delito haya llegado al agente con ocasión del ejercicio de sus funciones o cargo; la lealtad de los funcionarios hacia el ordenamiento jurídico no puede ser intermitente, debe ser una actitud permanente derivada de la honrosa investidura de servidor del Estado. Al funcionario no solo se le exige celo y lealtad durante su jornada laboral o durante el tiempo que efectivamente ejerza su cargo o cumpla sus funciones, la investidura del servidor se ostenta y genera obligaciones de carácter permanente.

Posición doctrinal contraria que no compartimos, afirma que "como este capítulo se sancionan una serie de conductas que afectan el ejercicio de la función pública, debe exigirse que ese conocimiento se haya producido en ejercicio del cargo o de la función. En circunstancias distintas la posición del empleado oficial (sic) es igual a la de los demás ciudadanos".

Se debe precisar que la expresión delito se ha de entender dentro de clasificación bipartita de los hechos punibles adoptada por el artículo 18 C.P. que divide en delitos y contravenciones, por tanto no es punible la omisión de denuncia frente al conocimiento de la comisión de hechos contravencionales.

De igual forma la obligación pesa si el conocimiento versa sobre delito que deba investigarse de oficio y no sobre los llamados delitos querellables.

TEMA XV. CONCUSIÓN. Estructuración.

El delito de concusión se estructura cuando el servidor público, abusando de su cargo o de sus funciones, constriñe

o induce a alguien a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicita para sí o para un tercero (art. 140 Código Penal, modificado por el artículo 21 de la Ley 190 de 1995).

El motivo de controversia en el caso de autos, se presenta en torno a la naturaleza de la prestación exigida por el procesado, la cual, a juicio del demandante y del vocero del Ministerio Público en esta sede, sería legítima, por fundarse en un hecho generador de obligaciones a cargo del individuo constreñido, circunstancia que haría que su conducta se desplace al tipo penal que describe el abuso de autoridad.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han coincidido en señalar que indebido es lo que no se debe, aquello que carece de título legal, de su causa legítima. Este ha sido y sigue siendo el sentido del concepto mencionado, y el que debe, por tanto, servir de referencia para determinar en cada caso la legalidad de la exigencia hecha por el servidor público. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación, 08-05-97, Magistrado ponente doctor Fernando E. Arboleda Ripoll)

COMENTARIOS

La caracterización esencial del delito de concusión podemos realizarla de la siguiente manera.

Concepto etimológico. Del latín concussoniss que significa sacudimiento o conmoción; para obtener alguna finalidad. "Sacudir el árbol para hacer caer frutas".

Concepto genérico. Abuso de la función pública para obtener provecho o resultados indebidos, valiéndose de la amenaza que implica la actuación de la autoridad; es el amedrantamiento realizado por el funcionario para obtener dinero o alguna otra utilidad de otra persona. "Es el acto del funcionario público que mediante el temor que ordinariamente suscita su carácter de

autoridad, obtiene de los particulares exacciones indebidas" (1).

Concepto clásico. CARRARA incluía este delito dentro de los que llamaba "delitos contra la justicia pública" definiéndolo como la infracción de los que obtiene lucro de otros por miedo al poder público. Explicaba: "Si para obtener el lucro indebido se amenaza solamente con el uso de la fuerza privada, ya no hay delito contra la justicia pública, sino que se originan los títulos de extorsión o de hurto violento que aparecen entre los delitos contra la propiedad. ... pero cuando este resulta de fuerza pública, no de la fuerza privada, se encuentra en el medio empleado el objeto predominante; y como este objeto consiste en la justicia pública a que todos los ciudadanos tienen derecho, el delito se hace social". (2)

Elementos esenciales: se determinan tres elementos diferenciadores de esta entidad delictiva: obrar para tener provecho, que este sea ilícito y que para alcanzarlo se ejerza amenaza de un acto de autoridad de la cual está investido el agente.

TEMA XVI. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Bien jurídico.

