

**INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DEL TIPO PENAL DE PREVARICATO
DESDE UNA PERSPECTIVA DE INJUSTO MATERIAL. ESPECIAL REFERENCIA
AL BIEN JURÍDICO TUTELADO¹**

Manuela del Carmen Arteaga Martínez

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia

(Semillero de Estudios Dogmáticos y Sistema Penal. Proyecto de investigación: “Estado constitucional de derecho, injusto material y sistema de regulación de los delitos de omisión propia e impropia en el Código penal colombiano”)

Dra. Diana Patricia Arias Holguín

(Fecha: 2/11/2021)

¹ Trabajo de grado derivado del proyecto de investigación: “Estado constitucional de derecho, injusto material y sistema de regulación de los delitos de omisión propia e impropia en el Código penal colombiano”. Además, realizado en el marco del trabajo del Semillero de Estudios Dogmáticos y Sistema Penal. Investigadora principal y Asesora: Diana Patricia Arias Holguín.

Tabla de Contenido

1. Resumen.....	4
2. Abstract	4
3. Introducción	5
4. Justificación	6
5. Obejtivos generales y específicos	6
6. Premisas valorativas.....	7
6.1 Acerca de la discusión sobre la misión del Derecho Penal	7
6.1.1 Teoría de la exclusiva protección de la Vigencia de la Norma.....	9
6.1.2 Teoría de la exclusiva protección de Bienes Jurídicos	12
6.2 Los bienes jurídicos colectivos	15
6.2.1 Características de los bienes jurídicos colectivos	18
6.2.2 Lesión de los bienes jurídicos colectivos.....	20
6.2.3 Teoría o concepto de bien jurídico colectivo que se acoge.....	25
7. Consideraciones generales sobre el delito de Prevaricato	26
7.1 Regulación del delito de Prevaricato en Colombia.....	27
7.1.1 El Prevaricato por acción	28
7.1.2 El Prevaricato por omisión.....	31
7.2 Delitos contra la Administración Pública y de Justicia.....	34
7.2.1 Valoración inicial sobre los delitos contra la Administración Pública y de Justicia	34
7.2.2 Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública	37

7.2.3 Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia.....	40
7.2.4 Valoración personal	44
7.3 Bien jurídico protegido en el delito de Prevaricato.....	44
7.3.1 Doctrina extranjera.....	45
7.3.2 Doctrina colombiana	46
7.3.3 Jurisprudencia colombiana sobre el bien jurídico del delito de Prevaricato	50
7.3.4 Valoración de la jurisprudencia analizada	63
7.4 Valoración y postura personal sobre el bien jurídico protegido en el Prevaricato.....	64
8. Análisis sobre la separación entre Prevaricato Judicial y Prevaricato Administrativo.....	67
8.1 Valoración personal	72
9. Limitación de la imputación del Prevaricato con fundamento en la existencia de un elemento subjetivo especial: “Ánimo Corrupto”	73
9.1 Valoración personal	77
10. Diferencia entre la sanción disciplinaria y la sanción penal	79
10.1 Valoración personal	83
11. Conclusiones.....	85
12. Referencias.....	87

1. Resumen

El siguiente trabajo pretende proponer una interpretación restrictiva de los tipos penales contenidos en los artículos 413 y 414 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), que corresponden a los tipos penales de prevaricato por acción y prevaricato por omisión, respectivamente, los cuales se encuentran incluidos en el Título XV de los Delitos contra la Administración Pública. Esta interpretación restrictiva se realizará a partir de un estudio dogmático, doctrinal y jurisprudencial en torno a cuatro temas importantes para dicho fin, los cuales son: 1. El contenido y alcance del bien jurídico penal que es tutelado en el delito de prevaricato; 2. La utilidad de la separación entre prevaricato administrativo y prevaricato judicial, para una interpretación restrictiva; 3. Análisis de la propuesta jurisprudencial con respecto a la exigencia de elementos subjetivos especiales del tipo penal de prevaricato; 4. La diferencia entre el ilícito disciplinario y el ilícito penal en el prevaricato.

Palabras clave: Prevaricato, prevaricato administrativo, prevaricato judicial, bien jurídico, antijuridicidad material, lesividad.

2. Abstract

The following paper intends to propose a restrictive interpretation of the criminal offenses contained in Articles 413 and 414 of the Colombian Criminal Code Law 599 of 2000, which correspond to the criminal offenses of prevarication by action and prevarication by omission, respectively, which are included in Title XV of the Crimes against Public Administration. This restrictive interpretation will be based on a dogmatic, doctrinal and jurisprudential study of four important issues for this purpose, which are: 1. Regarding the content and scope of legal good penal that is protected in the crime of prevarication; 2. The usefulness of the separation between administrative prevarication and judicial prevarication, for a restrictive interpretation.; 3. We will also study the jurisprudential proposal regarding the requirement of additional subjective elements of the criminal offense of prevarication; 4. Finally, an analysis of the difference between disciplinary offenses and criminal offenses.

3. Introducción

La antijuridicidad material es una exigencia de los principios y garantías establecidas en las normas rectoras del Código penal colombiano², además dicha exigencia cobra aún más relevancia teniendo en cuenta la configuración de Estado Social y Democrático de Derecho, en donde el Estado no es un fin en sí mismo, por el contrario, debe estar al servicio del individuo y de la sociedad³, en este sentido el derecho penal en la determinación de los tipos penales debe ajustarse a dicha premisa.

La exigencia de antijuridicidad material restringe la intervención penal a los supuestos de efectiva lesión o puesta en peligro de un determinado bien jurídico penal, por lo tanto, se rechaza una concepción de la antijuridicidad como mero condicionamiento formal de contradicción entre la conducta consagrada en el tipo penal y el ordenamiento jurídico. La lesión o puesta en peligro del bien jurídico configura el concepto material de delito y proporciona una justificación material a la existencia de la norma penal, lo que en últimas implica que solo puede ser punible una conducta en virtud del perjuicio material que ocasiona.

El bien jurídico como presupuesto de la antijuridicidad material sirve para establecer límites a la intervención penal, como fundamento de las normas penales y como criterio de interpretación de los tipos penales. Por tanto, el estudio de un tipo penal debe hacerse en primera instancia a partir del bien jurídico protegido.

La interpretación restrictiva del delito de prevaricato exige una exegesis coherente con las normas rectoras del Código Penal, entre ellas, la exigencia de tipicidad, antijuridicidad material, proporcionalidad y mínima intervención. Para ello, además de delimitar el bien jurídico tutelado por estas normas penales (artículos 413 y 414 del Código penal), se debe responder bajo qué criterios se puede determinar que una conducta lesiona o pone en peligro de modo relevante tal bien, para lo cual es importante abordar el tema de los bienes jurídicos protegidos en los delitos

² Límites y garantías que son incluidas explícita o implícitamente en la Constitución Política, Dignidad Humana consagrada en el artículo 1 de la Constitución Política de Colombia y en artículo 1 del Código Penal Ley 599 de 2000, principio de Legalidad establecida en el artículo 6 del Código Penal, principio del acto y principio de culpabilidad artículo 12 del Código Penal, también el principio de lesividad contenido en el artículo 11 del Código Penal. Y Proporcionalidad en sentido amplio y proporcionalidad de la pena artículo 3 del Código Penal etc.

³ Henao (2010), expone acerca de la importancia de tener en cuenta las nuevas configuraciones del Estado, en la regulación de los tipos penales. “Esta concepción democrática plantea que el Estado no debe convertirse en un fin en sí mismo, sino que el poder estatal debe estar al servicio del ser humano y la humanidad, tomando al ser humano en su triple condición de individuo, ser social y eslabón de la cadena generacional (...)” (p. 516).

contra la Administración Pública y de Justicia, además, determinar cuáles son los criterios para distinguir dentro de la constelación de conductas realizadas por los sujetos calificados, cuáles configuran el ilícito administrativo y cuáles el ilícito penal. Asimismo, se debe discernir acerca de la utilidad de diferenciar el prevaricato administrativo y el judicial. Y, por último, es importante hacer un análisis sobre la propuesta de algunos sectores de la jurisprudencia colombiana en torno a la adición de elementos subjetivos del tipo penal de prevaricato.

Antes de proceder a la propuesta de interpretación del tipo o tipos penales establecidos en los referidos preceptos, describiré las premisas valorativas que la guían.

4. Justificación

Realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales en el derecho penal es relevante para disminuir la intervención punitiva del Estado en la sociedad. Para tal fin, esta interpretación debe realizarse desde una perspectiva garantista del sistema penal, en torno a principios y garantías, (normas rectoras), que restringen las posibilidades de imputación jurídica penal a supuestos en los cuales una conducta sea típica, antijurídica, culpable y punible solo si lesiona o pone en peligro de forma relevante las realidades más valiosas del sistema social. Conforme a lo anterior, abordar un estudio sobre el bien jurídico penal tutelado en el delito de prevaricato, permite desarrollar argumentos sobre la forma en que se debe interpretar restrictivamente este tipo penal, y que conductas son relevantes para lesionarlo. En consecuencia, este trabajo aporta argumentos en favor de una interpretación restrictiva del tipo penal de prevaricato en el ordenamiento jurídico colombiano.

5. Objetivos generales y específicos

Generales

Proponer una interpretación restrictiva del delito de prevaricato en Colombia a partir de un estudio sobre el bien jurídico tutelado.

Específicos

Describir algunas posturas de la dogmática penal sobre los bienes jurídicos y bienes jurídicos colectivos.

Describir el bien o bienes jurídicos que se protegen en los delitos contra la Administración Pública y Administración de Justicia.

Analizar la importancia entre la separación entre prevaricato administrativo y prevaricato judicial.

Establecer el aporte que genera la incorporación de los elementos subjetivos al tipo en la interpretación restrictiva del delito de prevaricato.

Describir algunos conceptos que permitan diferenciar entre el ilícito administrativo y el ilícito penal.

6. Premisas valorativas

En este apartado me referiré a dos aspectos básicos pero que condicionan cualquier interpretación dogmática de la parte especial: en primer lugar, describiré las razones por las cuales es preferible el entendimiento que el derecho penal tutela bienes jurídicos y no, como es expuesto por un sector de la doctrina contemporánea, de que lo protegido es la vigencia de la norma. En segundo lugar, describiré brevemente el debate sobre los bienes jurídicos colectivos para adoptar aquella postura que me permita realizar una interpretación restrictiva de los tipos penales de los artículos 413 y 414 del Código penal.

6.1 Acerca de la discusión sobre la misión del Derecho Penal

El derecho penal debe cumplir con una finalidad legítima, puesto que implica restricciones y consecuencias bastante gravosas para el individuo y la sociedad. Además, en nuestro contexto dicha finalidad debe ser acorde con la estructura política de un Estado Social y Democrático de Derecho y los valores y principios que este modelo representa como lo es la protección de las garantías y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Ferrajoli (1995) plantea que la justificación utilitarista de las potestades punitivas del Estado no es suficiente para establecer una concepción garantista del derecho penal mínimo, ya que el utilitarismo puede tener dos versiones, la primera, que justifica un modelo autoritario y de derecho penal máximo, y se define como *ex parte puincipis*, o como utilidad para el príncipe, ya sea de manera realista como la utilidad de los gobernantes, o de manera idealista como la utilidad

del Estado como sujeto político autónomo y situado por encima de la sociedad (p. 260). La segunda versión del utilitarismo se refiere a la utilidad para el pueblo *o ex parte populi*, conforme a la cual se tiene en cuenta la utilidad para el pueblo o los gobernados, sin embargo, plantea Ferrajoli (1995) que este tipo de utilitarismo es ambivalente, ya tiene dos versiones: la primera que se refiere a la máxima utilidad posible para la mayoría formada por los no desviados, en donde se busca la satisfacción de los intereses de seguridad de aquellos que no infringen la norma, no obstante, esta versión no permite una ponderación entre costes y beneficios y no permite ponerle límites al derecho penal, según lo expone el autor (p. 261). La segunda versión del utilitarismo como *ex parte populi* incluye a los destinatarios de la pena, y no solo a la mayoría no desviada, ya que plantea que el fin de la pena debe ir dirigida al mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la minoría formada por los desviados, evitando un derecho penal máximo, según lo expone Ferrajoli (1995), esta última versión permite limitar el derecho penal al mínimo necesario. (p. 261).

Conforme a lo anterior, Ferrajoli (1995) establece la justificación del derecho penal a partir del desarrollo de lo que él denomina “utilitarismo penal reformado” bajo tal concepto, no solo se busca satisfacer o lograr la máxima utilidad para la mayoría, idea que afecta las garantías individuales del procesado o de la minoría, ya que establece “un modelo de medios penales máximamente fuertes e ilimitadamente severos”, (p. 331), sino que el derecho penal estaría justificado también en la medida en la que sea útil para el procesado o reo, (o como lo plasmó anteriormente, la minoría desviada) previniendo la imposición de penas excesivas. (Ferrajoli, 1995, p. 396).

Para Ferrajoli (1995) la justificación del derecho penal se encuentra en la satisfacción de las garantías de protección al ciudadano y la protección del procesado frente a la violencia del Estado:

Un sistema penal está justificado si y sólo si minimiza la violencia arbitraria en la sociedad, y alcanza dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales del derecho penal mínimo. Estas garantías se configuran por consiguiente como otras tantas condiciones de justificación del derecho penal, en el sentido de que sólo su realización sirve para satisfacer sus fines justificadores. (p. 342).

Este autor considera que el coste social de las penas es mayor que el fin de prevención que estas persiguen, debido a la violencia que se genera con la imposición de penas, por lo cual el sistema penal solo está justificado “si la suma de las violencias -delitos, venganzas y punitones

arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas” (Ferrajoli, 1995, p. 71).

En virtud de lo anterior, Ferrajoli (1995) plantea que la intervención del derecho penal solo debería darse en caso de que esta sea absolutamente necesaria:

Si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas por su “absoluta necesidad” son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal (p. 466).

Ferrajoli (2006) expone que una justificación legítima del derecho penal es aquella que pueda darse con base en el proyecto de derecho penal mínimo, que consiste en un modelo teórico y normativo del derecho penal que permite minimizar la violencia de la intervención punitiva del Estado a través de la determinación de límites a esta potestad punitiva, límites como lo son las garantías tanto sustanciales como procesales, propone que la única justificación externa racional del derecho penal es aquella que permite “reducir o minimizar, la cantidad y la calidad de la violencia en la sociedad: no solo violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos.” (Ferrajoli, 2006, p. 12).

Por otra parte, Henao (2010) afirma, que la tesis teleológica garantista sobre la finalidad del derecho es aquella en la cual de manera inicial se deben identificar cuáles son los principios y valores que orientan el sistema penal, (p. 513), y considera que la misión del derecho penal se encuentra en disminuir la violencia de la sociedad, en este sentido afirma “La pena no sirve únicamente para prevenir injustos delitos, sino también injustos castigos, y el derecho penal aparece legitimado en la medida en que tenga por objeto la minimización de la violencia en la sociedad”. (Henao, 2010, p. 513).

6.1.1 Teoría de la exclusiva protección de la Vigencia de la Norma

Esta teoría parte desde una concepción funcional-normativista y concibe que el fundamento de legitimación del derecho penal se encuentra en reafirmar la vigencia de la norma y proteger las expectativas de que todas las personas actúen conforme a su rol. Jakobs (1997) plantea que la

sanción penal se justifica en la medida en la que esta reafirma la vigencia de la norma ante la violación de los preceptos que dicha norma establece, reafirmando la norma y el *statu quo* de la sociedad, por lo cual si una conducta contradice el sistema se estaría defraudando una expectativa normativa, dicha conducta debe sancionarse, sino incurriría una contradicción con el modelo de orientación. (p.12).

Desde esta teoría el derecho penal tiene una función estabilizadora del orden social, por lo cual la imposición de penas es la respuesta ante los comportamientos que afecten este orden social.

En consecuencia, la infracción de deberes constituye el fundamento de la imputación jurídico-penal y no únicamente un fundamento para la determinación de la autoría en los delitos funcionariales o especiales, como lo propuso Roxin⁴. Jakobs (1996), clasifica los delitos en virtud de la responsabilidad por organización basados en las relaciones negativas, y en los delitos de infracción del deber que radican en el quebrantamiento de una relación positiva⁵; frente a estos últimos, concretamente señala:

Los delitos de los que se está hablando, llamados delitos de infracción de deber, se caracterizan precisamente porque el autor no determina mediante una organización libre la extensión de sus deberes, sino que estos le son adjudicados como consecuencia del status que ostenta dentro de la institución de que se trate, por ejemplo la Justicia: el autor tiene el deber de garantizar la existencia de la institución, y en el concepto de deber se encuentran prohibiciones y mandatos en un mismo haz (Jakobs, 1996, p. 864).

La teoría de la protección de la vigencia de la norma supone dicha protección a través de las expectativas de comportamiento, sin embargo, se puede decir que la pena tiene como único cometido la reafirmación de la norma, por lo que, a la larga, lo que se dice es que la norma penal,

⁴ Según lo expuso Roxin (1998), p. 385.

⁵ Para Jakobs (1996) el fundamento de la responsabilidad penal, deriva de la infracción de relaciones negativas o deber de no dañar a otros (prohibiciones) y relaciones positivas o un deber de proporcionar ayuda a otras personas (mandatos), y en este sentido los delitos se clasifican en dos tipos: en primer lugar, los delitos en competencia por organización que son aquellos en los cuales se vulnera la relación negativa que son básicamente prohibiciones de no dañar o deberes de aseguramiento del tráfico, en donde el individuo que actúa libertad de comportamiento tiene la responsabilidad por las consecuencias, y, en segundo lugar, en los delitos de infracción del deber en los cuales se vulnera una relación positiva, en donde se vulneran los deberes en virtud de competencia institucional, en los cuales existe una relación institucional entre el obligado especial y el objeto de bien jurídico. (Jakobs, 1996, pp. 835-874).

en la cual se establece la pena, se crea para la reafirmación de sí misma. Es decir, que el derecho penal se configura para el mantenimiento del sistema, no sólo el penal, si no el sistema social.

Ferrajoli (2012) frente a la teoría de infracción del deber expuesta por Jakobs, plantea la siguiente crítica, en torno a la aplicación de esta teoría y las restricciones que supone para las garantías:

(...) la concepción del Derecho penal que abiertamente profesan Amelung y Jakobs es una concepción funcionalista, fundada en la teoría de los sistemas de Parsons y de Luhmann, de la cual es difícil negar las graves implicaciones prácticas, diversas y opuestas de aquellas que se derivan de la doctrina liberal de los bienes jurídicos individuales como objeto de tutela del Derecho penal.

(...)

Está claro que una doctrina así, al identificar autorreferencialmente el fin del Derecho penal con la estabilidad y la preservación del orden jurídico mismo, es una doctrina prescriptiva inevitablemente autoritaria, idónea para legitimar la ausencia de límites al poder punitivo. Además, el funcionalismo luhmaniano, y sobre todo su aplicación al Derecho penal, no es nada más que una versión sociológica del viejo estatalismo ético: la idea de la primacía del Estado, o si se prefiere del sistema social, sobre las personas, concebidas como subsistemas cuya tutela se admite sólo si es funcional a la conservación del sistema y por ello claramente inidónea para imponer límites a la potestad punitiva del Estado. (Ferrajoli, 2012, p.104).

Como lo señala Ferrajoli (2012), la protección de la vigencia de la norma no se puede considerar como justificación legítima a las potestades punitivas del Estado. En este sentido, señala el autor, se estaría retornando a un derecho penal con tendencia autoritaria, ya que en últimas el derecho penal sería solo actuaría como un instrumento para la estabilidad social y el *statu quo*, teoría que además ignora principios como el de lesividad material como límite al *ius puniendi*, generando que la pena ante una conducta tipificada se aplique independiente de la lesión efectiva que causa al bien jurídico tutelado, y en ausencia de un límite al *ius puniendi* basta con la mera infracción de un deber para que el derecho penal intervenga. Lo anterior en detrimento de los principios y normas rectoras de antijuridicidad material, mínima intervención, subsidiariedad del derecho penal, y *ultima ratio*.

6.1.2 Teoría de la exclusiva protección de Bienes Jurídicos

La segunda teoría, y es la que asumo en estas líneas, se refiere a la exclusiva protección de bienes jurídicos como fundamento de legitimación de las potestades punitivas del Estado, la cual en oposición a la teoría de la vigencia de la norma, se adopta desde una perspectiva teleológica-garantista a partir de unos referentes externos como los delineados en la Constitución política de Colombia de 1991 y los principios del derecho consagrados en el Código Penal colombiano Ley 599 del 2000, respecto a la cual se podría inferir un modelo de protección de la libertad de los ciudadanos, no sólo respecto a la violencia originada en el delito, sino también respecto a la violencia punitiva estatal. (Lopera y Arias, 2010, pp. 147 y ss.). En otras palabras, que la misión del derecho penal persiga la exclusiva protección de bienes jurídicos es una condición necesaria pero no suficiente porque este modelo de legitimación reclama junto a este límite, otros, como el de lesividad, proporcionalidad, mínima intervención, etc.

La teoría de los bienes jurídicos ha sido ampliamente desarrollada y construida desde diferentes posturas en la dogmática penal, sin embargo, para el presente trabajo, analizaré principalmente aquellas tesis que permitan hacer un examen del sistema penal desde una perspectiva crítica y, además, limitativa, coherente con la adopción del modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

Ferrajoli (1995) fundamenta la importancia de separar el derecho de la moral para construir un modelo garantista y limitativo de la intervención penal, para lo cual expone tres principios axiológicos en el derecho penal, relativos a: “la concepción del delito, del proceso y de la pena”. Frente al primer principio explica que el derecho penal no tiene la misión de imponer o de reforzar una determinada moral, sino sólo la de “impedir la comisión de acciones dañosas para terceros”. (p. 222). Por lo tanto, las conductas solo podrían castigarse cuando afecten bienes jurídicos.

Frente al segundo principio, referido al proceso, Ferrajoli (1995) señala la importancia de la aplicación del principio de estricta legalidad en el proceso, y sobre la prevalencia del derecho penal del acto sobre el derecho penal de autor, para separar el derecho penal de la moral. (Ferrajoli, 1995, p. 223).

El tercer principio que plantea Ferrajoli (1995) se refiere a la justificación de la pena y de sus modos de ejecución, según esta, la pena no debe tener fines morales ni el defender una determinada moralidad. (p. 223).

Como ya se ha mencionado, para Ferrajoli (1995) el bien jurídico permite hacer una interpretación garantista de las penas, puesto que establece una justificación de la existencia de normas penales y en sí de las potestades punitivas del Estado, ya que al exigir que exista una lesión a un bien jurídico, lo que garantiza es que la sanción penal no se impone como un mero refuerzo a la moral. Con esto se asegura que se pueda separar el derecho penal de la moral.

Roxin (2000), afirma, al igual que Ferrajoli (1995), que la sanción penal no surge como consecuencia de la contradicción con la moral, sino para proteger bienes jurídicos:

(...) la tarea del Derecho penal se sitúa en la protección de la libertad y de la seguridad social del individuo, así como en las condiciones de existencia de la sociedad; dicho de forma gráfica: el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de un daño a la sociedad no evitable de otro modo. La tarea del Derecho penal fue limitada, como a menudo se dice hoy, a la “protección subsidiaria de bienes jurídicos”. (p. 21)

En cuanto al contenido del concepto y definición de bien jurídico, Roxin (2013), indica que por bienes jurídicos han de entenderse: “todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad” (p. 5). Lo anterior implica que el enfoque de los bienes jurídicos va orientado a la protección del individuo y de sus derechos.

