

## EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

### ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LOS TIPOS BÁSICOS DE ABUSO DE AUTORIDAD

*Dr. Pedro Alfonso Pabón Parra*

TEMA I. ABUSO DE AUTORIDAD. *Abuso de la función en cuanto elemento integrador.*

.....

"Porque si bien es cierto que a la persona acusada se le han atribuido las facultades que señala 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 encomendadas 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

*Como elementos normativos el tipo básico de abuso de autoridad exige que el acto cometido sea arbitrario o injusto lo cual implica*

*valoración especial que desborda el ámbito estricto del derecho penal.*

*Es 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.*

*Acto injusto es expresión que requiere valoración extranormativa. El acto debe 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.*

*El complemento normativo jurídico tiene una segunda connotación. Los actos arbitrarios se oponen al derecho, pero la arbitrariedad solo se predica de aquellos impuestos por quien dispone de la fuerza; es en este aspecto que surge el necesario examen de la competencia funcional del agente. De donde también hace parte de este elemento estructural 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 respecto de valores diferentes a los imperativos legales que rigen y sujetan el proceder de la administración y sus agentes.*

TEMA II. ABUSO DE AUTORIDAD POR ABANDONO DEL EMPLEO. *Elemento subjetivo.*

"El Artículo 178 del estatuto penal de 1936. No basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo. La firma de la nomina cuando no se

ha laborado, genera un concurso entre los tipos de falsedad y peculado.

.....

"No se permite a duda que el doctor ....., en el carácter de juez territorial de la isla Prisión Gorgona, por los menos en los dos últimos meses que se le imputan, hizo dejación de los deberes que el cargo le imponían en cuanto a la debida asistencia a el. Es que comprobada esta falta de asistencia a la oficina publica. sin embargo, para la existencia jurídica del delito de abuso de la autoridad por abandono del empleo, en los términos del articulo 178 del estatuto penal de 1936, que es el pertinente a consecuencia de su vigencia al momento de los hechos y por razón de favorabilidad, no basta quebrantar la debida concurrencia al despacho, sino que es menester, además, demostrar la consciente y voluntaria intención del funcionario de abandonar efectivamente el cargo sin esperar la posesión de la persona que deba reemplazarlo. Pero en el caso de autos, si bien es verdad que el juez acusado se ausentó ilegalmente en algunas ocasiones de la sede del despacho, tales ausencias no comportan el propósito de abandonarlo, pues la posterior reasunción de las funciones inherentes denotan todo lo contrario, amen de que tampoco la prueba recogida muestra que se hubiese paralizado la marcha de la oficina judicial o lesionado algún interés legítimo.

"Así, pues, la inexistencia del delito de abuso de autoridad por abandono del empleo, como con acierto lo pregonan recurrente y colaborador fiscal, es manifiesta. Sin embargo, aunque la inasistencia del juez a la oficina judicial no responda al supuesto típico del delito en referencia, no por ello son descartables las hipótesis punibles de falsedad documental y peculado, porque como es apenas obvio un hecho puede no ser específicamente constitutivo de determinada infracción penal, pero si de otra.

"En este evento, y en relación con las dos últimas salidas atribuidas al juez sindicado, probada está la materialidad de las punibles de falsedad y peculado, puesto que con inmutación de la verdad respecto del tiempo realmente servido dio su visto bueno a las nóminas de cobro de sueldo para luego presentarlas, como efectivamente lo hizo, a la respectiva Oficina de la Administración de Impuestos Nacionales

para de este modo obtener un indebido pago. Empero, como no basta la objetividad del hecho punible para residenciar en juicio, puesto que es menester además acreditar la culpabilidad en la forma indicada por el artículo 481 del Código de Procedimiento Penal, débese concluir que mientras la investigación no demuestre que el funcionario si contó con los medios de transporte que le permitían reintegrarse a sus labores después de concluidos los permisos de ausencia en los meses relacionados como tercero y cuarto, la temporal omisión en el cumplimiento del deber de trabajar estos días no podría serle imputada penalmente, puesto que nadie puede estar obligado a lo imposible ni a superar lo per se constituye una fuerza mayor.

"Es más, en lo que concierne a la cuarta ausencia hásece necesario establecer, con los medios probatorios adecuados, si la enfermedad aducida por el procesado pudo impedir el desplazamiento oportuno a la isla Gorgona después de agotarse el permiso remunerado. Si así no fuere, estaría reprochando la conducta del juez con fundamento en la simple omisión, siendo que para ello es imprescindible el extremo de la culpabilidad (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, marzo 25 de 1982, Magistrado Ponente: Doctor Fabio Calderón Botero.)