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

“Ahora bien, la misma definición de los tipos legales, como conductas prohibidas, delimita el ámbito de protección penal del bien jurídico de la administración pública, que de otra manera quedaría expuesto a interpretaciones amplias y extrajurídicas nocivas a los principios de seguridad jurídica y legalidad.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente Dr. JORGE ANÍBAL GÓMEZ GALLEGO, Sentencia de Casación, 08/02/01, Acta N°.16, Expediente N° 14824)

COMENTARIOS

Atentan contra la denominada -en sentido lato- administración pública, las conductas que enturbian, alteran, obstaculizan o impiden el normal funcionamiento de los órganos del poder público o hacen que el ejercicio de la gestión pública no se desarrolle con objetividad, rectitud, honradez, diligencia y eficacia.

Mientras los Títulos XVII y XVIII de la parte especial del Código protegen -mediante conductas de peligro- el ser del Estado, el Título XV protege -mediante conductas de resultado- su actuar, su dinámica, sus relaciones intra e interorgánicas y su desenvolvimiento frente a los coasociados.

La actividad del Estado en procura de sus finalidades esenciales ha de ser oportuna, pronta eficaz, objetiva e imparcial. Estas características de la gestión pública son sus valores esenciales, los cuales son protegidos por todas las conductas descritas en el presente título.

El Estado actúa por medio de sujetos investidos de autoridad, respetando los principios de legalidad y justicia, con imparcialidad e independencia, dentro de estrictas órbitas de competencia, principios que se convierten en intereses colectivos, tutelados también en la generalidad de los tipos penales consagrados.

En sentido general define RANIERI que "atentan contra la administración pública los delitos que impiden o perturban la organización y el desarrollo normal de las actividades de los órganos públicos en el ejercicio de sus funciones".

TEMA XVII. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE SERVIDOR PÚBLICO. Sujeto activo. Elementos normativos.

Centrada la atención en el tema del debate dentro del cual planeta el impugnante una errónea interpretación del Tribunal respecto del tipo penal descrito en el artículo 148 del Código Penal, no podrá menos la Sala que coincidir con las críticas que al fallo dirigen el casacionista y la Procuraduría Delegada, porque apenas traduce y resume la providencia sometida a examen toda la confusión que acusaron las instancias al rededor de las posibles adecuaciones de la conducta del acusado a las normas penales, intentando alternativamente su reproche bajo el abuso de autoridad por intervención en política, el enriquecimiento ilícito y aún el peculado por error ajeno que tan pronto planteó como abandonó el Ministerio Público ante el Tribunal con motivo de la calificación de fondo.

"De esa desorientación conceptual dan fe los razonamientos del ad-quem en su sentencia, errátiles en la precisión del sujeto activo de la infracción, equivocados en su análisis de la relación causal entre el ejercicio funcional y el incremento patrimonial del acusado y desacertados una vez más con relación al concepto de subsidiariedad del tipo que maneja para deducir la punibilidad de la conducta predescrita.

"Refiriéndose el precepto (art. 148 Código Penal), a un sujeto activo cualificado, resultaba de rigor determinar el empleo dentro del cual realizaba el acusado las funciones con cuyo abuso obtuvo el reprochable enriquecimiento, clasificación que con mayor énfasis se impone al destacar que no fue una sino doble la vinculación oficial del acusado.

"Lejos de concretarse por el Tribunal este punto de partida, la ambigüedad de su planteamiento se hace evidente al mencionar

de modo alternativo el empleo de Asistente de congresista que desempeñaba nn y su diputación a la Asamblea del Huila, cuando no se insinúa que la infracción radicó precisamente en el doble ejercicio de aquellos cargos, lo que de suyo constituye un contrasentido, porque ninguno de los dos destinos públicos guardaba relación con el otro para poder hallar una relación causal o derivación que entrara a suplir las otras exigencias de la norma.

(...)