Bustos en coautoría con Hormazábal (1997) exponen que los bienes jurídicos son aquellas “*relaciones sociales concretas*”, como la vida, la libertad y la salud. Según los autores estas relaciones sociales adquieren significación de bien jurídico penal en cuanto son confirmadas por la norma, y luego dichos bienes jurídicos son protegidos frente a conductas humanas. (p. 58). La teoría que exponen estos autores se ha denominado como la “*teoría material del bien jurídico*” ya que el bien jurídico constituye una base material para los presupuestos de la pena, proporcionando contenido tanto a la tipicidad como a la antijuridicidad. Lo anterior implica que la justificación de la sanción penal de los delitos se base en el perjuicio material que este ocasiona a las “*relaciones sociales concretas*”.

Previamente para Bustos (1987), el bien jurídico solo tiene sentido como concepto material capaz de establecer un contenido concreto a las normas penales⁶, atendiendo a la importancia del

⁶ Bustos (1989) también ha indicado que el bien jurídico nace la norma penal, por lo tanto, no son circunstancias previas a la norma penal (pp. 52-53)

concepto de sistema social y a las relaciones sociales, y no como concepto estrictamente formal que no permita establecer un análisis sobre el contenido de las normas penales, (p. 185), además, puntualiza sobre la importancia de la participación de los miembros de la sociedad en la determinación de estos contenidos:

El bien jurídico implica siempre un valoración masiva y universal; se trata de ciertas relaciones sociales que son consideradas esenciales para el sistema en relación a todos sus miembros. La concepción material rompe el esquema formal piramidal, pues solo es concebible desde y en la participación de los miembros de la sociedad. (Bustos, 1987, p. 185).

La anterior teoría ayuda a comprender la importancia de las relaciones sociales para determinar el contenido del bien jurídico protegido por una norma penal. De lo expuesto por Bustos (1987) destaco acertado identificar al bien jurídico desde un concepto material que permita la crítica a su contenido y propicie la participación de los miembros de la sociedad en su construcción, al denominar a aquellas relaciones sociales valiosas.

Bustos (1994) expone que el principio del bien jurídico es la “consecuencia material del principio de necesidad de la pena es el de legitimidad, esto es, el Derecho Penal protege bienes jurídicos, y, por lo tanto, la intervención punitiva del Estado sólo se produce frente a acciones delictivas a él”. (p. 114). Es decir, que los bienes jurídicos se determinan a partir de un juicio de necesidad de la pena para la protección de las relaciones sociales valiosas.

Para Mir (1991) el derecho penal debe estar en función del ser humano, por lo cual la misión del derecho penal consiste en la protección de bienes jurídicos los cuales a su vez deben cumplir una función limitadora del *ius puniendi*, para tal fin, una teoría del bien jurídico debe ofrecer criterios útiles para la delimitación de los objetos de protección del derecho penal (pp. 205 y ss.). Este autor se basa en el criterio “*utilidad social*”, para indicar que los bienes jurídicos son aquellas condiciones necesarias que posibilitan un correcto funcionamiento de los sistemas sociales, dichas condiciones son básicamente las posibilidades de participación del individuo en los procesos sociales de interacción y comunicación. (Mir, 2003, p. 124).

La anterior definición ofrece un criterio para determinar aquello que se puede considerar como un bien jurídico penal, con base en el criterio de la utilidad social. Para complementar, Mir (2005), expone que el derecho penal debe proteger los intereses de los individuos y por lo tanto el individuo es el referente básico del sistema penal:

Los bienes jurídico-penales han de verse como concreciones de estos intereses reales de los individuos, directos o indirectos, que merecen por su importancia fundamental la máxima protección que supone el Derecho penal. Así entendidos, han de constituir la referencia básica para determinar la función del Derecho penal en un Estado social y democrático de Derecho. (Mir, 2005, p.14)

Concluyendo la postura de este autor, se entiende que son bienes jurídicos penales solo aquellos intereses reales que sean útiles para el desarrollo del individuo.

En común los dos autores, Bustos (1987) y Mir (1991), señalan la importancia de la participación del individuo en la sociedad y también la participación de estos en la construcción de los bienes jurídicos, para Bustos los bienes jurídicos son las relaciones sociales concretas, para Mir las condiciones necesarias y útiles para el correcto funcionamiento de los sistemas sociales. Las anteriores valoraciones frente al contenido del bien jurídico son relevantes, porque colocan a los intereses del individuo en el centro del análisis sobre que es valioso o que es útil en la sociedad.

Para desarrollar el presente trabajo asumiré el concepto de bien jurídico a partir de la teoría material que propone Bustos⁷, en donde el bien jurídico constituye un criterio para establecer los presupuestos de la pena y realizar una crítica a dichos presupuestos y al sistema penal, siendo el bien jurídico una base o un instrumento dogmático para establecer la antijuridicidad y la tipicidad de las conductas tipificadas. Para Bustos el derecho penal debe proteger las relaciones sociales concretas, es decir las posiciones de los individuos en las relaciones sociales determinadas. Lo anterior, porque el bien jurídico posibilita participación del individuo en la sociedad, debido a que el individuo tiene interés también en el correcto funcionamiento del sistema social porque eso garantiza, en últimas, el goce de sus derechos.

6.2 Los bienes jurídicos colectivos

Asumida la anterior postura, cabe señalar que los bienes jurídicos tradicionalmente se han clasificado según su titularidad en dos grupos: los bienes jurídicos individuales y los bienes

⁷ Para completar esta postura, Bustos (1980) afirma que “En cambio, una consideración material del bien jurídico le dota de contenido, este aparece no como un mero símbolo o metáfora, sino como una relación social concreta, que, por tanto, de partida, ha de implicar la participación de los sujetos en el proceso social y, consiguientemente también, llegado el caso, en el proceso económico” (pp. 465-476).

jurídicos colectivos⁸. Los bienes jurídicos individuales son aquellos vinculados directamente con el individuo, desde una perspectiva personalista, como, por ejemplo, la vida humana, la integridad humana y la propiedad privada. Mientras que los bienes jurídicos colectivos son aquellos vinculados a toda la sociedad en su conjunto, por ejemplo, la actividad económica o el medio ambiente.

Bustos (1987), expone que los bienes jurídicos individuales son aquellos bienes jurídicos que están referidos a las bases y condiciones de existencia del sistema y los bienes jurídicos colectivos están en relación con el funcionamiento del sistema, y son complementarios desde una perspectiva material de los bienes jurídicos individuales, es decir, que deben estar en una relación instrumental con ellos, no obstante, a pesar de esta relación, los considera autónomos. (p. 195).

Sin embargo, por el carácter masivo y universal de los bienes jurídicos colectivos, estos tienden a ser generales y abstractos; hasta el punto de que es difícil establecer el contenido del bien jurídico, la forma en que este se lesiona y por ende determinar la responsabilidad individual por una conducta que los afecte. Por eso, suelen ser protegidos por tipos penales contruidos alrededor de la peligrosidad abstracta. En todo caso, existen algunas posturas dogmáticas que buscan dotarlos de contenido y sistematizarlos. En este sentido, expondré algunas de dichas posturas sobre el contenido de los bienes jurídicos colectivos:

Inicialmente para Bustos (1987), los bienes jurídicos colectivos son aquellos referidos al funcionamiento del sistema y deben ser definidos a partir de “una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo en conformidad al funcionamiento del sistema social”. (p. 197). Por consiguiente, para este autor los bienes jurídicos colectivos se encuentran divididos en tres grupos: los bienes jurídicos colectivos, vinculados con la satisfacción de necesidades de carácter social y económico; Los bienes jurídicos de control que son aquellos referidos a la organización del aparato estatal, para que este pueda cumplir sus funciones; y los bienes jurídicos institucionales serían aquellos referidos a determinadas instituciones básicas para el funcionamiento del sistema, por ejemplo la Administración Pública y de Justicia (Bustos, 1987, pp. 199-200).

⁸ A pesar de que tradicionalmente se ha optado por una clasificación bipartita, existen tesis que consideran que se debe centrar la protección penal solo a los bienes jurídicos individuales, a esta se la conoce como teoría monista, y, por otra parte, existe la postura de quienes consideran que también deben proteger penalmente a los bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, a esta teoría se le denomina teoría dualista.

Por otra parte, Alcácer (2001) también propuso su clasificación de los bienes jurídicos colectivos, según la cual estos bienes se dividen en dos grandes grupos: los bienes jurídicos intermedios los cuales median la lesión de un bien jurídico individual o anticipan la lesión de los bienes jurídicos individuales; y los bienes jurídicos institucionales que se refieren a bienes que protegen los bienes públicos, para los cuales se debe emplear la técnica de los delitos de peligro abstracto “debido a la imposibilidad de ser lesionados por una sola acción individual. Es por esta razón por la que puede afirmarse que formalmente, estamos ante delitos de lesión.” (p. 19).

Para Alcácer (2001) la lesión de los bienes jurídicos colectivos institucionales no es posible ya que no tiene un referente individual en el cual se pueda reflejar la lesión del bien jurídico, sino que al tratarse de instituciones y condiciones macro se debe emplear la técnica de los delitos de peligro abstracto para identificar que el bien ha sido lesionado, ya que una acción individual carece de la potencialidad de lesión de estos bienes jurídicos. (p. 20).

Expuestas las anteriores posturas, procedo a hacer un análisis de la propuesta de sistematización de Soto (2005) quien parte de la teoría de los sistemas de Luhmann y su concepto de comunicación como unidad básica sobre la cual se construyen los sistemas sociales. Según esta teoría los delitos contra los bienes jurídicos colectivos afectan los subsistemas de comunicación, lo que repercute en las posibilidades de acción individual, sin embargo, “lo realmente merecedor de la tutela penal no son los subsistemas de comunicación en sí mismos, sino el valor funcional que estos poseen”. (pp. 888-890). En consecuencia, para Soto (2005) la intervención penal se justifica en la medida en que la conducta afecte una función social indispensable, por lo cual para la concreción de un bien jurídico colectivo se debe establecer cuál es la función social que este desempeña.

Soto (2005) a partir del criterio de las funciones sociales, clasifica los bienes jurídicos colectivos en dos categorías, la primera son los bienes que brindan una prestación básica al sistema social y luego están los que buscan la preservación de instituciones fundamentales del Estado:

(...) por un lado, aquellos bienes jurídicos colectivos que representan prestaciones básicas del sistema social (p.ej., Administración de Justicia, Seguridad Social); por otro, aquellos que van referidos a la preservación de instituciones fundamentales del Estado y del Estado en su conjunto, en su concreta configuración constitucional, como presupuesto necesario para que se hagan efectivas aquellas prestaciones sociales. (Soto, 2005, pp. 888-889).

La autora al adoptar un criterio funcional-sistemático hace una crítica al bien jurídico como criterio de legitimación material de las normas penales, de manera distinta a lo expuesto por Bustos (1987). Soto (2003) puntualiza que el concepto de bien jurídico sirve como criterio para determinar los presupuestos esenciales de la convivencia, sin embargo, esta teoría no cumple una función crítica externa del sistema penal o como fundamento de legitimación material de las normas penales, por lo tanto, la autora señala que el bien jurídico: “tan solo constituye un elemento técnico jurídico, que puede ser útil para sintetizar, una vez seleccionados, los presupuestos esenciales de la convivencia. El esfuerzo constructivo debe centrarse, por ello, en la eficacia de bien jurídico”. (Soto, 2003, pp.169-170).

También se debe resaltar que para Soto (2003) los bienes jurídicos colectivos son solo aquellos en “sentido propio”, es decir, aquellos que se refieren a “estructuras o instituciones básicas en el funcionamiento del Estado y del sistema social”, siendo aquellos que no se reconducen a bienes jurídicos individuales. Por tanto, propone lo siguiente: “si a la hora de identificar un bien jurídico colectivo no se es capaz de encontrar tras el más que bienes jurídicos de naturaleza individual, ese bien jurídico es superficial y habrá que prescindir de él.” (p. 213). En consecuencia, para la autora los bienes jurídicos colectivos no son divisibles.

En el siguiente acápite expondré de manera breve las características que, desde la dogmática penal, se les han endilgado a los bienes jurídicos colectivos para separarlos de los bienes jurídicos individuales, y también la forma bajo la cual se determina la lesión de los bienes jurídicos colectivos. Lo anterior para cerrar el apartado de premisas valorativas y asumir postura.

6.2.1 Características de los bienes jurídicos Colectivos

En el caso de los bienes jurídicos colectivos es importante identificar sus características para diferenciarlos de los bienes jurídicos individuales, para lo cual, Hefendehl (2007) señala que son características de los bienes jurídicos: la no exclusión en el uso, no rivalidad en el consumo y la no distributividad, frente a las cuales explica:

Para definir el concepto de bien jurídico se emplean sobre todo los conceptos de no exclusión (Nicht-Ausschliessbarkeit) en el uso, no-rivalidad (Nicht-Rivalität) en el consumo. (...). Para delimitar los derechos individuales de los bienes colectivos se destaca, además, el concepto de no distributividad (Nicht-Distributivität). Conforme

a él, un bien es colectivo si es conceptual, real o jurídicamente imposible dividir este bien en partes y asignárselas a los individuos como porciones. No obstante, hay que precisar conceptualmente el criterio de no rivalidad en el consumo. En tanto se incluyera aquí también el consumo de un bien colectivo contrario al ordenamiento, ese bien sería en cierto modo inmune frente a los ataques. (...). Todo bien jurídico colectivo se caracteriza por poder ser utilizado potencialmente por cualquier miembro de la sociedad, de modo que no es posible asignar el bien jurídico colectivo o un fragmento del mismo a una determinada parte de la sociedad. (Hefendehl, 2007, pp. 188-189).

Según lo anterior, para Hefendehl (2007), los bienes jurídicos colectivos son aquellos que pueden ser usados por todos los miembros de la sociedad, y el uso por parte de un miembro de la sociedad no excluye el uso de los demás, por lo cual agrega la no distributividad la cual significa que no se puede fragmentar el bien jurídico colectivo y asignarlo a los miembros de la sociedad.

También Soto (2003) establece una serie de características de los bienes jurídicos colectivos: la primera característica se refiere a la titularidad compartida, que establece que los bienes jurídicos colectivos son aquellos que son compartidos por toda la sociedad; la segunda característica es la indisponibilidad, que hace referencia a que no se puede renunciar a la protección del bien jurídico, lo anterior ya que para esto es necesario verificar el consentimiento de todos los titulares, o de todos los miembros de la sociedad, sin embargo por ser estos miembros indeterminados esto no es posible; la tercera característica es la indivisibilidad, se refiere a que el bien jurídico colectivo no se puede dividir en partes atribuibles de forma individual; y por último la naturaleza conflictual y la necesidad de ponderación. Frente a la última característica, la autora señala que el conflicto se genera especialmente en los nuevos bienes colectivos (por ejemplo, el medio ambiente o relaciones socioeconómicas). (p. 208).

Soto (2003) y Hefendehl (2007) coinciden en algunas de las características que proponen, por ejemplo, el concepto de no exclusión en el uso y el de no rivalidad en el consumo de los bienes jurídicos colectivos se asemeja a la titularidad compartida, ya que ambas implican que cada uno de los miembros de la sociedad puede acceder al bien jurídico y el uso del bien jurídico por parte de una persona no implica que se excluya a otros. También se puede decir que coinciden frente a la característica de no distributividad y la indivisibilidad, ya que ambas implican que no se puede dividir el bien jurídico y atribuirlo de forma individual. Si bien en algunos aspectos los autores

coinciden, Soto (2003) adiciona dos características a los bienes jurídicos colectivos, frente a la indisponibilidad, en donde el aprovechamiento individual no comporta la capacidad de libre disposición sobre el bien jurídico y frente a la naturaleza conflictual de los bienes jurídicos colectivos.

6.2.2 Lesión de los bienes jurídicos colectivos

La teoría de la exclusiva protección de bienes jurídicos y el principio de lesividad también establecen que se deben delimitar los contenidos de los tipos penales en virtud de la dañosidad social.

Ferrajoli (2012) ha planteado que del principio de lesividad o de ofensividad se puede separar dos subprincipios, los cuales son la ofensividad en abstracto y la ofensividad en concreto, en ambos casos se busca que exista una norma expresa que busque la confirmación de la lesión del bien jurídico⁹. (p. 110).

Como ya se precisó el bien jurídico además de tener una función teleológica dentro del sistema penal, se entiende también como un límite para la intervención penal. Lo anterior implica que el derecho penal solo puede intervenir cuando se trata de proteger a los bienes jurídicos de los ataques más graves, conforme al principio de subsidiariedad, fragmentariedad y *Ultima ratio* del derecho penal. Lascuráin (2007), explica: “el bien jurídico es un instrumento que sirve para condensar el aspecto esencial de la lesividad del delito, la razón genética de su tipificación, la finalidad básica de la contundente reacción estatal en contra las conductas que atentan contra él”. (p.163).

En relación con lo anterior, Bustos (2012) aclara que las normas penales al pretender la protección de un bien jurídico solo pueden recaer sobre actos humanos, y luego esos actos deben cumplir con el principio de responsabilidad y lesividad. (P. 186.). Puede decirse que el principio

⁹ Ferrajoli (2012) frente al principio de lesividad plantea, “Gracias a esta precisión es posible articular el principio de ofensividad en dos subprincipios: el de ofensividad en abstracto, que podría anclarse a la Constitución mediante una formulación del tipo “nadie puede ser castigado por un hecho que no ofenda bienes jurídicos de relevancia constitucional”; y el de ofensividad en concreto, con el cual se podría establecer que “nadie puede ser castigado por un hecho que, aun correspondiendo a un tipo normativo de delito, no produzca en concreto, al bien por éste protegido, ningún daño o peligro”. El primer principio, al consistir en una norma dirigida al legislador, debería formularse en la Constitución. El segundo, al ser una norma dirigida a los jueces, podría perfectamente ser previsto por una ley común. En ambos casos, este principio tiene la forma, que es propia de todas las garantías, de límite o *condicio sine qua non* de la intervención penal”. (p. 110)

de lesividad o antijuridicidad material se refiere a la ofensa o daño que efectivamente ocasionó una conducta típica a un bien jurídico y la exigencia de que dicho daño se pueda constatar fácticamente.

Por lo tanto, solo serán punibles las conductas que lesionen efectivamente un bien jurídico tutelado. Sin embargo, existe una característica de la expansión del derecho penal y es la inclusión y adecuación de los delitos de peligro¹⁰, en los cuales no existe no hay una afectación al bien jurídico, ya que si bien no se llega a lesionar el bien jurídico se lo colocó en una posición de riesgo. De la teoría de los delitos de peligro se deriva la teoría de los delitos de peligro abstracto, la cual ha sido aplicada especialmente cuando se trata de los bienes jurídicos colectivos, en los cuales, como ya se mencionó, existe una indeterminación por tratarse de inmateriales, masivos y universales.

En resumen, determinar de forma concreta la lesión es importante para la valoración de la gravedad de la conducta y si esta merece una sanción penal. A pesar de lo anterior, en el caso de los bienes jurídicos colectivos no es tan fácil de constatar la lesión o puesta en peligro, debido a que estos bienes, en casi todos los casos, tienen un carácter masivo y universal y se han determinado con un contenido inmaterial, por lo cual para determinar la lesión se ha recurrido a las estructuras de los delitos peligro abstracto y a estructuras acumulativas, para que se pueda determinar si una conducta afecta a un bien jurídico colectivo:

(...) no es imaginable la lesión del bien jurídico colectivo porque ello supondría la destrucción total, o, principalmente, y que esta no puede ser producida por acciones individuales, aisladamente “inocuas”, de modo que solo su reiteración generalizada entraña un riesgo para el bien jurídico. Esto último es lo que se conoce como el

¹⁰ Existe una categoría que ubica a los tipos penales en virtud del efecto que causen sobre un bien jurídico, pueden ser delitos de resultado y de riesgo o peligro concreto o abstracto, Cerezo (2002) haciendo referencia al contexto español, expone que “En los delitos de peligro abstracto, el peligro es únicamente la ratio legis, es decir el motivo que indujo al legislador a crear la figura delictiva. Se castigan ciertas conductas porque generalmente llevan consigo el peligro de un bien jurídico. El peligro no es aquí un elemento del tipo y el delito queda consumado, aunque en el caso concreto no se haya producido un peligro del bien jurídico protegido. Es un delito de peligro abstracto, en el Código penal español, por ejemplo, dentro de los delitos contra la seguridad del tráfico, el de conducir un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas (art. 379). Son también delitos de peligro abstracto, dentro de los delitos contra la Administración Pública, por ejemplo, los de cohecho (arts. 419 y ss.) y el tráfico de influencias (arts. 428 y ss.) y, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, el de falso testimonio (arts. 458-461). En los delitos de peligro concreto, en cambio, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. Desde el punto de vista dogmático, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado”. (pp. 47-48).

problema de los efectos cumulativos y para solventarlo se ha desarrollado la tesis de los delitos con bien jurídico intermedio. (Soto, 2003, p. 181)

El problema de los efectos acumulativos radica en que las conductas individuales no tienen la capacidad de afectar a los bienes jurídicos colectivos, debido a que las consecuencias lesivas para el bien jurídico solo se verían reflejadas con la suma de las conductas individuales, lo que impide establecer la responsabilidad individual. En virtud de lo anterior, se ha acudido a la tesis de los bienes jurídicos intermedios, según la cual: “el peligro ira referido a bienes jurídicos individuales que indirectamente resultan amenazados, mientras que el bien jurídico colectivo ya se lesionaría con la mera realización de la conducta típica” (Soto, 2003, p.179). Según lo anterior, habría dos bien jurídicos afectados, uno individual que se pone en peligro y uno colectivo que se lesiona.

Sin embargo, la tesis de los bienes jurídicos intermedios ha sido objeto de crítica, por ejemplo, Soto (2003) indica que se trata de construcciones artificiosas, debido a que la lesión de un bien jurídico no se puede fundamentar únicamente con la peligrosidad abstracta de un bien jurídico intermedio, el cual no posee por sí mismo un desvalor suficiente para justificar la incriminación. (pp. 216-218) Además, introducir un bien jurídico inmediato no convierte automáticamente a estos tipos penales en tipos de lesión.

La autora citada señala que la dificultad que existe para establecer la lesión de los bienes jurídicos colectivos, desde un plano material, se debe a que siempre se ve la lesión desde un plano naturalístico¹¹. Por ello, propone concebir la lesión desde un plano sociológico-normativo de la realidad social, en este sentido, la lesión del bien jurídico colectivo se verifica a través del criterio de su función social y su valor funcional, teniendo en cuenta, en primer lugar, que esta sea indispensable y que esta pueda ser aprovechada por todos los miembros de la sociedad:

Del mismo modo que la lesión de la vida humana en cuanto bien jurídico no reside en la destrucción de un organismo biológico, tampoco la lesión de un bien jurídico colectivo puede nuclearse en torno a la afección del correspondiente subsistema comunicativo, entendido éste como mero mecanismo de organización social interna. De ahí que se haya propuesto la concreción de los bienes jurídicos colectivos en atención al valor funcional de las realidades sistémicas para el sistema social global.

¹¹ Soto Navarro, S, (2005). p 904

Desde esta perspectiva, será lesivo el comportamiento que perturbe la función social encomendada a un determinado subsistema de comunicación, función que, primero, ha de revestir un carácter indispensable para la propia subsistencia y/o desarrollo del sistema social en su conjunto; segundo, ha de ser susceptible de un aprovechamiento colectivo, sin que ningún partícipe en la interacción social pueda ser excluido y sin que el aprovechamiento individual obstaculice ni impida el aprovechamiento por otros. (Soto, 2005. p 907).

Según Soto (2005), para que se pueda verificar la lesión en el plano sociológico normativo, se debe concretar la “función material asignada a determinados subsistemas comunicativos y a los instrumentos básicos sobre los que éstos se estructuran”, y en este sentido “entendiendo por efecto lesivo el impedimento u obstaculización de la misma” (p. 909). No obstante, también se debe poder atribuir la imputación de dicho efecto lesivo a conductas individuales.