## COMENTARIOS

*En el sistema vigente el aspecto subjetivo del delito de abuso de autoridad por abandono del cargo tiene en primer lugar una reiteración innecesaria del elemento antijurídico en la tipicidad, lo cual se manifiesta en la expresión "sin justa causa" la que hace relación a que la acción se realice sin justificación jurídicamente atendible es decir, el agente no debe presentar el momento de desplegar su comportamiento autorización legal para verificar el comportamiento descrito.*

*De esta forma son admisibles como justificantes el cumplimiento de deber legal, la orden legítima de autoridad, el ejercicio de un derecho o el mismo cumplimiento del cargo.*

*El estado de necesidad también se puede configurar si se observa en la acción conflicto de derechos de por lo menos equivalente*

*jerarquía, no superable de otra forma, que no haya sido provocado por el agente y que este no tenga el deber jurídico de afrontar.*

*El elemento dolo como forma de culpabilidad, exigido por la infracción, requiere el conocimiento en el agente de que está haciendo dejación injustificada de las funciones a él encomendadas y voluntad dirigida libre y conscientemente a la efectiva realización del mencionado acto.*

*Como causales generadoras de inculpabilidad pueden presentarse la coacción, el caso fortuito, la fuerza mayor y el error sobre el tipo o sobre la antijuridicidad.*

TEMA III. ABUSO DE AUTORIDAD Y POTESTAD DISCIPLINARIA. *Hipótesis de configuración.*

"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

*El tipo básico de abuso de autoridad entra en concurso material frente a actos arbitrarios o injustos que amenacen o lesionen bienes jurídicos tutelados diferentes al de la administración pública, como pueden ser la integridad moral o personal, la vida, el patrimonio o la libertad, que se constituyan en resultado efectivo de la comisión del reato.*

*Por ser tipo subsidiario se excluye el concurso con conductas que lesionen el bien jurídico de la administración pública, en tales casos se ha de aplicar el principio de la especialidad, según el cual la norma que califica en forma especial la conducta prevalece sobre el tipo genérico de abuso de autoridad.*

#### TEMA IV. ABUSO DE AUTORIDAD Y EL ERROR JUDICIAL. CULPABILIDAD.

"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 culposo 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 se estructure 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 sufren 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 Velázquez.)

#### COMENTARIOS

*El verbo determinador incluido en la descripción típica del abuso de autoridad básico es "cometer" acto arbitrario o injusto, de tal forma que la conclusión del fallo, está inmersa en la propia configuración típica: 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 V. EL TIPO BÁSICO DE ABUSO DE AUTORIDAD Y LA OMISIÓN DE DENUNCIA

.....

"Quiso pues el legislador que esta conducta quedara plasmada en el artículo 153 del Código Penal, que se intitula "ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION 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 irremediablemente 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 inocuencia 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 Velázquez.)

## COMENTARIOS

*La acción determinada por el verbo no dar cuenta, en el tipo que comenta el presente fallo, es acción de omisión simple, en cuanto el "no hacer", con lo cual 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.*

*En el artículo 153 observamos 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.*

*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.*

## TEMA VI. ABUSO DE AUTORIDAD Y MEDIDAS CAUTELARES CIVILES Hipótesis de atipicidad

"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, julio 16 de 1986, Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Duque Ruiz.)

## COMENTARIOS

*La arbitrariedad y la injusticia de un acto realizado con ocasión de las funciones ejercidas o excediéndose en las mismas, según los claros elementos típicos antes enunciados, excluyen varias hipótesis de justificación de la conducta tales como el ejercicio legítimo de un cargo público, el cumplimiento de un deber legal, el ejercicio de un derecho o actividad lícita o el cumplimiento de orden legal de autoridad competente, pues es claro que las expresiones arbitrario o injusto se referencian frente al marco normativo estricto que impone al funcionario los modos y formas de actuación.*

*La única posibilidad que quedará por la justificación del hecho sería el estado de necesidad el cual tendrá solo viabilidad teórica ya que exigiría un conflicto de derechos de equivalente jerarquía, no superable de otra forma, no provocado por el agente y respecto del cual no tenga el deber jurídico de afrontar.*

*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 VII. ABUSO DE AUTORIDAD Y EJERCICIO DE LA FUNCIÓN. *Caso de atipicidad.*

"Para la Sala es evidente que la doctora ..... en su condición de Juez Promiscuo Municipal, al hacer los movimientos de personal

subalterno que le imputan como producto de abuso de su función, procedió con estricta sujeción a la ley y por ende, mal puede hablarse de irregularidad en dichas decisiones y mucho menos, de haber procedido amparada por una causal de inculpabilidad al interpretar equivocadamente aunque de buena fe el artículo 51 del Decreto número 1660 de 1978, por el cual se reglamenta lo relativo a la administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal.

"De conformidad con el mencionado estatuto, se tiene:

"Los empleados subalternos de los despachos judiciales, serán designados por "el respectivo juez" (art. 16).