"El obligado nexo que entre la investidura oficial o las funciones inherentes a un determinado cargo (no a otra fuente distinta de ingresos), requiere insustituiblemente el artículo 148 del Código Penal para hacer penalmente reprochable una acrecentamiento patrimonial ilegítimamente obtenido, lejos de mostrarse inequívocamente en la sentencia (art. 3ro. Código Penal), vino incorrectamente a suplirse por una interpretación extensiva y ajena a los términos del precepto, pues donde obligaba señalar la relación causa-efecto, entró a recriminarse un comportamiento éticamente censurable y constitucionalmente vedado, propio tal vez de la atención y represión disciplinaria, pero desajustado a la descripción precisa del precepto penal, invocado aquí con fines netamente represivos.

(...)

"Singularizado el caso del enriquecimiento ilícito, de tiempo atrás tenía ya precisado por su parte la doctrina, que la subsidiariedad en él "...opera de modo diverso, por cuanto en estricto sentido no se trata de que el hecho no constituya otro delito, sino de que no aparezca demostrada en concreto la omisión de uno o varios delitos cumplidos en el ejercicio del cargo" (Luis Enrique Aldana Roza -El catedrático, el Procurador, el Magistrado", edit. Universidad Externado de Colombia, 1987, pg. 94), interpretación que en los términos siguientes acogió la Corte:

"Tal carácter subsidiario que se le dio al punible, no fue para solucionar posibles conflictos aparentes de tipos, como con frecuencia lo hace el legislador, sino para impedir que por falta

de precisión probatoria quedara en la impunidad cualquiera de los otros delitos contra la Administración Pública.

"Es decir, que si se demuestra que un empleado oficial se enriqueció injustificadamente por razón de su cargo o de las funciones propias de éste, pero la prueba no permitió establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un peculado, de un cohecho, de una concusión, etc., habría necesidad de absolverlo si no existiera en el Código la figura del enriquecimiento ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria.

"Porque si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el fruto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente al empleado oficial se le condenará por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido."(cfr. sentencia de segunda instancia, noviembre 21 de 1990. Magistrado ponente Dr. Guillermo Duque Ruiz.)". (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal 29 de Octubre de 1993 Magistrado Ponente: doctor Juan Manuel Torres Fresneda.)

COMENTARIOS

El enriquecimiento ilícito, genéricamente, es el aumento de patrimonio de un servidor público derivado del ejercicio indebido de la función pública.

Fundamento de la tipificación especial. Se consagra en la presente norma un tipo subsidiario, pues el aumento patrimonial indebido puede surgir de la comisión de un peculado, un cohecho, una concusión o un prevaricato, por lo cual la figura se tipificó para comprender las hipótesis en las que por dificultades probatorias no puede demostrarse el origen preciso del mencionado incremento.

Los sofisticados mecanismos y sistemas de corrupción administrativa hacen perfectamente justificable la redacción típica, debido al reiterado fenómeno de enriquecimiento rápido

y en ocasiones descarado, con causa desconocida de servidores públicos durante el ejercicio de sus funciones.

La conducta tiene por verbo determinador simple: obtener. Se concreta en la efectiva y real obtención de un aumento o crecimiento patrimonial por parte del agente, lo cual implica la necesaria comparación, para la tipicidad del hecho, entre el patrimonio que poseía al momento de comenzar el ejercicio de sus funciones y el actual.

El incremento se manifiesta en un aumento o crecimiento de las relaciones económicas de una persona con estimación jurídica desde el punto de vista activo. Si el patrimonio es universalidad jurídica compuesta de activos y pasivos, sin duda en la acción descrita se incrementan los activos patrimoniales, su capacidad adquisitiva.

La norma no determina la cuantía del incremento, pero como desde este punto de vista el bien jurídico tutelado hace parte de la tipicidad, se debe exigir que el incremento injustificado lesione efectivamente los bienes protegidos de la administración pública.

Ausencia de elementos descriptivos: el tipo prescinde de los medios utilizados por el agente para la obtención del resultado.

Ausencia de elementos subjetivos: la finalidad del agente es irrelevante para la tipicidad del hecho, este aspecto se analizará genéricamente frente a la teoría general de la culpabilidad.