Arias (2018), en relación con la forma de concreción y la lesión de los bienes jurídicos colectivos, indica que se debe tener en cuenta la interdisciplinariedad del derecho penal con otras ramas o saberes, debido a que este dialogo sirve para establecer que relaciones sociales que son valiosas y también para delimitar los comportamientos que lesionarían esas relaciones sociales¹²:

Esto, por ejemplo, llevaría a aquel que se dedique al estudio de los delitos económicos, a entablar un diálogo con la economía para precisar muy bien los contornos de los mecanismos económicos implicados en el precepto que estudia y, también, para determinar con claridad cuáles serían los comportamientos que estarían en condiciones de lesionarlos (al impedir que esos mecanismos económicos cumplan las funciones para los que están dispuestos) o de ponerlos en peligro (al disminuir o dificultar las posibilidades de defensa de estos mecanismos...). (pp. 49-61).

Por lo anterior, Arias (2018) coincide con lo establecido por Soto (2003) en cuanto a los criterios, que esta autora expone para determinar el concepto material de delito a la hora de definir el objeto de protección de los bienes colectivos.

¹² Arias (2018), en el desarrollo de su planteamiento acoge el concepto de peligro expuesto por el autor Terradillos (1999).

En conclusión, para Soto, la determinación de la materialidad la lesión del bien jurídico colectivo se debe tener en cuenta los siguientes elementos: en primer lugar el bien jurídico debe extraerse de la realidad social, a partir del criterio de función social indispensable y susceptible de un aprovechamiento colectivo; posteriormente establecer si dicha función social es susceptible de lesión para lo cual establecer si dicha lesión se puede verificar en el sistema social y ser imputable a acciones individuales, si no se establece lo anterior se vulnera el principio de lesividad y de proporcionalidad ya que no exige una valoración de la gravedad de la acción individual. (Soto 2003. pp. 283-284).

Si bien con los anteriores elementos se puede establecer si un determinado bien jurídico colectivo es susceptible de lesión, aún falta la técnica para comprobar si el bien jurídico fue lesionado en el plano material. Por ello, Soto (2003) propone que se requiere determinar el desvalor del resultado de la conducta a partir de lo que ella denomina el substrato material del bien jurídico colectivo:

(...) se necesita de otro elemento que permita conectar el mundo ideal e intangible con los valores sociales (bienes jurídicos) con el mundo real en el que si puede influir la acción delictiva. Este elemento es el substrato material del bien jurídico, entendiendo por tal aquella parcela de la realidad social en que se concreta el bien jurídico, y susceptible de alteración por acciones individuales. Por tanto, en este contexto, el desvalor del resultado no consiste en la afectación del bien jurídico, sino en aquello que constituye su substrato material. Si además se otorga al desvalor de resultado un papel esencial en la fundamentación del injusto, se llega así a la conclusión de que todo bien jurídico, idealmente conceptualizado, requiere de un substrato material. (P. 290).

El substrato material ayuda a la constatación real de la lesión real al bien jurídico colectivo, ya que este es susceptible de lesión, el substrato cumple una función representativa, ya que es en donde se ve reflejado el desvalor de la conducta.

Pérez (2012) realiza una explicación sobre el substrato material e inmaterial de los bienes jurídicos¹³, citando Mayo Calderón, este autor expone:

¹³ Pérez- (2012) El substrato material (en el sentido de una realidad fisicoquímica, corpórea o biológica) o inmaterial (en el sentido de una realidad incorpórea, mental, intelectual o sociológica). (pp. 18-19)

(...) si el bien jurídico supraindividual tiene un substrato material (que esta autora identifica con lo empírico o real), la graduación de la afectación del bien jurídico deberá atender precisamente a criterios empíricos; en particular, habrá que determinar si la acción produce o no un determinado resultado en el mundo real, es decir, un efecto externo de lesión o peligro concreto sobre ese substrato material, que podrá a su vez constituir un resultado jurídico de lesión o de peligro concreto. Por ejemplo: en relación con el medio ambiente, si el efecto externo sobre el equilibrio de los sistemas naturales (el substrato material del bien jurídico) ha sido de tal magnitud que haya afectado a la capacidad del sistema natural para regenerarse, entonces se tratará de un resultado de lesión; en cambio, si el efecto no ha alterado la capacidad de regeneración del bien jurídico, se tratará de un resultado jurídico de peligro concreto. (pp. 19-20).

Por lo anterior, en virtud de la problemática que supone determinar cuándo un bien jurídico colectivo ha sido lesionado de manera efectiva, y las gravosas consecuencias de los delitos de peligro abstracto para el principio de lesividad, Soto (2003) se planteó que se debía establecer el substrato material del bien jurídico colectivo, el cual permite en un caso concreto delimitar la lesión al bien jurídico colectivo en un plano sociológico de la realidad social y no en abstracto. (p. 292). Comprender cuando se afecta el substrato del bien jurídico colectivo, permite concretar el momento en el cual lesiona de manera efectiva el bien jurídico o cuando se lo pone en peligro, la cuestión principal sería entonces como delimitar dicho sustrato en un caso particular, en este punto es relevante lo expuesto por Arias (2018) en torno a la interdisciplinariedad del derecho penal con otras áreas para concretar cuales son las relaciones sociales que deben ser objeto de la tutela penal.

6.2.3 Teoría o concepto de bien jurídico colectivo que se acoge

Para la sistematización de los bienes jurídicos colectivos me acojo a la propuesta expuesta por Soto (2003), la cual no es incompatible con las premisas valorativas que expuse al principio de este apartado. Considero que la tesis genera un aporte importante frente a la forma de sistematizar los bienes jurídicos colectivos. Aunque adopta una perspectiva funcional de los sistemas y funciones sociales indispensables; la interpretación y sistematización que realiza Soto (2003) busca establecer la función social que desempeña el bien jurídico a partir de una teoría

funcional- sistémica que se aborda desde un plano sociológico. Sin embargo, al incorporar el criterio del substrato material ubica en un plano empírico, en las relaciones sociales concretas, no sólo el bien jurídico sino la exigencia de comprobación de su lesión o puesta en peligro relevante, salvaguardando no sólo la garantía de lesividad sino también las de la responsabilidad y proporcionalidad

Ahora bien, la autora citada niega la posibilidad de crítica externa que otros autores le atribuyen al concepto de bien jurídico¹⁴. No me acojo a dicha idea, porque considero que a partir del bien jurídico se puede discutir sobre la legitimidad de las normas penales y la protección de las condiciones que son básicas para el desarrollo y participación del individuo en la sociedad.

En el caso de los bienes jurídicos colectivos, por sus problemáticas, entonces adoptó la idea de determinar el substrato material del bien jurídico en el cual se concreta la lesión al bien jurídico. Lo anterior ayuda a establecer la dañosidad de la conducta y la responsabilidad individual.

Establecidas las anteriores premisas valorativas y entre ellas la forma de determinar la lesión de los bienes jurídicos colectivos a partir de los criterios expuestos por Soto, el enfoque del presente trabajo es proponer una interpretación restrictiva, con base en los principios de antijuridicidad material, proporcionalidad, subsidiariedad y ultima ratio, sobre el tipo de penal de prevaricato, por lo cual y en coherencia con lo expuesto anteriormente se debe iniciar determinando cual es el bien jurídico que dicho tipo penal tutela.

7. Consideraciones generales sobre el Delito de Prevaricato

Para abordar este tema en primer lugar se expondrá de manera general la regulación que existe en Colombia sobre el tipo penal de prevaricato y como se ha clasificado y tipificado, lo anterior para tener un contexto sobre este tipo penal en el ordenamiento jurídico penal colombiano, además para realizar un esquema comparativo entre Colombia y otros ordenamientos como el de España. En su segundo momento se expondrá las diferentes opiniones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la cuestión sobre cuál debe ser al bien jurídico protegido por el prevaricato, para lo cual es importante abordar el tema de los delitos contra la Administración Pública y de Justicia.

¹⁴ Bustos (1987) y en Bustos y Hormazábal, (1997).

7.1 Regulación del delito de Prevaricato en Colombia

En Colombia al igual que otros ordenamientos jurídicos latinoamericanos¹⁵ se ha adoptado la figura jurídica del prevaricato, la cual tiene su origen en el derecho Romano. Frente a la incorporación del prevaricato en Colombia, Acevedo (2001) expone que esta figura se adoptó del derecho penal italiano¹⁶.

El delito de prevaricato se ha incorporado en las anteriores legislaciones penales colombianas y también en la legislación vigente. Inicialmente, en el artículo 168 del Código Penal de 1936¹⁷ (Decreto 2300 de 1936); luego en el artículo 149 y 150 del Código Penal de 1980¹⁸ (Decreto ley 100 de 1980); y en la vigente regulación, Código Penal del 2000 (Ley 599 de 2000) en el título XV de los Delitos en contra de la Administración Pública, artículos 413 y 414 los cuales señalan:

Artículo 413. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses, multa de sesenta y seis

¹⁵ Por ejemplo, en Argentina el Código Penal de la Nación Argentina contempla en los artículos 269, 270, 271 y 272 el delito de prevaricato de los funcionarios judiciales, jueces, fiscales, abogados; En Chile en Código Penal el prevaricato está contemplado con el título Prevaricación en los artículos 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, en dichos artículos se contempla el prevaricato de funcionarios judiciales y de funcionarios públicos distintos de los funcionarios judiciales y también de abogados. En Bolivia en el Código Penal se establece en el artículo 117 el prevaricato de jueces o Fiscales y en el artículo 282 el prevaricato de Árbitros; En Perú en el Código Penal se determina el prevaricato de jueces, Fiscales y abogados en los artículos 418, 419, 420 y 421.

¹⁶ Acevedo (2001), expone que el proyecto de Código positivista italiano influyó las legislaciones de muchos países. En Colombia se siguió muy de cerca; “los comisionados Carlos Lozano Lozano y Rafael Escallón, por ejemplo, fueron alumnos de Ferri”. En aquel texto la fórmula de la responsabilidad se consignó así: “Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código” (p. 15).

¹⁷ En el Código Penal de 1936, Artículo 168. “El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años”.

¹⁸ En el Código Penal de 1980: Artículo 149. Prevaricato por acción. El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años (...) Artículo 150. Prevaricato Por Omisión. El servidor público que omita retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior. Artículo 151. Prevaricato Por Asesoramiento ilegal. El servidor público que asesore aconseje o patrocine de manera ilícita a persona que gestione cualquier asunto público de su competencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

punto sesenta y seis (66.66) a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ochenta (80) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses.

Artículo 414. Prevaricato por omisión. El servidor público que omita retarde, rehusé o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa (90) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por ochenta (80) meses.

De un análisis comparativo entre las distintas disposiciones normativas, se puede apreciar que en el Código Penal vigente, respecto al código penal de 1980, se suprimió el prevaricato por asesoramiento ilegal y estableció un aumento de la pena principal y de las accesorias, sin embargo, se mantuvo la separación entre el prevaricato por acción y por omisión, tal situación si dista del Código Penal de 1936, ya que en esta regulación es un mismo artículo que incorpora tanto el prevaricato por acción y el prevaricato por omisión y se incorporaban los elementos subjetivos de simpatía o animadversión (derecho penal de autor, estos elementos podrían desembocar en esto) los cuales desaparecieron en las dos regulaciones posteriores.

En el actual Código Penal colombiano, se contempla el prevaricato por acción y omisión, por lo cual explicaré la definición y estructura objetiva y subjetiva del delito de prevaricato por acción y luego el prevaricato por omisión:

7.1.1 El Prevaricato por acción

Respecto al delito de prevaricato por acción, establecido en el artículo 413 del Código Penal. Las características objetivas del tipo penal son: sujeto activo calificado, el cual es el servidor público en ejercicio de sus funciones¹⁹, este artículo adopta de forma genérica el termino funcionario público para referirse a aquellos de la rama administrativa y judicial del poder público.

La conducta consiste en proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley. De la conducta se resalta el elemento normativo “manifiestamente contrario a la

¹⁹ Uribe (2012) Señala que el funcionario público debe estar en ejercicio de sus funciones, “porque de otra manera estamos en presencia de un servidor público que no es competente, y, por tanto, la conducta se adecuaría a la de abuso de función pública, o si es un particular, la conducta se adecuaría a la usurpación de funciones públicas”. (pp. 275-276)

ley” frente al cual, el autor colombiano Sánchez (2013) señala que a partir del cambio en el sistema de fuentes el delito de prevaricato no se configura a partir de la comparación de la decisión con la ley, sino con los valores y principios constitucionales que determinan un nuevo sistema de fuentes que expresan “un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material, donde coexisten diversas posturas acerca de la justicia” (p. 121). Por lo tanto, el injusto de este tipo penal se valora a partir de la comparación entre la decisión del servidor público y el valor justicia, al sentido de justicia que debe acompañar a esa resolución, dictamen o concepto. (Sánchez, 2013, p. 121).

La Corte Constitucional colombiana por medio de la sentencia C-335 del año 2008 determinó, tomando como base la jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, que el prevaricato se configura ante la abierta discordancia entre lo decidido con la norma jurídica, conjunto de normas, descripción legal u ordenamiento jurídico²⁰.

También frente a la conducta del prevaricato, la Corte Suprema ha dicho que este delito se configura cuando el servidor público, judicial o administrativo, emite, en ejercicio de sus funciones, una decisión que contraviene de manera ostensible o grosera la Ley, y por ley se entiende desde su concepción material, es decir, cualquier norma jurídica aplicable al caso concreto. En cuanto a la expresión "manifiestamente" esta califica la contrariedad entre la resolución, dictamen o concepto y el derecho aplicable, la decisión o el concepto del funcionario público sea manifiestamente contrario a la ley, debe reflejar su oposición al mandato jurídico en forma clara y abierta, revelándose objetivamente que es producto del simple capricho o de la mera arbitrariedad²¹.

La Corte Suprema en la sentencia AP1326.52706 de 2019, ha indicado la forma en la que se configura este tipo penal en su aspecto subjetivo, sobre el cual se ha dicho que es un delito esencialmente doloso que requiere el conocimiento y la voluntad en su actuar en dirección a la plena realización de dicha acción:

²⁰ Además, esta sentencia de la Corte Constitucional C-335 del año 2008, expone que el delito de prevaricato tiene las siguientes características: “(i) El delito puede ser cometido por los jueces, los servidores públicos y en ocasiones por particulares que ejercen funciones públicas, en los términos que señala el Código Penal; (ii) En cuanto al sujeto pasivo de la conducta, se ha estimado que es la administración pública, aunque se admite que, en ciertos casos, pueda tratarse de un delito pluriofensivo; (iii) El objeto material del delito comprende resoluciones, dictámenes o conceptos, es decir, abarca tanto decisiones judiciales como actos administrativos. A su vez, la expresión “contrario a la ley”, ha sido entendida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que con aquélla se designa: (i) la norma jurídica aplicable al caso concreto; (ii) el ordenamiento jurídico colombiano; (iii) los mandatos constitucionales; (iv) ley en sentidos formal y material, ya que no distingue entre una y otra; y (v) actos administrativos.”

²¹ Corte Suprema de Justicia sentencia con Radicado N° 52545 del 16 de mayo de 2018.

En cuanto al elemento subjetivo del tipo, el delito de prevaricato por acción sólo es atribuible a título de dolo, conforme al artículo 21 del Código Penal, según el cual todos los delitos de la parte especial corresponden a conductas dolosas, salvo cuando se haya previsto expresamente que se trata de comportamientos culposos o preterintencionales. Así, la Corte ha puntualizado que para condenar por esta modalidad delictiva “resulta imprescindible comprobar que el autor sabía que actuaba en contra del derecho y que, tras ese conocimiento, voluntariamente decidió vulnerarlo”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP1326.52706, 2019)

Cabe mencionar que si bien en la estructura objetiva y subjetiva de la conducta existe consenso jurisprudencial, no lo hay respecto de si se trata de un delito de resultado o de mera conducta, por ejemplo, en la sentencia de la Corte Suprema AP1261 53954 de 2019 la Corte señala que el prevaricato es un delito de mera conducta:

Finalmente valga precisar que el delito de prevaricato por acción es instantáneo o de mera conducta, en el entendido que se consuma con el procedimiento de la decisión o dictamen contraria a la ley, sin que se requiera de la causación efectiva de un daño o perjuicio a los destinatarios de la providencia judicial o acto administrativo o concepto emitido por el servidor público. En el mismo sentido se actualiza el delito con independencia de la eventual revocatoria, confirmación o declaratoria de nulidad de la decisión o dictamen contrarios al ordenamiento jurídico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP1261 53954, 2019)

Mientras que otras sentencias han señalado que el delito de prevaricato por acción en su aspecto objetivo se ha considerado como un un ilícito de resultado, es decir que se requiere que la sentencia o resoluciones manifiestamente contraria a la ley cree un resultado, como lo expresó la Corte Suprema en las sentencias radicado N° 35656 de 2011 y reiterada por medio de la sentencia SP16237-46329 – 47003 de 2015.

Con base en lo expuesto por la Corte Suprema se puede concluir respecto al delito de prevaricato por acción que se trata de un tipo penal con sujeto activo calificado, que es el servidor público, además este tipo penal posee un verbo rector: proferir, y los siguientes ingredientes normativos: dictamen, resolución o concepto manifiestamente contrario a la ley. El prevaricato por acción en su elemento subjetivo es esencialmente doloso, como lo ha reiterado la jurisprudencia

ya que en el Código Penal no está contemplado el prevaricato culposo o imprudente. Sin embargo, vale la pena señalar que desde algunas decisiones recientes en la jurisprudencia de la Corte Suprema se ha insistido en la incorporación de un elemento subjetivo adicional al conocimiento y la voluntad constitutivos del dolo, este elemento subjetivo hace referencia al “ánimo corrupto”, dicho elemento busca a través de una exigencia del tipo subjetivos delimitar este tipo penal²², en torno a este tema, se abordará un análisis más a profundidad en los siguientes apartados.

7.1.2 El Prevaricato por omisión

El delito de prevaricato por omisión tipificado en el artículo 414 del Código Penal, pertenece a la categoría de los delitos de omisión propia, dichos delitos consisten en una infracción de un mandato que se encuentra establecido en el tipo penal, seguido o no de resultado.

En los delitos de omisión propia se requiere que los mandatos estén siempre vinculados a determinados requisitos, por lo tanto, no se establece simplemente el precepto de obrar en la conducta, sino el de obrar dentro de determinadas circunstancias: Según Kaufmann (2006) la omisión se entiende como, el no llevar a cabo una acción esperada por otro o a lo menos percibida como de posible acaecimiento, cuya realización está dentro del poder volitivo del emitente (p. 49). Los requisitos de la omisión propia, según este esquema serían, “1. Que se dieran las circunstancias previstas en el mandato, 2. Que el obligado pudiera obrar, y no obstante permaneciera inactivo, 3. Que la persona inactiva haya conocido su deber o hubiera podido conocerlo con la atención debida”. (Kaufmann, 2006, p. 109).

Para que se estructure un delito omisión propia, según lo anterior, se requiere la existencia de una situación típica en la cual un sujeto que se encuentra en la obligación y capacidad de ejecutar la acción y sin embargo decide la no realización de dicha acción, es decir, se trata de la existencia de una situación típica que impone al sujeto la obligación de realizar una acción determinada y al no realizar dicho mandato de configura la omisión, no obstante no debe olvidarse que se debe valorar la lesión al bien jurídico protegido para establecer en qué casos una conducta es antijurídica.

²² Postura que se expuso en las sentencias de la Corte Suprema con radicado 39.538 del 23 de octubre del 2014 y en la sentencia radicado 46.688 del 25 de noviembre del 2015

Desde una perspectiva coherente con los principios de antijuridicidad material y lesividad no se puede considerar a los delitos de omisión propia como delitos de mera omisión. Por lo tanto, no puede ser punible una mera omisión de una conducta que se tenía el deber de realizar; se debe valorar la lesión o puesta en peligro para el bien jurídico. Además, frente a lo anterior se debe resaltar que el hecho de que una conducta en la cual no se impute la producción de un daño, no implica que no exista lesión al bien jurídico protegido, ya que se trata de dos cuestiones distintas, como lo expuso Soto (2005) quien señala que la existencia o no de resultado material no afecta o repercute en la existencia de ofensa al bien jurídico, ya que el resultado pertenece a la teoría de los tipos penales y tiene un carácter técnico instrumental que permite describir un efecto de la acción típica sobre el objeto de la acción, pero dicho resultado no comporta objetivamente la ofensa al bien jurídico, el cual pertenece a la teoría del injusto. (p. 905).

Lo anterior para concluir que, si bien en los delitos de omisión propia no se exige, en algunos casos, la realización de un resultado, esto no implica que no se afecte un bien jurídico penal, excluyendo que el único fundamento del injusto sea la no realización de una conducta. Ya que si se concibe al prevaricato por omisión como un delito de mera omisión el injusto se fundamenta a partir de una mera infracción de deberes. Lo correcto es valorar la efectiva lesión del bien jurídico que se tutela con la conducta omitida.

En el aspecto objetivo de la conducta, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que el prevaricato por omisión es un tipo penal de sujeto activo calificado, de omisión propia, de mera conducta o actividad²³. También es un tipo penal de conducta alternativa ya que contiene los verbos omita, retarde, rehusé o deniegue. Frente a la descripción de estos verbos, la Corte Suprema en la sentencia SP6360-42275 de 2014, determina que:

La omisión es dejar de realizar el acto funcional dentro del término señalado en la ley o dentro del cual es fértil para producir efectos jurídicos normales. Por su parte, el retardo es la realización del acto por fuera del plazo legalmente determinado, es decir, dentro del cual resultaba útil. En tanto que el rehusamiento reside en la

²³ La Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SP1034-2018 Radicado N° 52026. Del 11 abril de 2018, indica que es un delito de omisión propia, es decir de mera conducta o actividad, lo cual significa que el comportamiento típico se realiza con la sola acción omisiva, o con la simple infracción del deber de actuar, sin exigir la acusación de un resultado específico separable de ella. Lo anterior fue confirmado por medio de las sentencias radicado SP4036-2020 y sentencia radicado N° 52.437. del 14 de octubre de 2019.

negativa a realizar el acto ante una solicitud válidamente presentada. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP6360-42275, 2014)

El prevaricato por omisión también ha sido catalogado como un tipo penal blanco, debido a que en la conducta omitida que describe el artículo 414 como *un acto propio de sus funciones*, no se incluyen cuáles son las funciones cuya omisión o incumplimiento da lugar a la configuración del delito, por esta razón se debe establecer por fuera de la norma penal cual fue el mandato específico que el sujeto activo omitió, situación que en algunas circunstancias puede vulnerar el principio de taxatividad de la norma penal²⁴. Por lo tanto, la Corte Suprema ha exigido que para afirmar la materialización del delito debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado²⁵.

En cuanto a la estructura subjetiva del prevaricato por omisión, se ha establecido que es un delito esencialmente doloso, como lo ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia nacional²⁶. La jurisprudencia colombiana ha establecido que, para que se configure el prevaricato por omisión, no basta con la comprobación objetiva de la no realización de un deber legal o constitucional ya que se deben determinar las razones de la omisión, requiere que el sujeto agente obre con el propósito consciente de apartarse de los deberes propios de su cargo, así que no basta la simple omisión o retardo en el cumplimiento de sus funciones, es indispensable que medie el conocimiento y la voluntad deliberada de pretermitir o postergar el acto o la función a la que está obligado, es decir que exista dolo de parte del funcionario público en la omisión de sus funciones²⁷.