"El desempeño de un cargo en propiedad imposibilita, salvo lo dispuesto en la ley, la suspensión o destitución del empleado (art. 27).

"Los empleados subalternos se nombran por el período correspondiente fiscal, magistrado o juez, se posesionan dentro de los términos legales, están amparados por la estabilidad y únicamente pueden ser removidos por causas disciplinarias (art. 48).

"Respecto a estos empleados pueden presentarse principalmente dos situaciones:

"a) El Juez designado en propiedad para el respectivo período, una vez posesionado, se abstiene de hacer los nombramientos del personal subalterno, caso en el cual, los que vienen desempeñando las respectivas funciones, al transcurso de 90 días quedan automáticamente amparados por la estabilidad en sus respectivos cargos hasta la finalización del período, salvo causas legales (art. 50).

"b) El Juez designado en propiedad por el tiempo que falta para completar el período, o, designado como interino o encargado debe respetar el derecho a la estabilidad de que vienen gozando los respectivos empleados subalternos.

"Producida una vacante en forma definitiva, el nominador la puede proveer en propiedad o en interinidad y en el último cuento, transcurridos 90 días desde la posesión el empleado adquiere

derecho a la estabilidad hasta el fin del período (art. 51). Es obvio que la designación en propiedad sólo la puede hacer el nominador que se halle en esta condición, pues así lo señala el artículo 51 citado y se deduce de una interpretación sistemática del Decreto número 1660 de 1978) la "estabilidad" alegada por su denunciante, por cuanto la nominación en propiedad que les sirve de fundamento a la denuncia había sido el acto de persona que no estaba facultada legalmente para hacerlo.

"Si bien es cierto, la doctora Yolanda Mesa produjo una resolución en la cual ratificaba a los empleados del Juzgado Promiscuo Municipal hasta la terminación del período, su texto mal podría producir efecto jurídico alguno cuando la juez carecía de competencia para proferir tal resolución, ya que le faltaba la capacidad nominadora que en su caso concreto jamás se generó, pues la designación que en propiedad le hizo el Tribunal de Medellín como titular del mencionado organismo judicial, nunca se cristalizó al no cumplirse una de las obligadas etapas para la adquisición de la calidad de juez, cual es la confirmación, y, en consecuencia la posesión. La doctora Mesa, quien como se vio, venía nombrada en interinidad desde el período anterior, debía por Ministerio de la ley (art. 281 del C. de R. P. y M. y art. 12 del Decreto número 250 de 1970), permanecer en su puesto hasta que llegara la persona llamada a reemplazarla o sucederla. En igual situación estaban los empleados subalternos que venían laborando en el citado despacho, so pena de incurrir en abandono del empleo. Esta imposición que por razones obvias la ley hace a los servidores públicos, de ninguna manera puede servir para reclamar la estabilidad laboral que la denunciante dice se le vulneró en su caso y mucho menos ante la situación muy particular en que se encontraba la doctora Mesa hasta el momento de ser sucedida por la acusada. (Corte Suprema de justicia Sala de Casación Penal julio 23 de 1985 Magistrado Ponente : Doctor. Luis Enrique Aldana Rozo.)

## TEMA VIII. ABUSO DE AUTORIDAD. DETENCIÓN ARBITRARIA

"No puede prescindirse de considerar que conforme al artículo 27 de la Constitución Nacional sin perjuicio previo y en los casos y términos que señala la ley, los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción, podrán sancionar con multa o arresto. Lo anterior no

obstante la reglamentación contenida en el artículo 26 de la misma norma superior, en cuanto al debido proceso.

.....

"No puede prescindirse de considerar que conforme al artículo 27 de la Constitución sin juicio previo y en los casos y términos que señala la ley, "los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción, podrán sancionar con multa o arresto" "a cualquiera que los injurie o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo...". Lo anterior no obstante la reglamentación contenida en el artículo 26 de la misma norma superior en cuanto al debido proceso.

"Atendida la disposición no puede afirmarse la ilicitud de la conducta analizada ya que, como prevé el mismo precepto, se cumplían los requisitos exigidos, porque como se anotó el acusado se encontraba en función o ejercicio de su cargo y la injuria se produjo por parte del abogado sancionado.

"Por otra parte, si bien la ley ha desarrollado la disposición constitucional en la norma que se ha invocado y que el funcionario entendió aplicable (art. 39 C.P.C.), al hacer efectiva de inmediato la sanción, previa la información o prueba pertinente y con notificación al afectado, no podría afirmarse que incurrió en acto ilícito, vista la regla citada de preferente observancia y atendidas sus finalidades de impedir que la sanción se convierta en aparente por la ausencia o elusión por parte del sancionado, de restablecer de inmediato la normalidad necesaria para que la autoridad correspondiente pueda ejercer sus funciones y de preservar estas mismas afectadas en tal forma.