El objeto material es real: los bienes o activos de cualquier especie, son los elementos en los que se materializa el incremento patrimonial obtenido.

El incremento patrimonial ha de ser injustificado, es decir ilícito. Se trata de una inclusión necesaria del elemento antijurídico en la tipicidad, que tiene por fin dar estructura lógica a la descripción y no consagrar en la ley penal conductas "per se" irrelevantes. Así, el salario, los honorarios,

las prestaciones sociales, las bonificaciones etc. generan comúnmente incrementos patrimoniales, pero obviamente dicho resultado se justifica, es lícito.

Otra posición doctrinal afirma, que independientemente de las causales de justificación, toda circunstancia que explique el origen lícito del incremento constituye justificación del mismo.

Justificar un incremento patrimonial es acreditar su origen mediante fundamentos razonables, técnicos, objetivos; no justifica quien acude a explicaciones torpes, guarda silencio, no justifica quien mediante pruebas aportadas o recaudadas, no logra explicar el origen lícito de su situación económica.

La justificación no es inversión de la carga de la prueba o violación al principio de inocencia, sino análisis objetivo que debe realizar el funcionario judiciales de los hechos presentes en el proceso penal, La expresión típica "injustificado", no puede representar inercia en la actividad probatoria e investigativa del Estado, lo cual no obsta la labor de exculpación que adelante el sindicado de ser agente de la infracción.

De otra parte el incremento se debe producir en razón del cargo o funciones del agente, que se convierten en su causa eficiente u origen; este elemento implica la valoración especial de la competencia funcional del sujeto activo, al tiempo que entraña indebido aprovechamiento económico del cargo; de no estar presente no habrá tipicidad o la conducta se adecuará a otro tipo penal. Así, un incremento patrimonial ilícito que no se haya obtenido en razón del cargo o funciones podrá constituir atentado contra el patrimonio económico pero no la infracción en estudio.

Compartimos la tesis según la cual no se configura el ilícito, en el caso del particular que ha sido servidor público y con posterioridad a su retiro incrementa su patrimonio en razón de las funciones que ejerció y dicho incremento no tiene justificación de legalidad. En una tal hipótesis no se configura

el delito en estudio pues el incremento descrito no se produjo cuando existía el vínculo del agente con el Estado.

**TEMA XVIII. ESTAFA Y FRAUDE PROCESAL.
Concurso efectivo. Tentativa y consumación.**

“... porque es indudable que el fraude procesal pueda estar íntimamente vinculado al delito de estafa, en cualquiera de sus modalidades de consumado o tentado y hallarse por ello el juzgador en presencia de un concurso efectivo de tipos. Tal cosa puede ocurrir, cuando mediante la maniobra fraudulenta se induce han error a un funcionario judicial para que produzca una decisión contraria a la ley encaminada a obtener un beneficio ilícito; y en este supuesto es indiferente para los efectos de concurso, que el agente logre o no el resultado económico o que la estafa se quede en el terreno de la tentativa.

La Corte, con ponencia del Magistrado Aldana Rozo realizo un jurídico y profundo estudio sobre la materia y seria inoficioso acudir a diferentes razonamientos para exponer y sostener el mismo criterio que hoy la Sala ratifica.

Se dijo entonces:

“Se presenta el concurso aparente de tipos penales cuando una misma conducta parece adecuarse a la vez en varios tipos penales que se excluyen. Se trata de la apariencia de un concurso de delitos, pues realmente solo una de las disposiciones esta llamada a ser aplicada; tal seria el caso de la madre que da muerte a su futuro hijo, fruto de acceso carnal violento, por cuando esta conducta se adecua, en principio, a los preceptos de los artículos 323, 324 y 328 del Código Penal, pero solo este seria aplicable en virtud del principio de la especialidad. Así mismo, los delitos de concusión detención arbitraria y otras cosas delictivas predicables de los servidores públicos, que también se adecuan al delito de abuso de autoridad, serán de aplicación preferente en razón del principio de la subsidiaridad.