Concluido el pequeño análisis sobre la regulación del tipo penal de prevaricato en Colombia, y antes de establecer el bien jurídico que se tutela en el delito de prevaricato, previamente se debe señalar que este tipo penal pertenece a la categoría de delitos en contra de la Administración Pública y de Justicia. No obstante, como ya se mencionó, en Colombia el delito de prevaricato se encuentra incorporado solo en el título de delitos contra la Administración Pública, mientras que en otros ordenamientos como el español el tipo penal de prevaricato se

²⁴Frente a los tipos penales en blanco desde la doctrina se han postulado críticas a su aplicación, debido a que vulneran principios garantías que deben estar presentes en la norma penal, como lo es el principio de legalidad, taxatividad, reserva. Frente a los tipos penales en blanco, Fernández, (1999) considera que es una figura violatoria de principios fundamentales del derecho penal, determina que “La vía de remisión permanente al ejecutivo, propia del tipo en blanco, no cuadra con nuestra disposición constitucional, vulnerando el principio de reserva y el de taxatividad” (p. 108).

²⁵ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP580-2019 (49875), del 27 de febrero de 2019.

²⁶ Corte Suprema de Justicia Sala Penal, Sentencia SP-6125 2017 (44958), del 05 de marzo de 2017.

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de segunda instancia, Radicado N°51501, Sentencia SP-4842018 del 28 de febrero de 2018.

encuentra tipificado también en la categoría de delitos contra la Administración de Justicia. Por lo anterior, y para desarrollar el presente trabajo, abordaré las dos categorías, para luego establecer la conveniencia de dicha separación (que conduce al entendimiento de un prevaricato administrativo y un prevaricato judicial respectivamente). Posteriormente se realizará un análisis sobre el bien jurídico del prevaricato de acuerdo con algunas posturas desde la doctrina del derecho penal español, el derecho colombiano y su jurisprudencia.

7.2 Delitos contra la Administración Pública y de Justicia

Como ya se anticipó, frente al carácter colectivo de los delitos contra la Administración Pública y de Justicia no existe ninguna discusión en la dogmática penal, puesto que tradicionalmente se han catalogado como colectivos al cumplir con las características básicas de estos, como las expuestas por Hefendehl (2007), Soto (2003) y Bustos (1987).

7.2.1 Valoración inicial sobre los delitos contra la Administración Pública y de Justicia

La Administración Pública y de Justicia se refieren a las manifestaciones del Estado por medio de las cuales se desarrollan los cometidos y los fines Estatales. La Administración Pública se refiere a los órganos de la Rama Ejecutiva del Estado, los cuales tienen a su cargo actividades y funciones administrativas como es la realización de la prestación de servicios públicos, la ejecución de actos, contratos u operaciones encaminados al cumplimiento de la Constitución y la Ley, etc.²⁸ Por lo tanto, la Administración Pública puede hacer referencia tanto a los órganos de la

²⁸ En Colombia la Ley 489 de 1998 en el artículo 39 expone “Integración de la Administración Pública. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano. La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración. Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley. Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso. Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley.”

Rama Ejecutiva del poder público, como también a la función que desempeñan dichos órganos y que es ejecutada por los funcionarios públicos, quienes deben observar una serie de principios que regulan su actividad y la función administrativa²⁹. Por otro lado, la Administración de Justicia se refiere a los órganos de la Rama Judicial del poder público encargados de una función del Estado con soporte constitucional³⁰, estos órganos cumplen la función de administrar justicia, solucionar los conflictos entre los ciudadanos y entre éstos y el Estado³¹.

Por lo anterior, la Administración Pública y la de Justicia, desde una perspectiva funcional, se convierten en unos objetos dignos de la tutela penal, ya que a partir de estas instituciones se materializa el cumplimiento de los fines del Estado y la prestación de servicios, por medio de los cuales se satisfacen las necesidades colectivas y se garantizan los derechos individuales. En virtud de la importancia de la Administración Pública y de Justicia desde el derecho penal se han positivizado conductas dañinas para las funciones que cumplen estas instituciones.

La Administración Pública es una función que cumple cometidos constitucionalmente amparados que están dirigidos al servicio e intereses generales³². Sin embargo, emplear a la Administración Pública como bien jurídico penal, no es apropiado, ya que carece de la concreción necesaria para consolidarse como bien jurídico penal delimitado, porque al ser un concepto muy extenso y ambivalente³³, esto no permite establecer la lesión o puesta en peligro del bien. Además, porque la configuración de la prohibición en los delitos con bienes jurídicos colectivos se realiza a través de la técnica de los delitos de peligro abstracto, en los cuales el injusto parece configurarse con el desvalor de la acción de la conducta al no existir forma de comprobar fácticamente un resultado o daño al bien jurídico.

En los delitos contra la Administración de Justicia el bien jurídico tutelado ha sido objeto de estudio ya que, al igual que ocurrió con la Administración Pública, existe una tendencia a establecer que el objeto de tutela penal es la Administración de Justicia, el cual, como ya se mencionó, no puede ser un

²⁹ La ley 1437 de 2011, Código del Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en su artículo 3° menciona los principios que se deben aplicar en desarrollo de la función administrativa, los cuales son acogidos en la Ley 80 de 1993, principios como el Debido Proceso, la Igualdad, Imparcialidad, Economía, etc.

³⁰ Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

³¹ Conforme lo establece la Estatutaria de la Administración de Justicia, Ley 270 de 1996 en su artículo 1, además, esta norma contempla la estructura de la Administración de Justicia, estableciendo cuales son los órganos que la componen, por ejemplo, la Jurisdicción Ordinaria, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Jurisdicción Constitucional, la Fiscalía General de la Nación.

³² Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

³³ Por ejemplo, la Administración Pública se puede referir a la actividad administrativa que desempeñan los funcionarios públicos, o a la entidad u organismo en general, desde un punto de vista de la institución.

bien jurídico válido al carecer de concreción suficiente para establecer la tipicidad y antijuridicidad. Respecto a lo anterior, Gili (1999) expuso que el concepto de Administración de Justicia es bastante amplio y no tiene la eficiencia que requiere concepto o la el bien jurídico, de manera concreta se refiere al delito de favorecimiento, pero expone:

(...) lo anterior debido a que desde el punto de vista dogmático interpretativo, una delimitación imprecisa del objeto de tutela se muestra inoperante; la referencia genérica a la administración de Justicia no aporta ninguna caracterización específica al auxilio constitutivo de favorecimiento, ni permite, por sí sola, efectuar la delimitación necesaria frente a otras figuras delictivas. (...) Persiste la dificultad técnica de precisar qué se entiende por administración de Justicia como objeto de protección penal” (p.164).

En igual sentido que lo expuesto por Gili (1999), Arias (2011) basada en este autor y en otros³⁴, expone que la Administración de Justicia no es un bien jurídico porque no tiene la suficiente concreción como para ostentar tal calificación, pero señala que son “algunos aspectos referidos a esta categoría los que pueden constituir el objeto de tutela”, (p. 151).

Ahora bien, frente al bien jurídico que se debe proteger en los delitos contra la Administración Pública y de Justicia, Soto (2005) expone que tradicionalmente se han usado tres fórmulas para delimitar el contenido de los bienes jurídicos colectivos: “las que aluden a expectativas de seguridad de los ciudadanos, al correcto funcionamiento de ciertas instituciones y a la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de estas”. (p. 894). Tomando en consideración estas fórmulas, para el caso del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública y de Justicia, se encuentra que ha existido un desarrollo que ha abarcado algunas de estas tesis en la búsqueda de la determinación del objeto de tutela penal, como lo expondré seguidamente.

7.2.2 Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública

Chanjan (2017) señala que se ha reconocido en la doctrina penal cuatro teorías que buscan establecer cuál es el objeto de protección en los delitos contra la Administración Pública:

³⁴ Gili (1995); Corcoy (1992); Palma (2000) citados por Arias (2008).

La primera es la teoría del quebrantamiento de las expectativas en la Administración Pública, esta teoría comporta un análisis desde la teoría de la vigencia de la norma, en donde se sanciona penalmente la infracción de deberes y no la lesión al bien jurídico³⁵. (P.138).

La segunda teoría se refiere a la protección de la fidelidad al Estado (deber del cargo), Chanjan (2017) indica que esta teoría se centra en el comportamiento del funcionario, por lo cual el injusto se fundamenta en la infracción de un deber específico de la función pública, “Es decir, considera a los delitos funcionariales como una traición, una deslealtad en contra del Estado y su estructura.” (P.139). Frente a esta teoría, al igual que en la anterior, no es legítimo fundamentar el injusto con la mera infracción de deberes, puesto que se desconocen las garantías y los principios del derecho penal, ya que este se enmarcaría en un derecho penal de autor, desconoce la exigencia de antijuridicidad material e impide la distinción entre ilícito administrativo e ilícito penal

La tercera teoría establece que lo que se protege es la buena imagen, dignidad o prestigio de la administración pública, el fundamento del injusto sería el daño que se ocasiona al prestigio, dignidad o buena imagen en sí. Al respecto de esta teoría, vale la pena citar lo expuesto por Rodríguez (2005) quien se vale de la crítica realizada por Asúa Batarrita para señalar:

(...) no puede postularse como objeto de protección el “prestigio” de las instituciones; y ni siquiera la “confianza” de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de éstas. Las referencias al prestigio o a la dignidad pueden resultar equívocas si no se les asocia a lo que debe ser la fuente del prestigio institucional, esto es, su adecuado funcionamiento conforme a parámetros constitucionales. De modo que el prestigio y la confianza de la generalidad en sus instituciones deben entenderse como efecto derivado del correcto funcionamiento de la actuación administrativa. (p. 331).

La cuarta y última teoría que enuncia Chanjan (2017), y la cual se adhiere este autor, es la teoría del correcto funcionamiento o la funcionalidad de la administración pública, según la cual el bien jurídico que se tutela en los delitos contra la Administración Pública es “la función o tarea constitucional de la administración pública, que consiste en servir con eficacia, coordinación, imparcialidad, jerarquía y objetividad, o legalidad”. (p. 140). Para el autor citado, la anterior teoría tiene una acogida mayoritaria en la doctrina penal.

³⁵ Esta teoría no constituye una postura mayoritaria y es objeto de críticas como ya se fundamentó en las premisas valorativas.

Chanjan (2017) también plantea en cuanto al “correcto funcionamiento de la administración pública” como bien jurídico general, y citando a Carlos Martínez-Buján expone que este bien jurídico general permite:

i) entender las razones político-criminales que fundamentan o legitiman la intervención penal en el ámbito de la administración pública; ii) cumple una función de sistematización de todos los tipos penales funcionariales específicos; y iii) puede servir como criterio a tomar en cuenta para medir la gravedad del hecho y determinar la pena concreta, en la medida que el delito puede incidir mediatamente sobre el “correcto funcionamiento de la administración pública”, además de menoscabar el bien jurídico directamente protegido. (pp. 162 y 163).

Sin embargo, al tratarse de un bien jurídico general el correcto funcionamiento de la Administración Pública continúa siendo un bien jurídico indeterminado, esto, porque es bastante amplio e impreciso a los efectos de determinar la lesión o puesta en peligro, los comportamientos que lesionan este bien jurídico y la responsabilidad individual. Por consiguiente, se ha propuesto una fórmula para delimitar el objeto de protección, que alude a la implementación de la tesis de los bienes jurídicos mediatos o intermedios. El autor Chanjan (2017) señala que el correcto funcionamiento de la Administración Pública es el jurídico general de los delitos contra la Administración Pública y debe ser concretizado en cada figura delictiva, constituyéndose, así, el auténtico “*bien jurídico específico*” del delito funcional respectivo:

El “correcto funcionamiento de la administración pública” es el bien jurídico mediano tutelado por todos los delitos contra la administración pública como el peculado (malversación), cohechos, colusión, enriquecimiento ilícito, etc., mientras que el bien jurídico inmediato o bien jurídico propiamente dicho será determinado en función del tipo de delito que se analice; por ejemplo, podrá ser el patrimonio público en el peculado, el principio de imparcialidad en el cohecho, etc. (Chanjan, 2017, p.146).

Respecto a lo anterior, en las premisas valorativas se analizó la crítica que Soto (2003) realiza a la utilización de esta técnica³⁶.

³⁶ Soto (2003) señala “(...) no es correcta la interpretación que se está extendiendo de ciertos tipos de peligro referidos a bienes jurídicos colectivos, en orden de soslayar las reservas a los mismos, según la cual el peligro ira referido a bienes jurídicos individuales que indirectamente resultan amenazados, mientras el bien jurídico colectivo ya se lesionaría con la mera realización de la conducta típica. (ej.: delitos contra la seguridad)”. (p. 179).

También Soto (2003) adopta una postura en la determinación del bien jurídico en los delitos contra la Administración pública y considera que, si bien en estos delitos se afecta la actividad prestacional de los órganos administrativos, es decir la función pública, y el bien jurídico debe partir de la función de la Administración Pública, realiza una crítica a la tesis mayoritaria sobre el correcto funcionamiento de la administración pública, en sentido de la falta de precisión sobre el contenido de la función social que desarrolla la función administrativa, recordemos que para Soto es importante que se delimiten las funciones sociales indispensables:

En cualquier caso, la delimitación del bien jurídico no se alcanza, a mi juicio, con aquellas fórmulas que emplean en abstracto el correcto funcionamiento de la Administración Pública ni, menos aún, con aquellas otras que sitúan en primer plano la confianza de los ciudadanos en su correcto funcionamiento. Con respecto a las primeras, no se puede sintetizar el objeto de tutela con la mera referencia al correcto funcionamiento de una institución, si previamente no se determina, desde una perspectiva sociológica y jurídica, cuál es la función social y cómo ha de desempeñarla. En cuanto a las segundas, no se justifica que se centre el bien jurídico en lo que no es más que un efecto derivado del correcto desarrollo de la actividad administrativa (la confianza pública), efecto además difícilmente mensurable en términos objetivos, con los con la consiguiente dificultad para identificar su lesión. (Soto, 2003, pp.265-266).

La postura mayoritaria, que define al correcto funcionamiento de la Administración Pública como el bien jurídico general en los delitos contra la Administración Pública³⁷, sugiere que este se delimita a través de la protección de la función pública por medio de la cual se garantizan los fines y prestaciones sociales del Estado que están dirigidos a un interés general. Lo anterior, teniendo en cuenta que, en un Estado social y democrático de Derecho, la actividad pública no se sustenta por sí misma, sino en la medida en la que funja como un instrumento al servicio de los ciudadanos y a la prestación de servicios.

Conforme a lo expuesto, considero que, si bien los delitos contra la Administración Pública afectan o perturban el normal y correcto funcionamiento de la Administración Pública y, además

³⁷ En la línea de lo expuesto por Rodríguez y Ossandón, 2005, (pp. 407-413); Chanjan, 2017. (pp. 146); De Toledo (1980); Soto, 2003. pp. 265-266, bajo la salvedad que esta autora propone una crítica a la postura del correcto funcionamiento como bien jurídico, cuestión que se abordará más adelante.

de eso, estos delitos afectan los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, eficacia que rigen la actividad administrativa, el bien jurídico penal debe analizarse de cara a la afectación concreta que se genera en el sistema social y a la función pública. Siguiendo lo expuesto por Soto (2003), es necesario determinar, desde una perspectiva sociológica y jurídica, cuál es la función social que cumple la Administración Pública y cómo ha de ser desempeñada.

Hasta este punto se puede concluir que el “correcto funcionamiento de la Administración” es una finalidad tuitiva general. La afectación al correcto servicio público es la ratio legis, es decir, la finalidad de las normas que criminalizan las conductas de este sector de actividad, pero no es el bien jurídico, ya que el bien jurídico es concreto y para cada tipo penal, lo que sucede es que siempre que se verifique la lesión habrá incorrecta prestación del servicio público pero no a la inversa, podríamos decir que la incorrecta prestación del servicio público podría fundamentar el ilícito administrativo, la falta disciplinaria pero no la penal. Además, el correcto funcionamiento de la Administración Pública, desde el punto de vista de la antijuridicidad material, no puede constituirse como el bien protegido, puesto que, implica que basta con que un funcionario aplique de manera incorrecta la ley o no la aplique para que se configure un delito contra la Administración Pública.

7.2.3 Bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración de Justicia

En la doctrina española, García (2008) precisa que el primer autor español en intentar determinar el objeto de protección de los delitos contra la Administración de Justicia fue Quintano que en un primer momento designó al Proceso como el objeto de tutela penal:

(...) A partir de esta idea, procede a calificar los delitos en función de la dinámica procesal, distinguiendo cuatro grupos: los atinentes a la fase preprocesal; los productores del nacimiento indebido de proceso; los referidos a la fase probatoria y, por último, los vinculados a la etapa ejecutiva. (p. 32-33).

Según García (2008), la propuesta de Quintero fue objeto de críticas, puesto que, el proceso como objeto de la tutela penal en estos delitos generaba demasiados formalismos al momento de realizar la sistematización del bien jurídico, y además se discutía que el proceso como bien jurídico no se protege uniformemente en todos los tipos de procesos, ya que en los procesos penales se protege más fuertemente. (p. 33).

Otro autor español que realizó un ejercicio de delimitación del bien jurídico tutelado fue Quintero Olivares, frente al cual, García (2008) expone que para este autor la Administración de Justicia puede hacer referencia a cuatro aspectos distintos:

(...) a su defensa como parte de la Administración Pública, o a su tutela como “actividad” propia del “Poder Judicial”, a la protección de la “idea de justicia y finalmente al fortalecimiento del “acercamiento y respecto al poder judicial y a sus decisiones, así como la defensa de la independencia” de este. (p. 32).

Gracia, (2008) frente a las anteriores propuestas de Quintero Olivares, indica que este, en primer lugar, descarta la posibilidad de que la Administración de Justicia se proteja como parte de la Administración Pública, ya que si se admite un tratamiento unitario no se puede “justificar su tratamiento diferenciado del resto de la Administración Pública”. (p. 33). Y frente a la idea de justicia señala que es lo único que tienen en común todos los tipos penales, pero que es insipiente para determinar un bien jurídico. Por lo tanto, considera que la alusión a la función de la Administración de justicia es el único criterio que ha ayudado a la configuración del bien jurídico tutelado.

Para García (2008), el mayor avance en la sistematización del bien jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia fue el realizado por las autoras Magaldi y García Arán, quienes tienen en cuenta la función que cumple la Administración de Justicia, dicha función derivada de los preceptos contenidos en la Constitución española y se refiere a la función jurisdiccional:

Estas autoras toman como punto de partida el art punto 117.1 CE en el que se dispone que “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”. De ese precepto, la conexión art 2 CE, se desprende que los miembros del Poder Judicial, los Jueces y Magistrados, desarrollan una función estatal consistente en administrar, en nombre del Rey, “aquello que emana del pueblo”. Esta función no es otra cosa que el ejercicio de la potestad jurisdiccional que corresponde en exclusiva a los Juzgados y Tribunales y que ellas definen como “aquella actividad de jueces y magistrados dimanante de la potestad jurisdiccional, cuya finalidad consiste en la solución definitiva e irrevocable de conflictos intersubjetivos y sociales para el control de la legalidad y la complementación del ordenamiento jurídico”. Esta función se plasma

en unos órganos por medio de los cuales se desarrolla y en una utilización de las formalidades del proceso. (García, 2008, p.33).

A partir de lo expuesto anteriormente, García (2008) señala que las autoras extraen tres aspectos: la función estatal de administrar justicia, desarrollada exclusivamente por los miembros del Poder Judicial español por medio del proceso, los órganos estatales encargados de desempeñarla, que también son susceptibles de recibir la protección penal al igual que los otros órganos estatales y, por último, las garantías procesales del desempeño exclusivo de la función por parte de tales órganos. (p. 34). Para García el aspecto de la Administración Pública que puede identificarse como bien jurídico es la función que cumple la Administración de Justicia. (p. 34).

Es decir, se refieren a la función jurisdiccional de la Administración de Justicia como el objeto de tutela penal en los delitos en contra de la Administración de Justicia. Según el análisis que hace García (2008), la función jurisdiccional de la Administración de Justicia se refiere a “la solución irrevocable de conflictos sociales y en un tiempo razonable de un conflicto social mediante la aplicación del derecho y a través del cauce del proceso”. (p. 41).

Por su parte, Gili (1999) expone que la actividad de la Administración de Justicia no puede entenderse protegible en sí misma, como mera función, sino que requiere ser dotada de un contenido sustancial que la legitime como valor tutelable. (p.170). En este sentido Gili (1999), plantea, que la Administración de Justicia no resulta tutelada en cuanto a organización, sino “en función de su conexión con los derechos individuales que con la actividad de administrar justicia se garantizan”. Por lo tanto, concluye que la Administración de Justicia no es el objeto protegido, “si como aparatos se toma, sí no que lo es en cuanto el funcionamiento correcto de la justicia pertenece a todos, un servicio público que es amén de ser fundamental idea rectora del orden constitucional”. (p. 178).

También Soto (2003), expone que la función jurisdiccional, como bien jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia, constituye un presupuesto esencial de la convivencia, ya que tiene como función la resolución de conflictos sociales, sin embargo, admite que la resolución de conflictos no es una actividad propia del Poder Judicial, por lo cual se requiere una mayor delimitación del contenido de la actividad jurisdiccional, la autora plantea algunas características propias para diferenciarlo, como lo es la vinculación directa y exclusiva al Derecho que tiene la Administración de Justicia, la independencia de los órganos que la desempeñan, así como el carácter irrevocable (o valor de cosa juzgada) de sus decisiones. (p. 267).

Soto (2003), considera que si bien, la función jurisdiccional sirve para delimitar el bien jurídico en los delitos contra la Administración de Justicia, expone que “falta por identificar un instrumento a través del cual se materialice esta actividad y sobre el que recaigan directamente las conductas lesivas, cual es el proceso.” (p. 268).

Rodríguez y Ossandón (2005) acorde con las anteriores posturas, exponen que el bien jurídico en los delitos en contra de la Administración de justicia debe ser entendido desde la función que cumple la administración, por lo cual exponen:

(...) en el ámbito del Derecho español e iberoamericano, la gran mayoría de los autores considera que el objeto de tutela penal es la Administración de Justicia, entendida como la actividad o función que ejerce el Poder Judicial, por mandato constitucional. No se trata, entonces, de la vertiente institucional de la jurisdicción, en tanto persona jurídica, sino en cuanto función o servicio propios del Estado. Más concretamente, de “los intereses que conciernen al normal funcionamiento del órgano jurisdiccional, el respeto de la autoridad de sus decisiones y la sujeción de los ciudadanos a la jurisdicción, todos los cuales se garantizan contra determinados hechos susceptibles de obstaculizar la autoridad judicial o que tratan de eludir los pronunciamientos judiciales o de desconocer el funcionamiento de la jurisdicción”. Similar criterio predomina en la doctrina italiana. (p. 210)

Por tanto, para estos autores “la Administración de Justicia es sinónimo de jurisdicción” (p. 211), citando a García Aran concluyen que la función jurisdiccional consiste en: “actividad de aplicación de la ley en la resolución de conflictos, desempeñada con independencia y única sumisión a la ley, adquiriendo las decisiones el valor de cosa juzgada”. (p. 212)

Conforme a lo expuesto hasta ahora, se entiende que la postura mayoritaria de la doctrina defiende la tutela a la Administración de Justicia en cuanto función que ejerce el Poder Judicial, dicha función consiste en administrar justicia, y se refiere a la función jurisdiccional que tiene como objetivo la resolución de conflictos conforme a los principios que gobiernan la administración. Sin embargo, desde la postura material que asume Gili (1999) este autor adopta una interpretación desde la constitución y señala que, si bien se debe tutelar la función de la Administración, esta función requiere un contenido sustancial que debe establecerse en función con los derechos individuales.

7.2.4 Valoración personal

Mayoritariamente se precisó que el bien jurídico en los delitos contra la Administración Pública y de Justicia se debe definir a partir de la función que estos cumplen. Es decir, el criterio para la determinación del bien jurídico es la función que se desempeña. Para los delitos contra la Administración Pública es el correcto funcionamiento de la Administración Pública y para los delitos contra la Administración de Justicia es la función jurisdiccional.