"En tal sentido se ha expresado la jurisprudencia de esta Sala, en reciente providencia (junio 10/88) recordándose que se adoptó igual decisión en caso semejante con base (auto mayo 9/88, Magistrado Ponente Doctor Duque Ruiz) y mencionándose el salvamento de voto (Magistrado Doctor Gómez Velázquez) en auto de 26 de noviembre de 1980 con igual fundamento.

"No obstante que el acusado hubiera puesto como fundamento de su decisión la referida norma, la Corte considera que no estaba obligado

a seguir el procedimiento en ella previsto (art. 39 C.P.C.), porque la misma Constitución Nacional para casos como el protagonizado por del Vecchio, faculta al funcionario a imponer la sanción, sin juicio previo. La norma general es que ' Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante el Tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio... (art. 26 de la Constitución Nacional), pero el artículo siguiente consagra tres excepciones, de las cuales es pertinente destacar la primera: la anterior disposición no obsta para que puedan castigar, sin perjuicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley: 1. Los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, los cuales podrán penar con multas o arrestos a cualquiera que los injurie o les falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo'. Esta norma exige que los funcionarios que ejercen autoridad o jurisdicción, entre los cuales obviamente se encuentran los jueces de la República, estén realizando un acto propio de sus funciones oficiales, y que durante el desarrollo de tal acto injuriados o se les falte al respeto. La injuria o el irrespeto deben ser concomitantes con la ejecución del acto propio de su función oficial, toda vez que la norma constitucional busca asegurar que el acto oficial pueda cumplirse efectiva y dignamente".

"En cuanto a lo observado por la Procuraduría de que el precepto legal respectivo debe ser precisamente analizado, de acuerdo con la referencia que hace el mismo texto constitucional, es necesario estimar que si bien el funcionario debe proceder al ejercer la facultad señalada a aplicar sanción previamente señalada y contemplada por la ley, como es el arresto o la multa y a demostrar o consignar debidamente la falta que ocasiona la sanción, lo cual atiende la facultad constitucional y al mismo tiempo garantías elementales de ciudadano, esto no puede significar que se hagan inefectivas las finalidades ya referidas, que se pretenden con la misma disposición, que es la protección adecuada de la función, como ocurriría en caso contrario. Por lo cual tiene validez y debe reiterarse lo expresado en jurisprudencias anteriores de esta Sala ya señaladas. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Febrero 8 de 1989 Magistrado Ponente: Doctor Guillermo Dávila Muñoz.)

## COMENTARIOS

*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.*

*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.*

*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. 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.*

*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 (arts. 133 y ss. C.P.) o cohecho (arts. 141 y 142 C.P.) infracciones que siempre entrañarán injusticia y arbitrariedad.*

## TEMA IX. ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISIÓN DE DENUNCIA. *Aspectos objetivos.*

"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 la sucesión de su esposo.

"Los hechos denunciados por la señora nn tuvieron real ocurrencia al punto que por vía del proceso disciplinario le significaron al inculcado una sanción de "censura" por faltar a la honradez profesional; sólo que dentro del proceso penal los mismos no fueron tenidos como constitutivos del delito de abuso de confianza, pero esta circunstancia no le resta veracidad a sus afirmaciones ni al hecho de haber creído de buena fe que su denunciado pudo haber incurrido en el delito imputado por negarse a entregarle cierta suma de dinero que le correspondía.

"De manera que si el Juzgado Penal del Circuito cesó procedimiento contra el sindicado de abuso de confianza doctor nn, no porque apareciera demostrada su absoluta inocencia, sino porque estimó que no se configuraba dicha ilicitud por ausencia de sus elementos estructurales, no surgía para los magistrados denunciados el deber legal de dar cuenta de ese hecho a las autoridades competentes a fin de que se investigara la conducta de la denunciante xx por una supuesta falsa imputación contra el profesional denunciado.

"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.

"En el caso sometido a consideración de la Sala, es evidente que no se daban los presupuestos de los artículos 153 y 156 del Código Penal para que los Magistrados denunciados, en presencia de la orden de cesación de procedimiento impartida por el Juzgado Penal del Circuito de Pereira, se vieran obligados a denunciar ante la autoridad competente la conducta observada por zz y en consecuencia, la omisión a ellos atribuida es atípica por no configurar ilicitud penal y así deberá declararse para proferir resolución inhibitoria conforme a las previsiones del artículo 352 del C. de P. P. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal Agosto 3 de 1989 Magistrado Ponente: Doctor Jorge Carreño Luengas.)

## COMENTARIOS

*Para la estructuración del tipo de abuso por omisión de denuncia del servidor público, 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.*

*No compartimos la posición del Profesor GOMEZ MENDEZ a este respecto, quien 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". (Delitos contra la Administración Pública, en Derecho Penal Especial, Universidad Externado de Colombia, edición de 1988).*

*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.*