“La ley colombiana no contiene una disposición que regule el llamado delito complejo, que en ultimas es una forma de concurso aparente de tipos que debe resolver en virtud del principio de la concusión; sin embargo, ello no impide que ese principio sea aplicable entre nosotros, pues representa una universal norma de hermenéutica tasada en la regla fundamental del *non bis in idem* que no permite que una misma infracción de lugar a doble imputación, y en el principio de que *lex primaria derogat legi subsidiariae* que exige que solo se aplique la sanción correspondiente al delito complejo.

“De modo que el delito complejo solo existirá en la medida en que el hecho delictivo forma parte de otra conducta típica, bien como elemento integrante de ésta o como circunstancia de agravación punitiva. Sin embargo, lo anterior merece algunas precisiones pues en los caso en que un tipo contenga un ingrediente subjetivo, la materialización posterior de este elemento no eliminara el concurso si su realización representa de suyo un elemento independiente. De otra parte, solo podrá hablarse de delito complejo cuando dentro de una descripción típica aparece otra de inequívocamente corresponde a la contenida en distinto tipo (tal es el caso del hurto agravado por la numeración del domicilio, numeral 3º del art. 350, o del fraude electoral con falsificación de registros electorales, art. 254). En otras palabras, que solamente se dará el delito complejo cuando el legislador haya involucrado una descripción típica o sus características esenciales, dentro de otra de mayor riqueza descriptiva.” (Cas. sept. 15 de 1983).

En este mismo sentido se pronuncio la Corte en sentencia del 3 de septiembre de 1971, con la ponencia del honorable Magistrado, Dr. Luis Eduardo Mesa Velázquez (G.J. CXXXIX, Nos. 2346 a 2351, pag. 355).

De conformidad con la precedente apreciación jurisprudencial resulta obvio que la estafa no es una forma especial de fraude procesal, ni el fraude una simple modalidad de estafa, así esta pueda cometer eventualmente por medio de la inducción en error de empleados oficiales. Si aso es así, no es del caso hacer

referencia, por este aspecto, a un concurso aparente de tipos que pueda resolverse a través del principio de la especialidad.

Tampoco hay razón alguna para afirmar que el fraude procesal es un tipo subsidiario, aplicable solo en la medida en que el hecho no constituye delito sancionado con pena mayor, porque cuando el legislador ha querido que una disposición penal tenga este limitado alcance, generalmente así lo ha consignado expresamente (Arts. 152, 198, 246, 247, 357, 370). Además la subsidiariedad solo se presenta cuando los dos tipos penales se excluyen, de modo que no pueden aplicarse en forma concurrente.

De otra parte, la estafa no es un tipo de aquellos que la doctrina ha llamado complejos, porque ninguno de sus elementos integrantes constituye a su vez conducta típica diferente, característica que tampoco ostenta el fraude procesal, de manera que por esta razón no es aplicable el principio de la consunción en el evento de que la defraudación patrimonial se logre por razón del fraude procesal.

Se destaca la independencia de los dos tipos mencionados, por el hecho de que no todo fraude procesal constituye una estafa, ni toda estafa representa un fraude procesal. Si bien es cierto que por medio de este atentado contra la administración de justicia, se busca ordinariamente la obtención de una ventaja de carácter patrimonial, esta circunstancia solo se presenta de manera eventual, ya que puede darse muchos casos de fraude procesal sin pretensiones económicas de ninguna especie. En efecto, los medios fraudulentos pueden ser empleados ante la autoridad que tramita la nacionalización de un extranjero; puede ser utilizado esos medios artificiosos en acciones civiles que no tienen contenido patrimonial, como cuando se intenta el reconocimiento de filiación natural luego de precluida la oportunidad para hacer la petición de herencia; también puede desplegarse actividad engañosa dentro de un proceso penal lo cual no se derive indemnización por perjuicios, con la pretensión de obtener una sentencia injusta; en fin, como no toda la actividad del Estado se orienta a resolver sobre acciones de contenido patrimonial, y en esta se puede darse actividad

engañosos del particular, son muchos los casos en que ninguna concomitancia tienen los dos hechos punibles mencionados.