De lo anterior se deriva la importancia en la separación entre la función que cumple la Administración Pública y la función de la Administración de Justicia, debido a que un tratamiento unitario no permite delimitar dichas funciones y mucho menos identificar cual es el bien jurídico que se protege en concreto y por ende tampoco se podría identificar el substrato material que se ve afectado, siendo que cada función ya es lo bastante general. Además, porque tomarlos de forma conjunta desconoce el principio de separación de poderes, propio del Estado Social y Democrático de Derecho. Y desde un punto de vista del bien jurídico y el principio de lesividad, una separación entre Administración Pública y de Justicia permite que se pueda delimitar cual es la relación social o función social indispensable que se afecta, y así poder determinar la lesión del bien jurídico en un plano material.

7.3 Bien jurídico protegido en el Delito de Prevaricato

Una vez expuesto y aclarado de manera general las posturas en torno al bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública y Administración de Justicia, y de tomar postura sobre lo anterior, se debe establecer de forma concreta cual es el bien jurídico tutelado en el tipo penal de Prevaricato, lo anterior a partir de un análisis de la doctrina extranjera, la colombiana y su jurisprudencia.

7.3.1 Doctrina extranjera

De Toledo (1980) señaló de manera puntual que el delito de prevaricación se encuentra orientado hacia la protección de la función pública, que deriva en particular de cada una de las actividades legislativa, ejecutiva y judicial. Y para determinar el bien jurídico en cada una de ellas,

la cualidad más esencial que ha de acompañar su ejercicio, que es la Legalidad en el desempeño del servicio a la sociedad que la Administración presta a través de sus funcionarios. (p. 332).

Serrano (1997), conforme a las posturas mayoritarias, destaca de forma general en los delitos contra la Administración, entre los cuales se encuentra el prevaricato, que el bien jurídico protegido en estos delitos es el normal funcionamiento de la Administración Pública, dicho bien jurídico implica la transparencia frente a la corrupción de autoridades y funcionarios públicos. (p. 706).

Cabe recordar que, en el ordenamiento jurídico español, el delito de prevaricato se encuentra regulado de dos formas: prevaricato de funcionario administrativo y prevaricato de funcionario judicial. Frente al primero la autora española Pedreira (2012) plantea, que, conforme a las posiciones mayoritarias, el bien jurídico en este delito es “el correcto ejercicio de la potestad administrativa como servicio público o la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente”. (p. 162).

Y frente a la prevaricación judicial, expone que el bien jurídico protegido guarda una estrecha relación con la potestad jurisdiccional, teniendo por objetivo garantizar la tutela judicial efectiva:

(...) pudiendo decirse que a través de su regulación se pretende asegurar el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional o, si se prefiere, que la potestad jurisdiccional se ejerza con arreglo a Derecho. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la finalidad última es proteger uno de los aspectos esenciales del derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva (art. 24. 1 CE), que no es otro que el derecho a obtener una resolución “fundada en Derecho” (Pedreira, 2012, p. 164).

Guerra (2020) por su parte expone que, en el ámbito de los delitos contra la Administración Pública subyacen dos tesis, la primera que señala que existe un bien jurídico general y la segunda que declara la existencia de bienes jurídicos específicos para cada delito. Para este autor, las dos tesis son correctas ya que ambas poseen un soporte constitucional:

(...) puesto que en todos los delitos previstos en el Título XIX del Código Penal subyace un hilo conductor que deriva de los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución Española, que no es otro que el correcto funcionamiento de la Administración Pública con arreglo a los principios de eficacia, imparcialidad, objetividad, sometimiento a la Ley e interdicción de la arbitrariedad, en el marco de un Estado

Democrático y de Derecho. Igualmente, también es posible reconocer bienes concretos que se acomodan mejor en unos tipos que en otros. Así, la dignidad de la función pública, la imparcialidad, la confianza depositada por los ciudadanos o los deberes implícitos del cargo. (Guerra, 2020, p. 63)

El anterior argumento del autor implica la existencia tanto de un bien jurídico general, que es el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como también la existencia de un bien jurídico específico que deriva de los principios de la Administración. Para el delito de prevaricato administrativo, según Guerra (2020), la doctrina que la doctrina ha señalado al principio de legalidad como el bien concreto jurídicamente protegido. (p. 64).

Para concluir que la dogmática española asume mayoritariamente un bien jurídico general. (ya sea protección de la función pública o jurisdiccional, o su correcta prestación). Sin embargo, autores como De Toledo (1980) y Guerra (2020) exponen que se debe tener en cuenta el principio de legalidad como bien jurídico específico. De lo anterior se puede resaltar la importancia de establecer que es lo que concretamente se afecta en el delito de prevaricato, más allá de una determinación genérica de la función pública y jurisdiccional.

7.3.2 Doctrina colombiana

El ordenamiento jurídico colombiano se ha visto influenciado por el desarrollo dogmático español, en lo particular sobre los delitos contra la Administración Pública. Como se mostrará a continuación, algunos autores se acogen a las tesis mayoritarias al respecto de los bienes jurídicos protegidos. Sin embargo, como el prevaricato en Colombia solo se contempla en el título de los delitos contra la Administración Pública, se entiende que hace referencia al prevaricato de los funcionarios públicos en general.

Molina (2005) plantea que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricato es la Administración Pública, la cual describe siguiendo un análisis de los Códigos Penales antecedentes: “el concepto de Administración Pública comprende toda la actividad funcional del Estado; en ella quedan cobijadas las tres funciones fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada actividad jurídica que comprende específicamente la actividad puramente administrativa” (p. 19). De este modo, adopta una perspectiva funcional, entendiendo a la Administración Pública como “el conjunto de funciones ejercida por los varios órganos del

Estado en beneficio del bienestar y desenvolvimiento de la sociedad”. (p. 20). No obstante, desde una concepción jurídico penal el autor plantea que la Administración Pública:

(...) está constituida por los distintos mecanismos encargados general o parcialmente de realizar una gestión, o varias gestiones en conjunto, para atender las necesidades de una comunidad determinada, de tal manera que no es posible concebirla estática, a la manera de los entes, sino en movimiento incesante, toda vez que los órganos son inseparables de su función. Dicho de otra manera, por Administración Pública entendamos los órganos públicos, unipersonales o colegiados, que desarrollan determinadas funciones, a través de las cuales se cumplen los fines propios del Estado. (p. 21).

Según lo expuesto por Molina (2005) se debe proteger la recta Administración Pública entendida como la diligencia y prestancia de la administración, de igual forma la imparcialidad y la independencia. Para el autor lo que se protege o tutela de la Administración Pública, de manera específica en el delito de prevaricato, es “la rectitud y la probidad de los servidores públicos en el desarrollo y ejercicio de sus funciones”, señala, de lo que se trata es de sancionar aquellos desvíos de la función pública, en donde el servidor público hace caso omiso al marco legal. (p. 411).

También, siguiendo las posturas mayoritarias, Sanguino (2008) expone que en los delitos contra la Administración Pública, como el prevaricato, el bien jurídico tutelado se debe entender a partir de un criterio funcional y dinámico, de la función que la Administración Pública ejecuta para la comunidad y en esta medida puede ser lesionado cuando se obstaculiza dicha función o posibilidad de participación, por lo cual el adecuado funcionamiento de la administración pública se convierte en un interés de la sociedad. Además, se rechaza la posibilidad de que el fundamento del injusto se base en la mera transgresión de deberes de parte del funcionario ya que esto sitúa al delito como sanción de la conducta y no como protección de los intereses valiosos³⁸. (p. 384).

Por otra parte, los autores colombianos Gómez Méndez, y Gómez Pavejeau (2008) consideran que el concepto de “Administración Pública” aparece de manera transversal a todos los poderes públicos, habida cuenta que no solo el Ejecutivo realiza tareas puramente administrativas, sino que también lo hace el Legislativo y el Judicial.” (p. 52). (Con respecto a lo anterior, el autor dice que la actividad administrativa es trasversal ya que todas las ramas del poder tienen dicha

³⁸ El autor adopta esta postura de la Sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia, radicado 13.827, Magistrado Ponente Jorge Aníbal Gómez Gallego.

facultad, es decir utiliza la actividad administrativa como criterio de agrupación, por lo cual no hace una separación funcional entre el prevaricato judicial y administrativo. Lo anterior para agrupar la función judicial y administrativa bajo la categoría de Administración Pública, esto a modo de consideración personal sobre lo expuesto por los autores).

En cuanto al bien jurídico tutelado en los delitos contra la Administración Pública, indican, los autores citados, que se debe proteger el recto ejercicio de la función pública, entendida como manifestación de las potestades públicas. Y frente a esta función pública objeto de tutela, los autores establecen tres criterios para construirla: “el objetivo, o el ejercicio de la actividad conforme al Derecho público, el subjetivo o actuación desde el seno de un organismo público, y finalmente el teleológico o actuación conforme a un fin público”. (Gómez Méndez y Gómez Pavejeau, 2008, pp. 65-66). Partiendo del concepto función pública, la afectación al bien jurídico se establece como la deformación al correcto funcionamiento de la administración pública, esta afectación se puede dar a través de la deformación de institutos funcionales, personales, jurídicos y reales³⁹.

Ahora bien, para Gómez Méndez y Gómez Pavejeau (2008) el bien jurídico concreto y protegido en el delito de prevaricato lo constituye la Administración Pública en su específica versión de la exigencia del cumplimiento del principio de legalidad como expresión del Estado de Derecho, por lo cual entienden: “legalidad como la necesidad de que todos los actos de los empleados oficiales en el ejercicio de sus funciones correspondan a las normas jurídicas que regulan la expedición de ese acto” (p.465). Es decir, el bien jurídico protegido en el prevaricato, para estos autores y citando a Gaudi Clas, es “el interés del Estado y la sociedad que el desempeño

³⁹ Los autores Gómez Méndez, y Gómez Pavejeau (2008) indican que a partir del concepto de “función pública” se caracteriza el objeto de la afectación que producen los delitos contra la Administración Pública, cuando se trata del correcto funcionamiento del aparato administrativo. (p. 67). Por lo tanto, el correcto funcionamiento de la Administración Pública en tanto función pública puede ser afectada cuando se deforman los institutos funcionales, personales, jurídicos y reales. En cuanto a deformación del instituto funcional, es decir a la función pública en cabeza del Estado, esta puede darse tanto por un servidor público (delito de concusión) como por un particular (delito de cohecho por dar u ofrecer) en cuanto se trata de asuntos públicos. “Es decir se afecta el instituto funcional cuando se utiliza reformadamente la función “bien atacando el interés general o la legalidad competencial”. (p. 69). En cuanto a la afectación del correcto funcionamiento de la Administración Pública en cuanto ataque de los institutos personales, se refiere a los ataques en contra de los servidores públicos cuando desempeñan una función pública. (p. 70). Indican que se afecta a la Administración Pública, cuando hay una deformación del instituto jurídico, se refiere a “los medios o instrumentos para realizar las funciones públicas” (normas), por lo tanto, estos instrumentos jurídicos “sufren deformación en la legalidad (prevaricato y contrato sin cumplimiento de requisitos)”, en la competencia para su utilización y en la finalidad con la cual son utilizados. (pp. 71-72). Y, por último, la deformación del instituto real del correcto funcionamiento de la Administración Pública se refiere a que “sufre deformación el instituto real cuando se realizan tipos penales que afectan el patrimonio económico del Estado como lo son el peculado por apropiación” o también cuando se utilizan mal los mecanismos para “influnciar” del Estado. (p. 73).

de la autoridad sea conforme a la Ley y al Derecho y con mayor significación, cuando se refiere a la autoridad judicial”. (p. 467). Según lo expuesto por estos autores, el prevaricato constituye una deformación al instituto jurídico, como medios para realizar la función pública de conformidad con las normas constitucionales, la ley y los reglamentos.

También Uribe (2012) realizando un ejercicio de determinación jurisprudencial del bien jurídico protegido en el prevaricato, indica que la Corte Suprema de Justicia por medio de la sentencia del 19 de mayo de 1999, expone que el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública es el interés funcional inmediato del ejercicio debido o correcto de la Administración Pública, citando la Sentencia mencionada:

En los delitos contra la administración pública esta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues, de lo contrario, se sancionaría como delito de mera desobediencia a la ley (violaciones de prohibiciones o mandatos) y no la real transgresión de bienes jurídicos. (pp. 47-48).

Uribe (2012) señala que en los delitos contra la administración Pública se protege la función pública, estableciendo que la protección se da en doble vía, hacia los principios de la función pública y luego, dependiendo del tipo penal en concreto se establece el ámbito específico de protección:

(...) en primer lugar, de manera genérica cuando se atenta contra los principios que rigen la función pública, como se dejó anotado, esto es: igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, buena fe, eficiencia, participación, responsabilidad, transparencia, coordinación y colaboración. En segundo lugar, a través del ámbito específico de protección del bien jurídico, a saber, con los distintos tipos penales que confirman cada capítulo de los delitos contra la Administración Pública. (p. 51).

De las posturas analizadas en la doctrina colombiana sobre el bien jurídico colectivo que se protege en el tipo penal de prevaricato, se puede concluir que existe una línea de argumentación dirigida a determinar el objeto de protección en la función que realizan los órganos del poder público, estos, en favor del interés de la comunidad, es decir que se protege a la Administración Pública en tanto función del Estado. Lo anterior, conforme la doctrina extranjera mayoritaria, que realiza una argumentación similar. Cabe resaltar que sobre este mismo análisis pueden converger

distintas formas de interpretación del bien jurídico, por ejemplo: ya sea a través de la protección de los principios que rigen la actividad de la Administración Pública, como lo plantean Gómez Méndez y Gómez Pavajeau (2008) y Uribe (2012) como el principio de legalidad. O como la protección de la Administración Pública en tanto “rectitud y la probidad de los servidores públicos en el desarrollo y ejercicio de sus funciones” como lo planteó Molina (2005). Y la tesis que se adhiere a las posturas mayoritarias que establecen que se protege el correcto funcionamiento de la Administración Pública, como la de Sanguino (2008).

7.3.3 Jurisprudencia colombiana sobre el bien jurídico del delito de Prevaricato

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (en adelante Corte Suprema) por medio de reiterada jurisprudencia ha señalado que el bien jurídico protegido en el delito de prevaricato corresponde a la Administración Pública, tanto en el prevaricato por acción como en el prevaricato por omisión⁴⁰. Sin embargo, en algunas de estas sentencias la Corte Suprema no

⁴⁰ La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal ha establecido que el bien jurídico que se protege en el prevaricato es la Administración Pública, como lo ha manifestado en diversas sentencias, de las cuales expondré las siguientes: sentencia 35.963 del 29 de agosto de 2012, en donde se resuelve la apelación de la defensa en virtud de la condena por el delito de prevaricato por acción en contra del Fiscal 24 Seccional de Montelíbano, este funcionario tenía a su cargo una investigación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, (70 kilos de base de cocaína) no obstante, otorgó libertad, calificó el mérito del sumario pese a carecer de competencia dada la naturaleza de la conducta punible y finalmente remitió el expediente a la autoridad que debía adelantar la etapa del juicio. La Corte Suprema de forma general dice que el bien jurídico que se protege con el prevaricato es la Administración Pública. Considera que se configuró objetiva y subjetivamente la conducta y por lo tanto confirma la sentencia condenatoria apelada. También la sentencia Radicado 39356 del 2 julio de 2014, en donde se resuelve recurso de apelación que interpone la defensa en contra de sentencia condenatoria por el delito de prevaricato por acción, por los hechos: la Fiscal 17 Seccional de Orocué quien de forma contraria a la ley adoptó la restricción del dominio de un bien, y la medida cautelar que aplicó en la providencia de preclusión. La Corte Suprema, entre otros argumentos, señala que en el presente caso “la norma vulnerada con las actuaciones de la Fiscal fueron el artículo 244 de la Ley 600 de 2000, por cuanto, lo ordenado corresponde a una medida restrictiva de derechos que como tal, debió motivarse, puesto que si se examinan todas y cada una de las facultades que tiene el ente instructor bajo el régimen del Código de Procedimiento Penal de 2000 –e incluso en el de 2004-, fácilmente se advierte que ninguna norma lo faculta para imponer este tipo de restricciones, además, en esta sentencia se concluye que configuró Objetiva y Subjetivamente el prevaricato por acción y se vulneró el bien jurídico de la Administración Pública. Igualmente se determina el bien jurídico de la Administración Pública de forma general en la sentencia radicado 48541, del 21 de noviembre de 2018 y también en la sentencia con radicado 52026 del 11 abril de 2018 los hechos de la sentencia versan sobre el caso de un Fiscal que tenía la investigación de un caso abuso sexual, y dejó vencer el termino, y antes había solicitado la preclusión de la investigación, situación que impugnó la víctima, posteriormente absuelve por conducta atípica, en virtud de la cantidad de procesos que tenía el Fiscal en esa época. Y de forma más reciente se ha establecido a la Administración Pública como bien jurídico en las sentencias: SP580-2019 Radicación 49875, del 27 de febrero de 2019, en esta sentencia la Corte Suprema señala que para la configuración del prevaricato por omisión debe estar nítidamente establecido cuál fue el acto propio de las funciones del servidor público omitido, retardado, rehusado o denegado en el caso del prevaricato por omisión, y señala de manera general que, “Desde el punto de vista objetivo, es un tipo penal que protege el bien jurídico de la administración pública”. En este mismo sentido la sentencia

realiza un análisis dogmático sobre dicho bien jurídico protegido, debido a que no establecen de manera concreta su contenido y la forma en que se debe interpretar y se afecta a la Administración Pública como bien jurídico penal.

Ejemplo de lo anterior es la sentencia con radicado SP710-56.681 de 2020, en donde la Corte Suprema resuelve el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la sentencia de la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó al Juez 1º Penal del Circuito de Bogotá, como autor del delito de prevaricato por acción. Los supuestos fácticos fueron: 5491 ciudadanos acudieron a la tutela contra CAJANAL, a fin de que se le ordenara reliquidar la pensión gracia a los accionantes quienes tenían la calidad de docentes, de la tutela conoció en primea instancia el Juez 1º Penal del Circuito de Bogotá quien otorgó el amparo constitucional invocado por los accionantes y en consecuencia le ordenó a CAJANAL que efectuara la respectiva reliquidación, conforme a lo dispuesto en los artículos 36 y 4º de las Leyes 100 de 1993, ordenando el pago de todos los factores salariales.

La Corte Suprema indica que, en el presente caso, el Juez 1º Penal del Circuito de Bogotá no realizó un estudio sobre la procedencia de la tutela y no revisó si en todos los 5491 accionantes cumplían los requisitos para pedir dicha pensión, además, la Corte Suprema señala que el Juez 1º Penal del Circuito de Bogotá no valoró si los actores contaban con otro medio de defensa judicial. Es decir, que la tutela no era el medio idóneo por el cual se debía dar el reconocimiento solicitado. Por lo tanto, para la Corte Suprema la manifiesta ilegalidad de la decisión adoptada se funda en la omisión del estudio del principio de la inmediatez que tiene la tutela, del principio de subsidiariedad de la tutela, además por no haber revisado las pruebas de que los 5491 accionantes pertenecían a la tercera edad y la también se resaltó la falta de argumentación al amparar los derechos fundamentales.

AP1261-2019 radicado 53954, del 03 de abril de 2019, resalta que en el aspecto subjetivo del delito de prevaricato por acción que, “Este comportamiento delictivo solo admite la modalidad dolosa, por lo cual su configuración está condicionada a que la contrariedad entre la providencia o el acto administrativo objeto de reproche y la Ley haya sido conocida y querida por el servidor público, quien estando en la capacidad de proferir una decisión conforme a derecho, de manera consciente se determina a lesionar el bien jurídico de la administración pública”. Y, por último, en la sentencia radicado 55745, del 14 de octubre de 2020, por medio de la cual se resuelve recurso de apelación en proceso donde se condenó a un Fiscal por los delitos de los delitos de prevaricato por acción agravado y concusión, en hechos en los cuales exigió un monto de dinero por devolver un vehículo objeto de comiso en un proceso penal y exigió dinero para celebrar un preacuerdo. La Corte Suprema indica que el caso concreto, “se encuentran probados los elementos cognitivo y volitivo en la conducta ejecutada por el acusado, entre otras razones porque su título de abogado y su gran trayectoria laboral le permitían advertir que recibir dinero constituye un comportamiento contrario a sus deberes como funcionario y que de contera afectó el bien jurídico protegido de la administración pública.”.

En cuanto a la concreción del dolo en el prevaricato, la Corte Suprema indica que se encuentra acreditado ya que es suficiente con que el funcionario conociendo la ilicitud de su comportamiento voluntariamente se dirija a emitir un pronunciamiento que se aparta ostensiblemente del derecho.

Sobre el bien Jurídico la Corte Suprema indica que se Administración Pública. (Lo anterior, sin establecer la forma en la que esta se lesiona o afecta en el caso concreto, puesto que el análisis sobre la culpabilidad se hace sobre otros elementos).

Concluye la Corte Suprema que en el caso en particular se revocara parcialmente la sentencia proferida la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de concederle al Juez condenado la prisión domiciliaria⁴¹.

La jurisprudencia de la Corte Suprema en gran parte de sus decisiones acoge como bien jurídico a la Administración Pública, sin embargo, como ya se hizo mención, este bien jurídico es bastante indeterminado y puede ser interpretado desde diferentes posturas, y la jurisprudencia que se citó no da claridad de la forma en que debe entenderse dicho bien jurídico y la forma en la que se lesiona. Por lo tanto, es importante delimitarlo para establecer en qué casos se lesiona este bien jurídico o se pone en peligro.

⁴¹ Sobre este mismo tema de la procedencia de la tutela para solicitar la pensión de gracia ante CAJANAL existen varias sentencias en las cuales se confirma la condena a los jueces que concedieron el amparo constitucional invocado, entre estas sentencias esta la SP5421-2019, radicado 50995 del 09 de diciembre 2019, en donde se resuelve recurso de apelación presentado por la defensa contra la sentencia por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Barranquilla, que condenó al Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla como autor del delito de prevaricato por acción. Por los hechos: el Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla dentro del trámite de tutela profirió sentencia amparando los derechos al debido proceso, seguridad social y mínimo vital de 24 docentes accionantes y ordenó a CAJANAL adelantar el trámite para la revocatoria de las Resoluciones por las cuales esta entidad les negó la “pensión gracia” y, en su defecto, se expidieran los actos administrativos respectivos tendientes a reconocerle a los mencionados la prestación citada, debidamente indexada. En el presente caso la Corte señala que el Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla no realizó un estudio sobre si la tutela cumplía con el requisito de excepcionalidad y si a los demandantes, a través de las Resoluciones por las cuales se les negó la pensión gracia, se les había causado perjuicio irremediable, ya que frente a esas resoluciones los accionantes tenían otra vía judicial para el reclamo respectivo. Frente a este caso en particular la Corte señala que se generó una “efectiva lesión de la administración pública, como bien jurídico tutelado, concepto que engloba la función que realizan diferentes órganos del Estado, entre estos, la administración de justicia, cuya finalidad es satisfacer el interés general, la cual se debe desarrollar con arreglo a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (CC C-631-1996), los cuales fueron vulnerados por el acusado”. Por lo tanto, para la Corte la sentencia de tutela proferida “se sustrajo al imperio de la ley al imponer como regla el capricho y la arbitrariedad, pues permitió groseramente que un conjunto de docentes nacionales se beneficiase de la pensión gracia, a la cual no tenían derecho, comportamiento que contrarió los intereses de la sociedad al vulnerar la función social de la norma superior 128”. Para la Corte no se trató de una trivial violación al deber objetivo de cuidado sino una efectiva vulneración que traspasó el plano disciplinario. En consecuencia, la Corte decide Confirmar la sentencia condenatoria.

Cabe resaltar que existen una serie de sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que ha adoptado una interpretación desde la teoría de la infracción de deberes para señalar que el funcionario que incurre en el tipo penal de prevaricato perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones.

Por ejemplo, entre las sentencias revisadas se encuentra la Sentencia AP5262-42007 de 2016, la cual se discute el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de auto que negó la preclusión de la investigación por el delito de prevaricato por omisión agravado, adelantada en contra del Fiscal 001 Seccional de Puerto Tejada. Según los hechos narrados en esta sentencia, el Fiscal dispuso el cierre de una investigación y procedió a calificar el mérito probatorio del sumario con resolución de acusación, lo anterior sin que pusiera en conocimiento de su superior funcional dicha actuación, frente al cual se encontraba en trámite un recurso de apelación de la medida de aseguramiento impuesta, constituyéndose la primera omisión. Luego de lo anterior, el superior funcional revocó la medida de aseguramiento contra el procesado y decretó en su favor la libertad inmediata. Sin embargo, el Fiscal 001 Seccional de Puerto Tejada levaba de manera simultánea ante otro despacho judicial el mismo proceso en contra de este mismo acusado y por los mismos hechos, por lo cual nuevamente solicitó orden de captura por lo cual el acusado fue capturado y por ende privado de la libertad una segunda vez. Ante lo anterior, la defensa instauró acción de Habeas Corpus, que fue resuelta de manera desfavorablemente. Aquí se presenta la segunda omisión del parte del Fiscal, que consiste en no dar a conocer al juez de la causa la nulidad parcial de la resolución por medio de la cual se calificó el mérito probatorio del sumario y de la resolución que dispuso el cierre de investigación, lo que condujo a que simultáneamente se adelantaran dos actuaciones en contra del acusado. Situación ante la cual el defensor de confianza del acusado formuló denuncia contra el Fiscal, por el delito de prevaricato por omisión.

En el caso mencionado la Corte Suprema decidió respecto a la primera omisión que esta no puede catalogarse desde el punto de vista objetivo de la conducta como constitutiva del delito de prevaricato omisivo, toda vez que para la época de ocurrencia de los hechos no existía en el ordenamiento jurídico una norma que obligara al Fiscal a proceder en tal sentido. Respecto a la segunda omisión, la Corte Suprema señala que si bien dentro de los cuadernos remitidos al Juez competente no estaba anexada la providencia a través de la cual el funcionario instructor decretó la nulidad de las resoluciones, la conformación de los expedientes judiciales y la remisión de estos

no es labor propia de Jueces y Fiscales, sino que le corresponde al personal de secretaría de los despachos. Por lo anterior tal omisión no le es imputable al Fiscal, porque no era inherente a sus funciones.

Frente al bien juicio protegido la Corte Suprema señala:

El bien jurídico protegido lo constituye la administración pública, ya que cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP5262-42007, 2016)

La Corte Suprema confirma la preclusión ya que no se configura objetivamente la conducta de prevaricato por omisión agravado.

La anterior sentencia supone una interpretación del bien jurídico de la Administración Pública desde la infracción de deberes y las expectativas de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la administración y el deber de servicio y compromiso de lealtad de los funcionarios públicos⁴². Esto es cercano a la concepción funcionalista radical. Porque es reafirmar

⁴² Interpretación que ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de la Sala de Casación Penal en las sentencias: SP1034-2018, radicado 52026, del 11 de abril de 2018; SP2226-2019, radicado 52264, en esta sentencia se establece que es “necesario para la estructuración del delito tiene que ver con la antijuridicidad, el cual no tiene discusión en este asunto, porque sin lugar a dudas se socavó el bien jurídico de la administración pública objeto de protección, dado que con el proceder de la procesada, quien en desarrollo de sus funciones tenía el deber de actuar con transparencia y credibilidad, generó en la sociedad desconfianza, puesto que los administrados esperan de los jueces que son los encargados de impartir justicia, la emisión de decisiones apegadas al ordenamiento jurídico”; También en la sentencia SP4036-2020, radicado 52.437, del 14 de octubre de 2019, en esta sentencia se resuelve el recurso de apelación por codena por prevaricato por omisión. Hechos: el Fiscal 85 Local de Vijes, encontrándose en turno de disponibilidad se negó a recibir, para la realización de los actos urgentes, tres casos de los que conoció la Policía. En este caso, según la Corte se vulneró el deber funcional al que estaba obligado en cumplimiento de los artículos 250 Constitucional, 49, 50 de la Ley 938 de 2004, 114 y 142 de la Ley 906 de 2004, en concordancia con la Resolución 1049 de octubre 21 de 2010, que asignaba a la Fiscalía 85 Local turnos de disponibilidad para actos urgentes los fines de semana, los cuales se rehusó a realizar, para la Corte Suprema quedó demostrado, que, encontrándose el funcionario en el ejercicio de sus funciones, se rehusó a prestar turnos de disponibilidad, lo que condujo a dejar de registrar con efectos legales, las capturas realizadas por los integrantes de la Estación de Policía. Frente al elemento subjetivo, la Corte señala que en el presente caso también se encuentra debidamente documentado con la prueba recogida en el debate oral, no hay duda sobre el conocimiento, experiencia y actividad judicial del acusado, por lo tanto, no solo sabía de las funciones generales que le competían, sino que había sido informado adecuadamente de que ellas incluían los turnos alternados de fin de semana. El bien jurídico protegido, según la Corte en esta sentencia, lo constituye la Administración Pública, ya que cuando el funcionario público incumple un acto propio de sus funciones, no solamente infringe el deber de servicio y el compromiso de lealtad, sino que perturba el correcto funcionamiento de la administración pública y frustra las expectativas que tienen los administrados, afectando su legitimidad y la confianza en sus instituciones. En virtud de lo anterior, la Corte confirma la sentencia condenatoria.

que el sistema funciona a partir de satisfacer expectativas. Como se evidencia, para la Corte Suprema en el presente caso no se configuró objetivamente el delito de prevaricato por omisión, al determinar que no se omitió ninguna función, primero porque no existía la obligación del fiscal de informar al superior funcional su decisión de calificar el mérito probatorio del sumario y la segunda porque el Fiscal no era el encargado de remitir el expediente, por lo tanto, se decide precluir con la investigación.

Según la Corte Suprema no se afectó el bien jurídico de la Administración Pública porque la conducta del Fiscal no infringió ningún deber legal. Sin embargo, en virtud de las omisiones en las que incurrió el Fiscal se privó de la libertad sin fundamento suficiente a una persona, afectando intereses y derechos individuales. Esto me lleva a considerar que, si bien desde la norma que regula el prevaricato por omisión se limita la conducta al supuesto de que esta se enmarque en las funciones que debe realizar el Fiscal “deber legal” (que considero adecuado, en virtud del principio de legalidad y taxatividad de la norma penal. A pesar de que el prevaricato por omisión es un tipo penal en blanco y remite a normas de carácter administrativo para determinar cuál es la conducta que se debió ejecutar y establecer si hubo omisión o no), en este caso, esto no exceptúa la posibilidad de que fuera de estas funciones que debe ejecutar el funcionario, funciones específicas, se puedan llegar a omitir actuaciones que de hacerlas beneficiaran a las personas y sus intereses constitucionalmente amparados.

Por lo tanto ¿cómo puede calificarse la omisión del Fiscal?, a partir del principio de legalidad y taxatividad se dice que no hay un deber legal infringido, pero por su omisión se privó sin justa causa a una persona, por lo tanto, puede ¿constituir esa omisión una falencia de las funciones? La respuesta es no, porque no hay una norma que le ordene actuar de cierta forma o que le imponga el deber de ya sea de informar al superior de la calificación del sumario o de aportar el expediente (para la época no era una función), en el caso particular. Por ende, no habría responsabilidad penal ni disciplinaria, no se vulneró ningún deber que lo conminara a actuar. Sin embargo, desde una perspectiva de bien jurídico de la función jurisdiccional, no se cumplió la misión de resolver conflictos sociales y vulneró las garantías del procesado y su derecho a la libertad.

La Corte Suprema en la Sentencia SP2767-54023 de 2019 resuelve recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Tercero Delegado ante el Tribunal Superior de Barranquilla Eje Temático de la Corrupción en la Administración de Justicia en contra de la sentencia por medio de la cual el

Tribunal absolvió a los Jueces 22 Civil Municipal y 11 Civil del Circuito de Barranquilla, respectivamente, a quienes se les acusó como autores del delito de prevaricato por acción y coautores del delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

Los supuestos fácticos del caso fueron: la Sociedad Reciclajes Generales de Colombia S.A.S. presentó acción de tutela con miras a que se revocara la liquidación realizada por la DIAN y se generara la devolución de un saldo a favor. De la tutela conoció en primera instancia el Juzgado 22 Civil Municipal de Barranquilla, quien, mediante fallo del 11 de abril de 2012 amparó los derechos del accionante y ordenó dejar en firme la liquidación presentada por éste, motivo por el cual dispuso la devolución de los dineros solicitada. Dicha sentencia fue confirmada en segunda instancia por la Juez 11 Civil del Circuito de Barranquilla, quien además ordeno el pago de intereses sobre el valor a devolver.

Las anteriores providencias fueron objeto de revisión por la Corte Constitucional y mediante la sentencia T-031 del 28 de enero de 2013 se revocó las decisiones tras considerar que el amparo solicitado y otorgado era improcedente, ya que la tutela no era el medio idóneo para lograr la efectividad de las pretensiones del demandante. Por lo anterior, en contra de los jueces de primera y segunda instancia se ordenó la investigación por los delitos de prevaricato por acción y por el delito de peculado por apropiación en favor de terceros.

En este caso, frente a la configuración del prevaricato, la Corte Suprema señala que la materialidad de la conducta calificada como prevaricadora requiere demostrar que el acto censurado, esto es, resolución, dictamen o concepto, fue dictado de manera caprichosa o arbitraria por el funcionario, al desconocer abiertamente y de forma ostensible los mandatos normativos o exigencias de análisis probatorio que regulaban el caso. La Corte Suprema considera que no basta la simple divergencia de criterios o posturas frente a la decisión adoptada, ya que se requiere la manifiesta ilegalidad de la decisión y que esta sea realizada con dolo. Por lo tanto, la Corte Suprema considera que en el presente caso se configuró objetiva y subjetivamente el prevaricato y señala frente al bien jurídico:

Demostrado que los acusados incurrieron en la conducta típica de prevaricato, igualmente ha de decirse que la misma es antijurídica, toda vez que sin justa causa socavaron el bien jurídico objeto de protección.

Cuando se habla de la tutela al bien jurídico de la administración pública, ello no significa otra cosa que se protegen sus manifestaciones de rectitud, eficacia

y organización. Es a través de ella que el Estado cumple los fines que le son propios, de suerte que los funcionarios públicos que la encarnan deben sujetarse en desarrollo de sus funciones a esos parámetros y si los traicionan, según sucedió en este evento con los dos jueces acusados, sin que exista ninguna causa que lo justifique, se lesiona efectiva y materialmente el bien objeto de amparo. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2767-54023, 2019)

Según lo expuesto por la Corte Suprema, el bien jurídico en el prevaricato es la Administración Pública, bien jurídico por medio del cual se busca la protección de la rectitud, eficacia y organización de la Administración. Lo que constituye una interpretación de la lesión al bien jurídico desde la infracción de deberes. Por lo anterior, para la Corte Suprema el bien jurídico Administración Pública se afecta cuando no se cumple con las expectativas del buen ejercicio de los funcionarios y estos no observan la norma, en el caso particular las causales de improcedencia de la acción de tutela, exigencia que se deriva del numeral 1° del artículo 6° del Decreto Ley 2591 de 1991, norma que establece que la acción de tutela será improcedente cuando existan otros medios de defensa judicial eficaces para resolver la situación particular en la que se encuentre el solicitante. En el presente caso, la Corte Suprema considera que se encuentra configurado el delito de prevaricato por acción, por lo cual decide revocar la decisión objeto de apelación, y en su lugar declarar penalmente responsables a los jueces 22 Civil Municipal y 11 Civil del Circuito de Barranquilla, como autores del delito de Peculado por apropiación en favor de terceros, en concurso heterogéneo con el delito de prevaricato por acción.

Por otra parte, la sentencia SP3812 55519 de 2019 por medio de la cual la Corte Suprema resuelve el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía en contra de la sentencia de la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior de Villavicencio que absolvió al juez del Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Villavicencio, por el delito de prevaricato. El caso que se discute sobre los siguientes hechos: en un primer momento el Juez Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio negó la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que fue solicitada por la defensa del imputado, por los delitos de concierto para delinquir agravado (artículo 340 de la Ley 599 de 2000 Código Penal Colombiano), homicidio agravado (artículo 104 Ley 599 de 2000) en concurso homogéneo y fabricación, tráfico y porte de armas de uso privativo de las Fuerzas Armadas (artículo 366 Ley 599 de 2000); decisión que fue confirmada por el Juzgado Tercero Penal del

Circuito de esa ciudad. Nuevamente, la defensa del acusado elevó solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, correspondiéndole su conocimiento al Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Villavicencio, quien resolvió favorablemente el pedido de la defensa y dispuso levantar la detención preventiva.

La anterior decisión adoptada por el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con Función de Control de Garantías de Villavicencio en criterio de la Fiscalía es ostensiblemente contraria al ordenamiento jurídico, porque los medios de prueba que sustentaban la afectación de la libertad permitían inferir razonablemente la responsabilidad del acusado y también porque el peticionario no aportó medios de conocimiento novedosos distintos de los que ya habían sido valorados por el Juzgado Tercero Penal Municipal para negar la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento, ya que este Juzgado concluyó que aquellos medios de prueba no permitían inferir razonablemente que hubiesen desaparecido los requisitos del artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, que establece la medida de aseguramiento cuando de los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta delictiva que se investiga.

En esta sentencia la Corte Suprema resalta que, en virtud de los recientes pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema en torno a la configuración del delito de prevaricato por acción por decisiones proferidas por funcionarios judiciales, dicha corporación ha considerado necesario que, además de estar acreditado el dolo, se constate una finalidad delictiva, la cual se verifica:

(...) cuando la decisión es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero, o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa, o en conexión con un reato subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico, pero también cuando éste último, de manera arbitraria, caprichosa o injusta resuelve autónomamente obrar en contra del derecho aplicable o las pruebas a cuya valoración está compelido, así en esa conducta no concurra el ánimo protervo de beneficiar a otra persona, pero sí de decidir contrariamente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3812 55519, 2019).

En cuanto a la decisión de revocatoria de la medida de aseguramiento, la Corte Suprema indica que el funcionario judicial tiene la obligación de constatar que los requisitos establecidos en el artículo 308 de la Ley 906 de 2004 han desaparecido, por lo tanto, en el caso en concreto, la Corte Suprema indica que si existían inferencias razonables y elementos de prueba que permitían inferir razonablemente la calidad de autor o partícipe del acusado, en el caso en particular los elementos de prueba existentes permitían inferir “no solo de las conductas de homicidio, sino de los graves delitos concursales”. La Corte Suprema concluye que en caso en concreto la revocatoria de la medida de aseguramiento fue el resultado de “la sesgada valoración y caprichosa oposición a lo que revelaban los elementos materiales probatorios”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3812 55519, 2019).

Además, en esta sentencia la Corte Suprema interpreta la lesión al bien jurídico Administración Pública a través de la afectación de los principios que regulan la función pública y también afectación a las expectativas de correcto desempeño de la administración:

La antijuridicidad de la conducta también emerge clara, pues se lesionó de manera grave el bien jurídico tutelado de la administración pública, al afectarse principios reguladores de la función pública como los de legalidad, igualdad, moralidad, transparencia, eficacia e imparcialidad con la que corresponde actuar a los jueces de la república en quienes la rama judicial y la sociedad fincan su confianza bajo la perspectiva de que las decisiones judiciales se hallan libres de intereses externos y sujetas a los lineamientos legales y probatorios.

(...)

Corroborada la existencia del injusto en la conducta contra la administración pública, materializadas por el procesado, corresponde a la Corte finalmente emprender el estudio de la culpabilidad, la que está compuesta por tres elementos a saber: imputabilidad o capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP3812 55519, 2019).

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema considera que en el presente caso se estableció que se configuraba objetiva y subjetivamente la conducta del prevaricato, dado que, en su condición de Juez Primero Penal Municipal con Función de Control de Garantías Ambulante de Villavicencio, al decidir la solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento impuesta, de

manera dolosa emitió una decisión manifiestamente contraria a los postulados del artículo 318 del Código de Procedimiento Penal. La Corte Suprema decide revocar la sentencia absolutoria emitida por la Sala Penal Mayoritaria del Tribunal Superior de Villavicencio y en su lugar condenar por el delito de prevaricato por acción agravado en virtud de la circunstancia de agravación contemplada en el artículo 415 del Código Penal.

Otra sentencia analizada fue la SP850-54760 de 2020, en la cual la Corte Suprema decide los recursos de apelación interpuestos por la Procuradora y el defensor en contra de la sentencia del 14 de diciembre de 2018, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cali condenó al Juez Doce Penal Municipal de Control de Garantías de esa ciudad, como autor del delito de prevaricato por acción. Expone los siguientes hechos: La defensa del acusado en el trámite de un proceso penal solicitó la revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento impuesta, por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 365 Ley 599 del 2000), quien conoció de la solicitud fue el Juzgado Doce Penal Municipal de Control de Garantías de Cali. En virtud de lo anterior el juez ordenó la libertad inmediata e incondicional del acusado⁴³. Lo anterior debido a que el juez consideró que el acusado no podía continuar privado de la libertad en establecimiento carcelario por no existir, en su opinión, orden de encarcelamiento vigente por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones.

El Juez Tercero Penal del Circuito de Conocimiento de Cali, que conoció del proceso surtido por el delito de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, consideró que la decisión adoptada por el Juzgado Doce Penal Municipal de Control de Garantías de Cali era manifiestamente contraria a la ley, razón por la que compulsó copias en su contra.

La Corte Suprema, en el presente caso, considera que la decisión censurada es manifiestamente ilegal, ya que la medida de aseguramiento impuesta por el delito de fabricación,

⁴³ Sin embargo, en el presente caso existió una ruptura de la unidad procesal, puesto que se trataba de dos delitos, el de homicidio agravado en el grado de tentativa y el de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones, frente a este último el acusado aceptó cargos en la audiencia de legalización de captura, en donde también se le impuso medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, debido a que el juez de control de garantías consideró que constituía un peligro para la seguridad de la sociedad, era probable que no compareciera al proceso o que no cumpliera la sentencia y las penas mínimas establecidas para los injustos de homicidio agravado en el grado de tentativa. Además, la Fiscalía varió la calificación jurídica de la conducta punible de homicidio agravado en el grado de tentativa y la adecuó al delito de lesiones personales (artículos 111, 112 –inciso 2º- y 113 –inciso 2º- de la Ley 599 de 2000), lo que generó la ruptura de la unidad procesal.

tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones se encontraba vigente y, por tanto, existía orden de encarcelamiento a su nombre, eventos que impedían ordenar su libertad inmediata e incondicional. No obstante, la Corte Suprema resalta que no se puede atribuir que la conducta sea dolosa, debido a que la ilegalidad ostensible de la decisión adoptada por el juez proviene de un simple yerro y confusión de proceder y razonamiento jurídico en la valoración del caso. Afirma la Corte Suprema que la conducta no obedeció a su voluntad de infringir o desconocer el ordenamiento jurídico, sino a la poca claridad que se presentó en la audiencia de revocatoria o sustitución de la medida de aseguramiento que presidió y a su desconocimiento de las consecuencias que originaron la ruptura de la unidad procesal. Por lo anterior se profiere decisión absolutoria en ausencia del elemento subjetivo del dolo.

En cuanto al análisis del bien jurídico la Corte Suprema establece que se protege a la Administración Pública. Sin embargo, en aclaración de voto el magistrado Eugenio Fernández Carlier expone que: “si bien comparte la decisión absolutoria de la Sala, no considera que el bien jurídico tutelado por el prevaricato sea la Administración Pública”, ya que en criterio de este magistrado el bien jurídico que se protege en el caso en particular es la “Administración de Justicia, definida como una función pública dirigida a dispensar una respuesta relativamente justa a un conflicto que afecta de manera intolerable la vida en sociedad”. Adicionalmente este magistrado reitera que se debe hacer una valoración sobre el elemento subjetivo de “ánimo corrupto” en la determinación de la conducta del funcionario⁴⁴.

Por último la Sentencia AP1499-59 de 2021, por medio de la cual Corte Suprema expone las razones por las cuales ha de confirmarse el auto proferido por la Sala Especial de Primera Instancia de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se reconocieron como víctimas a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá el Departamento Administrativo de la Defensa del Espacio Público de esta ciudad el Hospital Salvador de Ubaté y la Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, en el proceso adelantado en contra del magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B. Los hechos de esta sentencia fueron los siguientes hechos: la Fiscalía formuló imputación al magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B como posible autor de los delitos de concierto para delinquir, prevaricato por omisión, prevaricato por acción y cohecho propio, ocurridos en el desempeño de su cargo. La anterior acusación se fundamenta en que presuntamente

⁴⁴ Sobre esta Sentencia volveré *infra*.

el acusado en asoció con algunos particulares, con los cuales organizó y dirigió una estructura delincencial para “*traficar*” con procesos judiciales.

En el caso en mención la Corte Suprema señaló que el bien jurídico protegido por el delito de prevaricato es el correcto funcionamiento de la administración pública, y asocia este bien jurídico con el quebranto del principio de legalidad:

(...) si un presupuesto del correcto funcionamiento de la administración pública es la sujeción de los jueces a la ley, la actuación ilegal de estos no solo puede afectar a los involucrados en el proceso, sino que perjudica al poder judicial como tal, en tanto su legitimidad depende del acatamiento de la legalidad, principio que entraña la proscripción de la arbitrariedad. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, AP1499-59.108, 2021)

La anterior postura considera que el bien jurídico tutelado en el prevaricato es el correcto funcionamiento de la administración, entendiendo que se salvaguarda el principio de legalidad. En este mismo sentido, en la sentencia SP2438-2019 Radicación N° 53.651, del 3 de julio 2019, (en donde un Juez revocó medida de aseguramiento sin observancia de requisitos) la Corte Suprema indicó frente al bien jurídico en el prevaricato que:

(...) Cuando se configura la conducta de prevaricato por acción se lesiona el bien jurídico de la administración pública, con énfasis en la vulneración del principio de legalidad, en tanto componente fundamental del Estado de derecho y presupuesto de una correcta administración de justicia. La dirección de ataque al bien jurídico, en el prevaricato, se sintetiza en el sometimiento del Estado al imperio de la ley en sus relaciones interinstitucionales y con los particulares, en virtud del cual los asuntos de conocimiento de los servidores públicos deben ser resueltos con fundamento en el derecho que lo rige, para garantizar la vigencia del ordenamiento y asegurar la convivencia pacífica de los asociados (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, 44.178, 2015).

Según esta posición de la Corte Suprema, lo que se protege como bien jurídico en el delito de prevaricato es la legalidad en las actuaciones de la administración, legalidad entendida desde el ámbito formal, ya que implica un sometimiento al imperio de la ley o al ordenamiento jurídico de parte del funcionario público para no vulnerar el correcto funcionamiento de la Administración

Pública. En conclusión, la finalidad de la protección de este bien jurídico es mantener en vigencia el ordenamiento jurídico.

7.3.4 Valoración de la jurisprudencia analizada

Frente a la reciente jurisprudencia analizada, se debe concluir que no es posible determinar de manera definitiva cuál es el criterio bajo el cual se interpreta el bien jurídico en el delito de prevaricato. Si bien pareciera que algunas sentencias acogen las posturas mayoritarias, ya que se reconoce a la Administración Pública como bien tutelado, no existe una postura uniforme que permita interpretar y delimitar dicho bien jurídico tutelado, y cuándo este es lesionado o cuándo ha sido puesto en peligro. Un sector de la Corte Suprema se ha inclinado por interpretar al bien jurídico como confianza en el correcto desempeño de la administración, sin embargo, esta no se puede tomar como posición mayoritaria porque en muchos casos se acogen en una sola interpretación varias tesis sobre el bien jurídico protegido. (Frente a esta postura, desde las premisas valorativas se rechaza la posibilidad de interpretación desde una concepción funcionalista que reconduzca a una interpretación del delito como infracción del deber).