En estas condiciones, y el amparo de la nueva codificación cuando por medio de un fraude procesal se comete o se intenta cometer un delito de estafa, debe darse aplicación al artículo 26 del vigente Código Penal que prevé el concurso de hechos punibles cuando con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones se infringen varias disposiciones de la ley penal.

De manera que como el hecho que dio lugar a esta actuación procesal ocurrió dentro de la vigencia de la Ley 95 de 1936, sus disposiciones resultan aplicables. En efecto, la nueva codificación no puede aplicarse retroactivamente al caso en estudio, porque sus previsiones son más desfavorables para el procesado, no solo porque la estafa se sanciona ahora con mayor rigor, sino, porque a la luz del nuevo ordenamiento sería necesario aplicar las normas del concurso.

Bien puede presentarse en consecuencia, el concurso efectivo ideal y heterogéneo del delito del fraude procesal y estafa en grado de tentativa, cuando el agente pretendiendo la obtención de un provecho económico ilícito, induce en error a un funcionario judicial (fraude procesal) y obtiene una providencia que facilite la realización de su designio, sin que pueda obtener este segundo resultado por causas ajenas a su voluntad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 12-11-96, Magistrado ponente: Dr Jorge Carreño Luengas.)

COMENTARIOS

Encontramos unanimidad doctrinal y jurisprudencial sobre la posibilidad de concurso material entre los delitos de fraude procesal y estafa; esta se configurará con la inducción o el mantenimiento en error a un tercero, que se produce como resultado efectivo de la maniobra fraudulenta cometida sobre el servidor público que ha fallado un determinado asunto.

Salva la imprecisión dogmática sobre la calificación del fraude procesal como tipo de lesión, FERRERIRA delimita acertadamente este concurso afirmando que en esta infracción "tenemos así una maniobra fraudulenta que se proyecta sobre dos campos distintos a) para lograr un error judicial, y b) para lograr una decisión injusta, y un beneficio material con ella. La justicia, como bien jurídicamente tutelado en el título 4º del libro 2º del Código Penal, se lesiona con la primera de estas proyecciones del fraude, y se agota en la maniobra artificiosa. El patrimonio económico del contradictor se lesiona con la segunda, y se agota con el resultado de la decisión judicial. El art. 182 reprocha lo primero, con el nombre de fraude procesal. El art. 356 lo segundo con el nombre de estafa procesal¹.

En palabras del profesor ARENAS también ratificamos la unanimidad doctrinal respecto a la viabilidad de esta forma concursal: "De ahí que la estafa procesal se consume con la obtención de un provecho ilícito en perjuicio de otro. En cambio, el fraude procesal se consume con la ejecución de ciertos hechos engañosos, encaminados a suscitar erradas interpretaciones, aunque nadie se beneficie ilícitamente ni tampoco se perjudique. Lo cual quiere decir que la estafa procesal es delito de resultado. El fraude es delito de simple conducta. El primero es delito de lesión, el segundo lo es de peligro.

De otra parte, es sabido que el fraude procesal no admite la modalidad tentada, pues es tipo de mera actividad y ejecución instantánea. La estafa entre tanto es tipo de daño y resultado y admite la tentativa; por tanto, a efectos concursales se observan dos posibilidades: concurso entre fraude procesal (como tipo de peligro perfeccionado) y estafa (en el caso en que se produzca el daño patrimonial perseguido por el agente) y, concurso material entre fraude procesal agotado y tentativa de estafa; interpretación contraria desnaturalizaría la autonomía e independencia que ha sido asumida por nuestro sistema penal respecto de estas dos figuras delictivas; así, en la hipótesis que se reseña se presentará la posibilidad, perfectamente viable, de concurso entre un tipo de peligro y

mera conducta perfeccionado con la modalidad inacabada de un delito de daño y resultado, ambos realizados dentro de un mismo procedimiento o proceso judicial o administrativo.