También en la jurisprudencia reciente (2019-2020), se entiende al bien jurídico como protección de las expectativas de comportamiento, acercándose a la concepción de este injusto como un delito de infracción del deber. Si se protege la expectativa de un correcto desempeño de la administración pública, la conducta del funcionario que incurre en prevaricato será antijurídica con la mera acción u omisión sin que se valore la dañosidad social de su conducta de cara a la función social concreta e indispensable que obstaculizó con dicho comportamiento. Por lo tanto, no se valora la afectación al bien jurídico, en cambio se está valorando la mera conducta del funcionario. Esta infracción de los deberes del funcionario no puede fundamentar la antijuridicidad porque desconoce el análisis de la afectación al bien jurídico, y las exigencias de antijuridicidad material que impone el principio de lesividad. Por lo anterior, si a partir de la conducta prevaricadora, que cumple con los aspectos objetivos y subjetivos, se determina que un funcionario público faltó a sus funciones, pero no se causó un daño al bien jurídico, entonces no se lesionó más que la confianza en el correcto actuar del funcionario y los deberes de conducta, hecho que debe enjuiciarse en el ámbito disciplinario.

Con respecto a la postura que concibe que bien jurídico es la Administración Pública en lo concreto al principio de legalidad, por medio de la cual se garantiza que los funcionarios actúen de conformidad con las normas, es decir legalidad en sentido formal, considero que no se puede delimitar el bien jurídico a partir de un principio que puede llegar a ser extenso y por ende poco preciso, puesto que no es posible establecer en un plano material su afectación. No obstante, no se puede desconocer que la función conforme a la legalidad es una finalidad legítima de la administración. (De los autores citados, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau (2008) defienden esta tesis, referente a la protección del principio de legalidad).

7.4 Valoración y postura personal sobre el bien jurídico protegido en el Prevaricato

Retomando en este punto el análisis sobre el bien jurídico protegido en el tipo penal de prevaricato, se puede concluir de lo expuesto por la doctrina penal española la importancia de separar el prevaricato en función del bien jurídico que se protege, es decir, separar al judicial del prevaricato administrativo, además, porque un tratamiento diferenciado es lo adecuado en virtud del principio de separación de poderes⁴⁵, lo anterior implica que debe darse tanto material como funcionalmente un tratamiento diferenciado que permita determinar en qué consiste la función social específica que desempeña el Estado por medio de la función administrativa y la función jurisdiccional. Adicionalmente dicha preparación permite delimitar las funciones que cumple cada una de estas instituciones en nuestro ordenamiento y así llegar a establecer en un caso concreto el bien jurídico y su lesión.

Ahora bien, conforme a las posturas analizadas sobre el contenido del bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública y de Justicia, se concluyó, a partir de lo expuesto por Soto (2003) que lo valioso o merecedor de tutela se debe definir a partir de la función social que cumple Administración Pública y de Justicia, que según la doctrina mayoritaria revisada se pueden definir al bien jurídico tutelado a partir de la función administrativa y función jurisdiccional que cumple el Estado.

⁴⁵ Al respecto Gili (1999) expone “como recuerda Quintero, la defensa del tratamiento unitario de la administración a efectos penales fue defendida desde concepciones totalitarias, que veían en el concepto autónomo de Administración de Justicia un tácito reconocimiento a la separación a la separación de poderes.” (p. 167)

Establecido lo anterior, en torno a la forma de interpretar el bien jurídico en el prevaricato, cabe resaltar que en principio se puede decir que la conducta del prevaricato implica materialmente un incumplimiento de deberes de parte de los funcionarios ya sea por acción u omisión. El funcionario que incurre en este tipo penal contradice el ordenamiento jurídico y sus obligaciones legalmente establecidas. No obstante, aunque lo deseable es que los funcionarios públicos actúen de conformidad con el ordenamiento jurídico, no se puede castigar la mera infracción de deberes o las expectativas del correcto cumplimiento de estos. Es decir, para que la conducta constituya un injusto punible debe afectar una función social indispensable que puede ser la función administrativa o la función jurisdiccional, y esta afectación se debe concertar a través de la afectación de los intereses concretos de los individuos y sus posibilidades de participación en los procesos de interacción y comunicación social, siguiendo lo postulado por Soto (2003).

Por lo anterior, el funcionario público que incurre en prevaricato administrativo o judicial obstaculiza la posibilidad de participación de las personas en condiciones de igualdad en el sistema social, además, impide que el Estado, en tanto instrumento al servicio de los ciudadanos, efective sus actuaciones de cara a la mejor prestación de los servicios o derechos. Por ello, la valoración de la lesividad de la conducta debe hacerse en torno a la afectación concreta de todos aquellos intereses que se satisfagan con el cumplimiento de la función administrativa o judicial.

Por ejemplo, en el caso del prevaricato administrativo: el alcalde de un municipio que desconociendo los requisitos para acceder a un cargo público decide por medio de una resolución flexibilizar las condiciones y requisitos y nombra a una persona que no cumple con el perfil para desempeñar dicho cargo, en principio se diría que incurre en prevaricato por acción. Lo anterior ya que con su conducta está afectando a la función pública al no ejercer su función acorde con los preceptos del ordenamiento jurídico (y al no adecuar su comportamiento al cumplimiento de los fines del Estado y al servicio de los ciudadanos, presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho). La cuestión es si dicha lesión del bien jurídico tutelado se puede verificar en el plano material de la realidad social y si esta lesión es imputable a acciones individuales. Para determinar la lesión, se necesita de otro elemento que permita establecer el desvalor de resultado, este elemento es el substrato material del bien jurídico, “entendiendo por tal aquella parcela de la realidad social en que se concreta el bien jurídico, y susceptible de alteración por acciones individuales”. (Soto, 2003, p. 290-292).

En el ejemplo que se propuso, si bien se afecta la función social, que es la función administrativa, parte inmaterial del bien jurídico, en el plano concreto se están afectando las posibilidades de participación igualitaria en el sistema social, ya que, con la conducta del alcalde, quienes tenían la idoneidad para ejercer el cargo y se postularon perdieron dicha oportunidad y en esta medida se afectaron sus intereses. Además, al elegir a una persona que no cumple el perfil se está obstaculizando el cumplimiento eficiente de las tareas propias del cargo. La forma en la que se puede ver materializada la lesión al bien jurídico es a través de la afectación concreta de los intereses de los ciudadanos. La anterior conducta afecta una función social indispensable y también es atribuible individualmente al comportamiento del alcalde.

No obstante, la anterior interpretación varía, si, por ejemplo, emitida la resolución que flexibiliza las condiciones de acceso al cargo y que es contraria a la norma, el alcalde escoge a alguien que cumpla con las condiciones de idoneidad que el cargo requiere, excluyendo la arbitrariedad de la selección. Lo que implica, que sí bien emitió una resolución contraria a la norma, esta no afectó los intereses de los ciudadanos. Entonces el comportamiento del alcalde no vulnera un bien jurídico penal concreto. Aunque eventualmente pueda constituir una falta disciplinaria. (Puede afectar la función pública, pero no un bien jurídico penal concreto).

Por otra parte, del concepto de función jurisdiccional se entiende que es aquella función por medio de la cual se desarrolla la potestad del Estado de administrar justicia a través de la rama judicial del poder público, es decir, son las actividades mediante las cuales el Estado resuelve los conflictos sociales y estos actos constituyen cosa juzgada y se rigen bajo principios como la legalidad, independencia e imparcialidad, protección de la libertad, en el caso penal, entre otros. Por ejemplo: el Fiscal que en el marco de una investigación no realiza las gestiones y requerimientos necesarios para que la policía judicial rinda un informe de investigación, estaría incurriendo en el tipo penal de prevaricato por omisión. Esto último, si se concluye que en el marco de sus funciones se encuentra hacer dichas gestiones ante la policía judicial para adelantar las labores investigativas. Sin embargo, se debe establecer si en el caso concreto se afecta el bien jurídico tutelado y el substrato que se deriva de la función jurisdiccional que desempeña dicho funcionario. Para lo cual, se debe determinar si se afecta el interés de los ciudadanos en el caso y el acceso a la administración de justicia.

La función jurisdiccional implica que en la labor de administrar justicia medie una serie de principios, como la independencia, imparcialidad, legalidad, esta última, según expuso Gómez

Méndez y Gómez Pavajeau (2008) sería la que se afecta con el prevaricato, sin embargo, el autor asume la legalidad desde un sentido formal, como mera obediencia o acatamiento de la norma. Sin embargo, la postura que asume Gili (1999) sobre la administración de justicia, en donde exige un contenido sustancial de esta a partir de la conexión con los derechos individuales, permite establecer cuando algunos intereses o derechos de los individuos se ven afectados frente a la prevaricación judicial.

La función administrativa y la función jurisdiccional son funciones sociales indispensables para el funcionamiento del sistema social, y además son susceptibles del aprovechamiento por parte de los miembros de la sociedad. No obstante, para establecer si se lesionan por una conducta se debe establecer en el plano social si se afectan los intereses de los ciudadanos y de qué forma se afecta, lo anterior para decir si se trata de un injusto penal.

8. Análisis sobre la separación entre Prevaricato Judicial y Prevaricato Administrativo

Como ya se estableció en los apartados anteriores en el ordenamiento jurídico penal de Colombia el tipo penal de prevaricato se encuentra dividido según la conducta en prevaricato por acción y por omisión, en ambos casos el sujeto activo de la conducta es un “servidor público” que desde el artículo 123 de la Constitución Política de Colombia, se entiende que es todo aquel que presta sus servicios al Estado, pueden clasificarse como miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado⁴⁶, y en igual sentido lo expresa el artículo 20 del Código Penal colombiano⁴⁷. Es decir, el concepto de servidor público abarca a funcionarios de todas las ramas del poder público, y en esta línea, al tipo penal de prevaricato activo y omisivo se refieren tanto a los funcionarios de la Administración Pública y también de la Administración de Justicia.

⁴⁶ La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en su concepto 855 de 1996 definió al servidor público así: “Servidores públicos es un concepto genérico que emplea la Constitución Política para comprender a los miembros de las corporaciones públicas y a los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; todos ellos están "al servicio del Estado y de la comunidad" y deben ejercer sus funciones "en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento”.

⁴⁷ La ley 599 del 2000 en su artículo 20 consagra: “Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico de España se divide al tipo penal de prevaricato en administrativo y judicial, sin embargo, de forma distinta a la regulación de Colombia, en este ordenamiento no existe la variante omisiva del delito de prevaricato⁴⁸. Frente a lo anterior se ha planteado por parte de la doctrina española que solo de manera excepcional se admite el prevaricato en comisión por omisión, frente a esto el autor Guerra (2019) indica que en España la descripción del tipo no contempla expresamente que la conducta prevaricadora pueda cometerse mediante un “no hacer”, ya que explícitamente el artículo 404 del Código Penal señala que el delito consiste en “el dictado” de una resolución arbitraria, por lo que, en realidad, técnicamente solo puede existir prevaricación “en comisión por omisión”, según los dos supuestos previstos en el artículo 11 Código Penal español, es decir:

Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar, o Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente. (Guerra, 2019, p. 21-22).

En España la regulación del Prevaricato es la siguiente: en el título XIX del Código Penal español Ley Orgánica 10 de 1995, están contemplados los delitos contra la Administración Pública, en el capítulo primero de este título se establece la prevaricación de los funcionarios públicos desde los artículos 404 a 406, y en el título XX los delitos en contra de la Administración de Justicia, capítulo primero de la prevaricación de funcionarios judiciales como jueces, fiscales y secretarios, desde el artículo 446 a 449 del código penal.

Cabe mencionar que algunos ordenamientos jurídicos incluyen a los delitos contra de la Administración de Justicia dentro del título de delitos en contra de la Administración Pública, ya que consideran que esta última los engloba. Lo anterior, debido a que algunas legislaciones no distinguen estas dos categorías, como lo expone Wilenmann, (2011):

También es importante tener en cuenta que, tanto en la doctrina nacional como en el derecho comparado, no siempre se distingue entre las categorías “delitos contra la Administración de justicia” y la categoría “delitos contra la administración

⁴⁸ También Gómez Méndez, A., y Gómez Pavejeau, C, A, (2008), señalan que en España se admite excepcionalmente el prevaricato en Comisión por Omisión. Los autores señalan: “solo cuando a la omisión, que implica el retardo en la administración de justicia, se le une el propósito típico de obtener cualquier finalidad ilegítima, podrá apreciarse la comisión por omisión. (...) (Silencio administrativo positivo y negativo) Por lo tanto, un servidor público a quien se le haga una petición cuya pretensión resulta manifiestamente contraria a derecho y no respuesta en su debido tiempo, configurando se el silencio administrativo positivo, incurre en prevaricato en comisión por omisión. No hay duda de que la ley ha puesto al servidor público en posición de garante de contestar a tiempo so pena de entender positivamente resulta la pretensión”. (p. 498).

pública”. Usualmente no se practica esa distinción en contextos en que el derecho vigente no efectúa la distinción, cómo por ejemplo en Alemania, o en Colombia. Pero esa decisión de tratamiento conjunto también se toma, a veces, en contextos en que sí existe la distinción, cómo en España, o suele hacerse la distinción en contextos en que no existe positivamente ésta, como en Chile. Ello hace que no todas las construcciones sean directamente comparables entre sí. (p. 551).

Si bien en Colombia existe un título de delitos contra la Administración Pública y también un título de Delitos en contra la Eficaz y Recta Impartición de Justicia, (no propiamente en contra de la Administración de Justicia), la separación de estos títulos no se hace en función de los sujetos activos de la conducta, ya que dentro de la categoría de delitos en contra de la eficaz y recta impartición de justicia hay delitos comunes⁴⁹.

La distinción entre prevaricato administrativo y judicial que tienen algunos ordenamientos jurídicos, como el español, ha llevado a que algunos autores expresen su apoyo a una clasificación donde se tipifique esta conducta tendiendo a la rama del poder público a la cual pertenece el funcionario prevaricador, ya que según estos autores, son delitos con configuraciones distintas y que afectan bienes jurídicos diferentes, además del hecho de que se tratan de órganos con funciones distintas dentro de la estructura del Estado, en este sentido Rodríguez y Ossandón (2005) expresan que:

Desde una perspectiva sistemática, en cambio, debería establecerse una clara diferenciación entre prevaricación judicial y administrativa, básicamente por el hecho de atentar en contra de bienes jurídicos distintos: el correcto desempeño de la función jurisdiccional y de la Administración Pública, respectivamente, en los términos ya explicados en los acápites que preceden. Además, suele afirmarse que ambas formas de prevaricación difieren también por la diversa posición que los jueces y los funcionarios administrativos ocupan dentro de la estructura del Estado.

⁴⁹ Por ejemplo: Código Penal colombiano: “Título XVI: Capítulo primero De las falsas imputaciones ante las autoridades Artículo 435. Falsa denuncia. El que bajo juramento denuncie ante la autoridad una conducta típica que no se ha cometido, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años y multa de dos (2) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Artículo 436. Falsa denuncia contra persona determinada. El que bajo juramento denuncie a una persona como autor o partícipe de una conducta típica que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de dos (2) a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes. De igual forma el Artículo 437. Falsa autoacusación; Capítulo segundo De la omisión de denuncia de particular. Los anteriores delitos con ejemplos de los tipos penal contemplados en el título de delitos contra la recta y eficaz impartición de justicia, delitos que pueden ser cometidos por cualquier persona.”

En relación con este punto, afirma Quintero Olivares que “los Jueces, el Poder Jurisdiccional, ostentan el deber de dictar resoluciones y sentencias, y, además, el monopolio de la jurisdicción, que supone, de una parte, la facultad exclusiva de aplicar las leyes en los procesos que ante ellos se diluciden y, de otra, el poder de declarar de modo vinculante y definitivo cuál es el contenido y voluntad de la ley. A tanto no llega el poder de un funcionario público en la resolución de un asunto administrativo, cosa que sin duda debe hacer con escrupuloso respeto a la legalidad a la que se somete la actividad de la Administración.

Desde el punto de vista del bien jurídico protegido, por tanto, la prevaricación judicial es la que “por sus genuinas características, constituye, por así decirlo, el más grave y típico delito contra la Administración de Justicia”. La prevaricación administrativa, en cambio, atenta contra la función pública, entendida como el servicio que la Administración tiene que prestar a la comunidad y se vincula con el interés del Estado en el pleno sometimiento del ejercicio de aquella función a la ley y al Derecho o, mejor aún, la legalidad en el desempeño del servicio público. (pp. 414-415).

Según lo anterior, una separación entre prevaricato judicial y administrativo se justifica, en primer lugar, porque protegen bienes jurídicos diferentes, en segundo lugar, por la posición y funciones que ostentan los funcionarios judiciales respecto de los funcionarios administrativos, que lleva a la consideración que es más grave el prevaricato judicial en virtud de las facultades y deberes que estos tienen en un ordenamiento jurídico. Por consiguiente, los autores plantean que la actividad de los funcionarios administrativos y de los funcionarios judiciales son distintas e implican que sus falencias afectan esferas distintas de los ordenamientos jurídicos.

Con fundamento en los postulados de García Arán, los autores citados afirman que mientras la Administración de Justicia actúa constitucionalmente sometida “únicamente al imperio de la ley”, por otra parte, la actuación de la Administración Pública en general se encuentra delimitada por los “intereses generales ya que debe garantizar la imparcialidad en el ejercicio de las funciones y actúa sometida a los fines que justifican la actuación administrativa”. (p. 414). Concluyen que los jueces tienen como objeto exclusivo de su función la aplicación de la ley; los funcionarios administrativos, la realización de los diversos fines públicos. (Rodríguez y Ossandón. 2005, pp. 414-415).

En torno a la separación entre prevaricato judicial y prevaricato administrativo, Rodríguez (2005) sostiene que la estructura del tipo penal del prevaricato administrativo es distinta respecto al prevaricato judicial, ya que el prevaricato judicial debe ser clasificado dentro de delitos de infracción de deber, distinto del prevaricato administrativo que lo clasifican como un delito especial propio, en este sentido expone: “El que el prevaricato judicial sea considerado como delito de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional, impone el efecto jurídico de limitar las modalidades de autoría exclusivamente a la autoría individual y directa del juez o magistrado”. (pp. 325- 340). No obstante, considera que además de dicha clasificación, se debe tener en cuenta el bien jurídico que protege, por lo tanto: “la agrupación de los delitos no debe ser efectuada en torno al sujeto activo (en este caso, el funcionario público), sino a partir del bien jurídico protegido” (p. 340).

Por otra parte, y a partir de la teoría desarrollada por Jakobs (1997), el autor colombiano Sánchez (2013) señala que el fundamento del prevaricato versa sobre deberes positivos, por lo tanto, considera que es factible fundamentar el injusto del prevaricato en la infracción de deberes. A pesar de asumir la anterior teoría funcionalista de Jakobs, Sánchez (2013) señala que adopta la teoría de infracción de deber, pero sin renunciar al concepto de bien jurídico. (p. 135).

Sánchez (2013) indica que es importante diferenciar el delito de prevaricato administrativo del prevaricato judicial, ya que el papel de los funcionarios judiciales es “preponderante” respecto de los funcionarios administrativos, lo que implica que se deba separar este tipo penal en virtud de la categoría que cada uno de estos funcionarios ostenta. Siguiendo los mismos planteamientos expuestos por Rodríguez (2005), Sánchez (2013) sostiene:

Además, cabe hacer algunas distinciones entre estos tipos de delitos. Así, por ejemplo, en nuestro entender el delito de prevaricación judicial debe ser, como lo hemos dicho anteriormente, enlistado entre los denominamos delitos de infracción de deber. En cambio, el delito de prevaricato administrativo es claramente un delito especial propio. Los delitos especiales propios son los genuinos referidos al cargo que se ostenta; el tipo señala como autor a una persona que posee un carácter especial, como es el evento de los cometidos por servidores públicos.

El que el prevaricato judicial sea considerado como delito de infracción de deber en virtud de responsabilidad institucional, impone el efecto jurídico de limitar

las modalidades de autoría exclusivamente a la autoría individual y directa del juez o magistrado. (p.135).

Lo anteriormente expuesto se asemeja a lo propuesto por Rodríguez (2005) quien también concibe al prevaricato judicial como un delito de infracción de deberes, en donde el sujeto activo posee una relación institucional con el bien jurídico, que consiste en una serie de deberes positivos; entre tanto el prevaricato administrativo es un delito especial propio, en donde la descripción del tipo es lo que produce la relación del autor con el bien jurídico.

8.1 Valoración Personal

Ahora bien, a modo de crítica se debe indicar que por medio de la propuesta que realizan los autores Rodríguez (2005) y Sánchez (2013) se justificaría y admitiría una mayor punición del prevaricato judicial, por su vinculación más estrecha con la ley y en virtud de las obligaciones que tienen los funcionarios judiciales en comparación a las funciones de los funcionarios administrativos, las cuales ameritan que deban tener un mayor compromiso con la institución que representan y una mayor observancia de las normas. Lo anterior implicaría que la imputación jurídico penal de la prevaricación judicial se agotaría con la mera infracción de deberes, sin que sea necesario determinar una lesión al bien jurídico tutelado.

Los planteamientos bajo los cuales se admite una separación entre prevaricato judicial y administrativo con fundamento en la categoría de los delitos de infracción de deber, debe ser objeto de crítica. De manera inicial en las premisas valorativas se rechaza que el fundamento del injusto o de una mayor punibilidad se base en la mera transgresión de deberes de parte de un funcionario, por la incompatibilidad que guarda esta tesis con el principio de exclusiva protección de los bienes jurídicos como fin de derecho penal, el cual limita el *ius puniendi* a los supuestos de efectiva lesión.

Por consiguiente, no se puede realizar una interpretación restrictiva del tipo penal de prevaricato desde lo anteriormente propuesto. Sin embargo, es importante que se dé una separación entre prevaricato judicial y administrativo, con la intención de concretar la forma en que se afectan los bienes jurídicos que se protegen. Considero que se puede fundamentar una separación acudiendo a la delimitación del bien jurídico que cada uno protege y al contexto en que este se afecta, sin la necesidad de catalogar al prevaricato judicial como delito de infracción del deber.

9. Limitación de la imputación del Prevaricato con fundamento en la existencia de un elemento subjetivo especial: “Ánimo Corrupto”

En la sentencia de la Corte Suprema SP14499- 39538 de 2014, por medio de la cual la Corte resuelve recurso de apelación interpuesto por el Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná y su defensor en contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, que lo condenó por el delito de prevaricato por acción, la Corte Suprema realiza un análisis sobre el elemento subjetivo adicional, al dolo, de “ánimo corrupto”. Los supuestos fácticos de esta sentencia son: el Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná (Cesar) absolvió al Alcalde y al Secretario de Planeación del municipio de Jagua de Ibirico, quienes fueron acusados por los delitos de peculado por apropiación (artículo 379 del Código Penal), contrato sin cumplimiento de los requisitos legales (artículo 410 del Código Penal) e interés indebido en la celebración de contratos (artículo 409 del Código Penal), dicha decisión absolutoria fue considerada por parte de la Fiscalía como contraria al ordenamiento jurídico, ya que a consideración de esta entidad existían elementos materiales probatorios que no fueron correctamente valorados, razón por la cual se realizó una investigación y posteriormente el Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná fue condenado por el Tribunal por el delito de prevaricato por acción (artículo 413 del Código Penal).