También es posible el concurso con el delito de alzamiento de bienes que también comprende la utilización del medio fraudulento para la lesión patrimonial del acreedor, artificio o engaño que puede generar simultáneamente decisiones administrativas o judiciales erradas.

De otra parte el profesor ARENAS afirma que la redacción legal "Omitió una salvedad importante: la de que el fraude procesal se sanciona en la forma ya indicada, siempre que el hecho no esté previsto como delito por alguna disposición especial".

'Juzgamos indispensable esta advertencia, porque si la norma sobre fraude procesal no se aplica como subsidiaria, podrían quedar impunes hechos mas graves como la falsedad en documentos, la estafa procesal, el daño en cosa ajena, etc.

Compartimos esta posición doctrinal pues, la aplicación subsidiaria y subordinada del presente tipo penal, excluye posibilidades de concurso aparente con delitos que atentan contra el mismo bien jurídico (administración de justicia) o que se constiuyen en el medio fraudulento exigido por la presente figura. Se trata de una subsidiariedad tácita, latente en la descripción típica en virtud de la cual la maniobra fraudulenta no debe constituir por si misma otro delito; esta concepción permite desarrollar cabalmente principios de exclusión del concurso tales como la especialidad, la absorción y el non bis in idem.

De esta forma negamos la posibilidad del concurso -en aplicación de los principios de la absorción y non bis in idem- con los delitos de falsa denuncia y falso testimonio; en los primeros el verbo "denunciar" y en el segundo la expresión "faltar a la verdad" comprenden hipótesis de engaño o utilización de la acción como medio fraudulento, que bien pueden presentar como finalidad la obtención de una decisión

de la autoridad errada e injustificada. Por las mismas razones consideramos que se debe excluir el concurso con el delito de infidelidad a los deberes profesionales, en el que también se incorpora el medio fraudulento ejercido contra la autoridad encargada de fallar, que obviamente puede producir la toma de decisiones erradas. En los anteriores casos es aun más clara la inprocedencia de la acumulación concursal por tratarse de conductas que protegen idéntico bien jurídico, el cual se ve atacado por una misma conducta.

Ahora bien, igual solución debe adoptarse si el medio fraudulento utilizado constituye por si mismo hecho típico independiente y excluyente, que vulnera bienes jurídicos diversos. Así lo explica acertadamente CAMACHO FLOREZ: 'Por ser el fraude procesal un acto posterior copenado que se integra al tipo con mayor riqueza descriptiva y que lo contiene, de manera que en el ejemplo utilizado se aplicaran de preferencia y exclusivamente los artículos sobre falsedad en documento privado o sobre uso de documento publico falso, según el caso.

Múltiples pueden ser los ejemplos adicionales que a este respecto pueden citarse; así, el fraude procesal no puede entrar en concurso con delitos tales como la falsificación de sellos, efectos oficiales y marcas, la falsedad documental o la calumnia, si estos constituyen el medio fraudulento para la inducción a error del fallador, en tales hipótesis el atentado a la administración de justicia quedará subsumido en el delito medio; en virtud del principio de la absorción, en tales casos se impone al interprete y al juzgador la adopción de una sola adecuación típica, en relación con el marco de las descripciones en conflicto, atendiendo a aquella de mayor riqueza tipológica, vista como conjunto preceptivo de mayor valoración, caso en el cual los elementos primarios quedan incluidos, consumidos o absorbidos por el tipo que impione su aplicación.

A contrario sensu el tipo de fraude procesal puede adoptar la forma de tipo absorbente, o excluyente de figuras instauradas en nuestro sistema penal como subsidiarias, es el caso de la falsedad personal descrita en el Estatuto sustancial, hipótesis

de concurso aparente en la que se debe dar aplicación al fraude procesal, subsumiéndose en él la maniobra falsaria como el mecanismo fraudulento inductor a error utilizado.