En el caso en mención, la Corte Suprema de manera previa hace una valoración sobre la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales, lo anterior para señalar en qué supuestos las decisiones adoptadas por los funcionarios judiciales pueden llegar a ser objeto de reproche penal:

La inviolabilidad e intangibilidad de la decisión judicial no es inmunidad ni impunidad, no hace al funcionario judicial irresponsable en términos totales, pues no ampara las providencias proferidas con dolo, corrupción, las actuaciones subjetivas, caprichosas, arbitrarias, las que son objetiva y manifiestamente groseras, donde no hay duda de que el ánimo no es acertar, sino abandonar deliberadamente este propósito para aplicar el derecho y la justicia al revés. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, SP14499- 39538, 2014).

Además, señala que la inviolabilidad y la intangibilidad son prerrogativas de la institución en favor de la Administración de Justicia y del equilibrio y separación de poderes, por ende, solo

se aplican en el ámbito de las “decisiones judiciales emitidas en ejercicio de la función, solamente se vincula con juicios, opiniones o criterios que se asuman en ejercicio de administrar justicia”.

Conforme a lo anterior, la Corte Suprema indica que “todas las decisiones respecto de las cuales quepa discusión sobre su acierto o legalidad, las diferencias de criterio, interpretaciones o equivocaciones despojadas de ánimo corrupto, no pueden ser objeto de reproche penal.” Por lo tanto, los servidores judiciales responderán penalmente cuando de la decisión que ellos profieran se establezca indudablemente que se ejecutó un acto de corrupción, si dicha decisión contiene o favorece un acto de corrupción debe ser sancionada penalmente. Lo anterior implica que no basta con el elemento subjetivo del dolo, sino que se requiere además acreditar un ánimo de corrupción al momento de establecer la responsabilidad penal en conductas como el prevaricato de los funcionarios judiciales.

En el caso en mención, la Corte Suprema establece que el Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná a pesar de conocer las pruebas que acreditaban la configuración de las conductas punibles en contra la Administración Pública de parte del Alcalde y al Secretario de Planeación del municipio de Jagua de Ibirico, este funcionario decidió emitir una sentencia absolutoria manifiestamente contraria a derecho. Además, respecto al dolo la Corte Suprema indica que la decisión absolutoria que adoptó el juez “no es fruto del propósito de administrar justicia, sino del ánimo de hacer prevalecer el capricho sobre el alcance del derecho aplicable”. (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, SP14499- 39538, 2014). Por lo tanto, la Corte resuelve confirmar la sentencia del Tribunal que condena al Juez Único Penal del Circuito de Chiriguaná por el delito de prevaricato por acción.

Los fundamentos de la decisión contenida en la sentencia SP14499- 39538 son reiterados en la en la aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier en la sentencia SP16247-46688 de 2015. En dicha aclaración de voto el magistrado expone que desde el Acto Legislativo 02 de 2015, denominado “Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional” se buscaba el aseguramiento de la autonomía en la toma adopción de decisiones de los funcionarios de las altas corporaciones de la administración de justicia, este acto legislativo modifico el Artículo 178-A de la Constitución Política⁵⁰. Y en aras de materializar la autonomía de los funcionarios judiciales se debe tener en cuenta la finalidad en las decisiones que estos adoptan.

⁵⁰ “Artículo 178-A de la Constitución Política: “Los magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y el fiscal general de la

En la aclaración de voto del magistrado Eugenio Fernández Carlier está explicado que, si bien se puede sancionar penalmente a un funcionario de la rama judicial por un delito como el prevaricato en el cual se profieren resoluciones contrarias a la ley, no se lo puede sancionar por el contenido de esas resoluciones en virtud del principio de inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales, “a menos que hayan actuado de manera indebida con el propósito de favorecer intereses suyos o de terceros” lo que agrega un elemento subjetivo adicional al dolo, el cual, señala: “debe aludir a una situación fáctica que no solo sea diferente al procedimiento de la decisión que se reputa contraria a la ley de manera manifiesta, sino que implique la realización de actos de corrupción”.

Por consiguiente, se requiere la constatación de una finalidad corrupta en el comportamiento del funcionario judicial. Dicha finalidad de corrupción podría verificarse cuando “la decisión ilegal es proferida con el propósito consciente de favorecer ilícitamente a un tercero; o como consecuencia de un pago, dádiva o promesa; o en conexión con un ilícito subyacente que determina al funcionario a apartarse del orden jurídico” (Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, SP16247-46688, 2015). Es decir, se debe valorar la finalidad de la conducta del funcionario judicial, para establecer si se configura un ánimo corrupto o una intención de favorecer de forma ilícita a un tercero⁵¹.

Posteriormente en la aclaración de voto de la sentencia SP850-54760 de 2020, el magistrado Eugenio Fernández Carlier, retoma la discusión sobre la exigencia de un elemento adicional en el tipo subjetivo del prevaricato. Este magistrado aclara en primer lugar que no está de acuerdo con las posturas mayoritarias de la Corte sobre el bien jurídico de la Administración Pública, ya que considera que el bien jurídico protegido en el prevaricato es la Administración de Justicia, siendo que en caso en particular se trata de un funcionario de la Administración de Justicia. Y en un segundo momento reitera la necesidad de establecer en el prevaricato la finalidad corrupta:

Nación serán responsables por cualquier infracción a la ley disciplinaria o penal cometida en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de estas. En todo caso, no podrá exigírseles en ningún tiempo responsabilidad por los votos y opiniones emitidos en sus providencias judiciales o consultivas, proferidas en ejercicio de su independencia funcional, sin perjuicio de la responsabilidad a la que haya lugar por favorecer indebidamente intereses propios o ajenos”.

⁵¹ Esta exigencia de ánimo corrupto ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal en las Sentencias: SP787-2019, radicado 51319 del 13 de marzo de 2019; AP1261-2019 radicado 53954 del 03 de abril de 2019; SP3607-2020 Radicación No. 56157 del 23 de septiembre de 2020; SP4125-2020, radicado 50048 del 28 de octubre de 2020.

En esas condiciones, se consideró que cuando el funcionario judicial en ejercicio de sus funciones resolvía apartarse tozudamente del orden jurídico, desconocerlo con un acto deliberado de poder o quebrantarlo por la única razón de ser esa su voluntad, obraba también con una finalidad corrupta, pues por esa vía estaría alterando, trastocando o depravando la función jurisdiccional misma, que no debe estar orientada por propósitos personales o egoístas, sino por la realización de la justicia material. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP850-54760, 2020).

El magistrado concluye que el aspecto subjetivo del tipo dependerá de una intención y la voluntad concreta del funcionario en la emisión de la providencia o resolución, o el juicio de reproche de la conducta, siendo punible cuando la conducta no esté orientada a administrar justicia en debida forma o como lo ordena la ley.

Sin embargo, el ánimo corrupto no puede ser el único elemento subjetivo que se valore para establecer que la conducta de un funcionario sea reprochable, lo que implica que se deben valorar otras finalidades que pueden afectar a la administración de justicia y los principios que la rigen, sostiene el magistrado:

Efectivamente, aunque se castiga el móvil corrupto, se dejarían por fuera otras finalidades también reprochables, lo que conduce, bajo la vigencia del principio de legalidad, a que queden en la impunidad conductas que vulneran el espíritu de la norma punitiva. Así, lo que el legislador pretende, sin duda, es castigar al servidor público que no actúa con la neutralidad, imparcialidad y justeza que debe a su cargo, esto es, que se aparte de la correcta impartición de justicia, objetivo que se alcanza de forma más adecuada si no se limita la acción o conducta a un único fin, como se viene explicando. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP850-54760, 2020).

Por último, el magistrado Fernández Carlier indica que el elemento subjetivo adicional al dolo, que corresponde a la finalidad, móvil o ánimo corrupto también incide en la determinación de la lesión del bien jurídico de la Administración de Justicia, “ya que solo determinando la intención se puede establecer si el sujeto activo afectó o no el bien jurídico que el legislador pretende proteger.” Frente al anterior planteamiento, el magistrado expone:

Así, cualquier acto objetivo que revele la conducta del agente o funcionario orientada a no administrar justicia demuestra la transgresión del bien jurídico tutelado por el legislador.

No es irrelevante la intención en el ilícito de *prevaricato por acción o por omisión*, su consideración es necesaria dentro del plano subjetivo para acreditar si la afectación del bien jurídico tutelado es dolosa (avalorado en la tipicidad) y si genera culpabilidad (dolo valorado); reitérese que su estimación es trascendente para definir el elemento subjetivo del tipo y del delito de *prevaricato* (según el momento en que deba valorarse y las circunstancias del caso). (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP850-54760, 2020).

El ánimo corrupto como ya se estableció, pretende darle contenido al dolo en el delito de *prevaricato*, lo anterior sin perjuicio de los principios que rigen las actuaciones de los miembros de la rama judicial, ya que busca sancionar penalmente las conductas de los funcionarios cuando administren justicia de forma incorrecta. Además, este elemento subjetivo también busca complementar la forma en que se debe entender el bien jurídico y su lesión en el tipo penal de *prevaricato*.

9.1 Valoración Personal

Sobre la anterior intervención realizada en el salvamento de voto del magistrado Fernández Carlier, se resalta lo que se ha venido desarrollando en el presente trabajo en torno a la necesidad que el bien jurídico que se proteja en el *prevaricato* sea diferente en la Administración de Justicia y en la Administración Pública, puesto que la finalidad del funcionario judicial que incurra en el tipo penal de *prevaricato* iría orientada a afectar la función que ejerce, en el caso del funcionario judicial es la función jurisdiccional y en el caso del funcionario administrativo la función administrativa.

Ahora bien, retomando lo último expuesto por el magistrado Fernández Carlier, coincido con el planteamiento en cuanto a la relación que existe entre la finalidad del funcionario *prevaricador* y la lesión al bien jurídico. Considero que el bien jurídico es importante en el análisis de una conducta, puesto que la conducta sólo podrá ser catalogada como antijurídica cuanto con

ella se crean situaciones de riesgo inadmisibles y efectivas al bien jurídico⁵². Es decir, el bien jurídico es relevante no solo como un fundamento material en la determinación de la legitimidad de la norma penal, sino que también es un criterio decisivo del juicio de tipicidad y antijuridicidad material de la conducta.

Por otra parte, considero que la exigencia en el análisis del tipo subjetivo de ánimo corrupto o finalidad corrupta implica una interpretación restrictiva del delito de prevaricato puesto que limita las posibilidades de imputación a los casos en los cuales se establezca que existía una finalidad concreta con la conducta realizada, es decir no basta con establecer el conocimiento y la voluntad, sino que además está debe estar orientada a una finalidad en específico que es afectar un bien jurídico determinado, como lo es la función jurisdiccional. Sin embargo, no existe justificación para que solamente se imponga dicha exigencia a los funcionarios de la rama judicial, ya que conforme a lo expresado por el magistrado Fernández Carlier pueden existir otras finalidades de las actuaciones de los funcionarios que sean reprochables a parte del ánimo corrupto. Según la argumentación que expuso el magistrado citado, el ánimo corrupto como finalidad y elemento subjetivo adicional solo es exigible a los funcionarios judiciales, en virtud de los principios que gobiernan su actuación, sin embargo, existen otras finalidades que son igualmente reprochables tanto para los funcionarios judiciales como también para los funcionarios de la administración.

En conclusión, se puede decir que a pesar de que en el Código Penal Colombiano no se hace una distinción entre prevaricato administrativo y prevaricato judicial, desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de manera implícita se hace una distinción al agregar un elemento subjetivo al delito de prevaricato de los funcionarios judiciales. Lo que implica que se este haciendo una clara diferencia con el prevaricato de los funcionarios de la administración, a quienes no se les predica este elemento subjetivo adicional al momento de establecer el dolo. No obstante, para que se puede predicar una interpretación restrictiva y limitar la imputación jurídico penal del prevaricato, la exigencia del elemento subjetivo adicional al dolo debe hacerse tanto en el prevaricato judicial como el administrativo.

10. Diferencia entre la sanción disciplinaria y la sanción penal

⁵² Según lo dispuesto por la sentencia de Corte Suprema de Justicia Sala por medio de la sentencia con radicado 29655 del 21 de octubre de 2009.

Para abordar las diferencias entre sanción penal y disciplinaria considero importante exponer las ideas planteadas por Cerezo (1975), quien asume que la diferencia debe ser cualitativa. Este autor considera que tanto en las sanciones administrativas como las disciplinarias no son “ético-social o culturalmente indiferentes” ya que frente a estas también debe hacerse juicios de valor, como es propio de la determinación de la sanción penal, además de que poseen el mismo contenido que el ilícito penal y la misma estructura lógica, por lo tanto, en virtud de las similitudes entre estas dos sanciones Cerezo (1975), propone que se debe tener en cuenta la gravedad de la infracción y la necesidad, ya que las sanciones administrativas también tienen un contenido ético-social y la diferencia respecto a la sanción penal solo sería cualitativa, en cuanto a la importancia del daño o la diferencia del grado de desvalor (desvalor ético-social o cultural) y consideraciones de política criminal. (pp. 165-169).

Cerezo (1975) frente al derecho penal y al derecho disciplinario, expone que el criterio según el cual, en los delitos de los funcionarios el bien jurídico protegido es la confianza de los ciudadanos en la pureza de la gestión administrativa, es un criterio insuficiente y no permite realizar una diferencia entre ilícito penal y disciplinario ya que el menoscabo a la confianza también puede ser producto de un ilícito disciplinario y este puede faltar en los delitos de los funcionarios. (p. 171). Para Cerezo (1975). Las normas del derecho penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen el mismo fin que las normas del derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios en la observancia de sus deberes y el contribuir a la mejor organización de un servicio público. (p. 171). (frente a esto último, se debe señalar que esta alusión no la comparto porque podría implicar que el derecho penal protege expectativas de comportamiento y castiga la infracción de deberes).

Cerezo (1975) plantea que entre el ilícito penal y el disciplinario no hay sino una diferencia de grado, ya que la sanción penal y disciplinaria no se diferencian esencialmente, puesto que abarcan las mismas normas rectoras:

La sanción disciplinaria ha de ser también justa, adecuada a la gravedad de la infracción y necesaria. La sanción disciplinaria, sin embargo, dentro del límite máximo marcado por la justicia, tiene en cuenta no solo los fines de la prevención general y la prevención especial, sino también las exigencias del prestigio y el buen

funcionamiento de la administración. Las sanciones penales y las sanciones disciplinarias son, por ello, independientes.

La menor gravedad de lo ilícito disciplinario frente a lo ilícito penal explica que en el derecho disciplinario las conductas prohibidas no estén definidas de un modo exhaustivo en la Ley, ni venga vinculada expresamente a cada una de ellas una sanción determinada. Las sanciones disciplinarias no son impuestas, por el mismo motivo, por la jurisdicción ordinaria, sino por las autoridades administrativas en resoluciones por lo general revocables. (p.172).

La propuesta de Cerezo (1975) permite abrir un debate frente a la forma de diferenciar las sanciones penales de las disciplinarias, ya que en consideración de este autor solo sería una diferencia de grado o cualitativa frente al daño que se ocasiona, por lo tanto, según lo plantea este autor, por medio del derecho disciplinario se sancionan las conductas más leves⁵³. Sin embargo, adopta una postura sobre la lesión como infracción de deberes, tanto para el ilícito penal como el disciplinario.

Doctrina más reciente frente a la discusión que se propone, es la de Gómez (2011), quien considera, de forma parecida a lo expuesto por Cerezo (1975), que el derecho penal y el derecho disciplinario guardan semejanzas, en la medida en que, en ambos, es necesario el juicio de reproche “ético-jurídico-penal”. (p. 160). Además, considera, que tanto el derecho penal como el disciplinario son especies del derecho sancionador, según lo plantea el autor, dicha clasificación ha sido reiterada y pacífica en la doctrina, citando la sentencia de la Corte Constitucional C-214 de 1994:

Así, por medio del derecho penal, que no es más que una de las especies del derecho sancionador, el Estado protege bienes jurídicos fundamentales para la convivencia ciudadana y la garantía de los derechos de la persona. Pero igualmente el Estado ejerce una potestad disciplinaria sobre sus propios servidores con el fin de asegurar la moralidad y la eficiencia de la función pública. (Gómez, 2011, pp. 166-168).

⁵³ Frente a esto, si bien se puede llegar a considerar que el derecho disciplinario contempla sanciones más leves, respecto al derecho penal, esto no es del todo correcto, ya que el derecho disciplinario sanciona, por ejemplo, con inhabilidades o destituciones del cargo, que se pueden prolongar durante años. Si bien estas sanciones no generan la privación de la libertad, como si lo contemplan las sanciones penales, esto no implica que estas sanciones no sean invasivas frente a los derechos fundamentales de las personas, ya que las sanciones como la inhabilidad pueden vulnerar, por ejemplo, el derecho al trabajo y al mínimo vital y por eso serían sanciones bastantes gravosas. Por lo tanto, se deben defender las garantías de protección de los derechos fundamentales en el derecho disciplinario, de la misma manera que el derecho penal.

Gómez (2011) indica que, mientras el derecho penal se funda en las “relaciones generales de sujeción y se construye a partir de la teoría del bien jurídico fundada en el sistema internacional de los derechos fundamentales”, (p. 169), el derecho disciplinario busca el aseguramiento de los deberes funcionales.

Adicionalmente tanto el derecho penal como el disciplinario comparten categorías dogmáticas ya que ambas constituyen una manifestación el *ius puniendi* del Estado, Gómez (2012), plantea que:

(...) las categorías dogmáticas elaboradas por el derecho penal son aplicables al derecho disciplinario, obviamente, en cuanto se respete su propia identidad, lo que implica entender que tienen su propio sentido y contenido. Si bien en un principio se afirmó que las categorías penales se aplicaban también en Derecho Disciplinario, la evolución de la jurisprudencia ha sido enfática en precisar que tal señalamiento solo lo es con respecto a su revestimiento, puesto que la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, así como sus respectivas subcategorías dogmáticas, tienen su propio sentido y contenido; por ello, “en el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, *mutatis mutandi*, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del estado. sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa” (p. 64)

Por otra parte, Velásquez (2013) expone que el derecho penal y el disciplinario suponen una potestad sancionatoria, sin embargo, aclara que estas potestades se ejercen en dos ámbitos distintos: mientras que las sanciones penales se imponen a los ciudadanos en calidad de administrados con el fin de proteger el orden social, las sanciones disciplinarias van dirigidas a los funcionarios públicos y buscan proteger la propia organización, (p. 119), por lo tanto, no existen criterios para diferenciarlos, más que los que el legislador propone:

Ello, impide distinguir el ilícito penal del administrativo, y además las consecuencias jurídicas imponibles a ambos terminan asemejándose de manera preocupante, con lo que la distinción entre los dos órdenes normativos se dificulta

al máximo, y queda en manos del legislador histórico la posibilidad de ofrecer criterios diferenciales entre los dos conjuntos de normas. (p. 119).

Velásquez (2013) también considera que los principios que orientan el derecho penal pueden ser aplicados también en el ámbito del derecho disciplinario, lo anterior en virtud de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 25 y 29 inciso 2° de la Constitución Política de Colombia. (p. 120). Lo expuesto por Velásquez (2013) se asemeja a lo que plantea Gómez (2011) para quien, tanto el derecho penal como el disciplinario comparten las mismas categorías dogmáticas.

Por otra parte, también en la jurisprudencia colombiana se han establecido criterios para diferenciar entre sanciones penales y disciplinarias, por ejemplo, la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-796 de 2004 establece:

Mientras que las sanciones penales suelen dirigirse a toda la población y se trata de medidas que de ordinario afectan la libertad física del infractor, las sanciones disciplinarias se dirigen únicamente a los servidores públicos y tienen que ver con el incumplimiento de la función que desarrollan, afectando a aquél con llamados de atención, suspensiones, separación de la actividad pública y la imposición de multas; lo cual sin duda marca una diferencia clara en la actividad sancionatoria de uno y otro derecho, que irradia de alguna manera en la aplicación más o menos rígida de las garantías del debido proceso.

También en la sentencia de la Corte Constitucional C-720 de 2006, delimita la diferencia entre sanción disciplinaria y penal con base en las funciones de la pena y de la sanción disciplinaria, en este sentido:

(...) mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva, además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación.

Tanto doctrinal como jurisprudencialmente, como se evidenció, se han propuesto distintos criterios de diferencia entre la sanción penal y disciplinaria, no obstante, para efectos de establecer

los criterios de aplicación de cada uno de ellos en un contexto definido es importante que exista un marco de interpretación concreto, ya que algunas conductas sancionadas en el derecho disciplinario pueden ser también sancionadas en el derecho penal por ser delitos especiales o funcionariales, y viceversa, lo anterior sin que exista claridad sobre la valoración de la lesividad de la conducta.

10.1 Valoración Personal

De lo expuesto hasta este punto sobre la diferencia entre sanción penal y disciplinaria se debe concluir que entre la sanción penal y disciplinaria existen algunas similitudes, especialmente frente a los conceptos dogmáticos y los principios rectores como la tipicidad y legalidad, el debido proceso, etc., además, por ser categorías del derecho sancionador.

A pesar de las similitudes, se pueden diferenciar estos dos ilícitos a través de la finalidad que cada una tiene. El derecho penal protege los bienes jurídicos penales, es decir realidades sociales valiosas para el ser humano y el derecho disciplinario, según lo primero que se expuso, solo iría orientado a la protección de la administración en cuanto institución y por ende su funcionamiento, prestigio y expectativas de correcto funcionamiento de los ciudadanos. No obstante, la anterior tesis ha variado, por ejemplo, en Colombia se plantea el criterio de ilicitud sustancial como condición constitucional de las faltas disciplinarias, la Corte Constitucional ha establecido que el criterio o presupuesto para la existencia de una falta disciplinaria es la acreditación acerca del incumplimiento de un *deber funcional* del servidor público “o, en otras palabras, la presencia de una conducta u omisión que interfiere en el ejercicio adecuado de la función estatal ejercida por dicho servidor del Estado”⁵⁴. Por lo anterior, podría decirse que el deber funcional como elemento de la ilicitud sustancial de la falta disciplinaria, establece una diferencia respecto del derecho penal, ya que la falta disciplinaria parte de un análisis en torno al quebrantamiento sustancial del deber de parte de los funcionarios⁵⁵.

⁵⁴ Corte Constitucional sentencia C-452 de 2016, y conforme a lo establecido en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, se refiere al principio de ilicitud sustancial en los siguientes términos: “Artículo 5. Ilicitud Sustancia. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.”

⁵⁵ Corte Constitucional sentencia C-982 de 2002 “El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber.”

Además, como criterio diferenciador también puede emplearse la valoración cualitativa del daño que se ocasiona, ya que si bien, algunas faltas disciplinarias pueden asemejarse a conductas tipificadas como delitos especiales o funcionariales, no debe olvidarse el carácter fragmentario, subsidiario y de *ultima ratio* del derecho penal. (Por lo tanto, se debe medir el daño, porque si la conducta trasciende la esfera de la institución y afecta intereses de los individuos, vulnera un interés social valioso o una función social indispensable).

Ahora bien, frente al delito de prevaricato, si bien este implica un incumplimiento de deberes de parte de los funcionarios públicos por acción y por omisión, en el ámbito penal no se puede castigar dicho incumplimiento de funciones o las expectativas del correcto cumplimiento de estos. Por lo cual para que sea relevante la conducta prevaricadora en el ámbito penal, este debe afectar de forma significativa una función social indispensable que puede ser la función administrativa o la función jurisdiccional, y esta afectación se debe concertar a través de su substrato material en la afectación del interés de los individuos y las posibilidades de participación de estos en los procesos de interacción y comunicación social. Es decir que la conducta del funcionario debe trascender de la esfera puramente administrativa o disciplinaria de sus funciones al ámbito social y afectar de manera concreta los intereses valiosos para las personas, para que sea objeto de una sanción penal.

Como ya se resaltó, desde la teoría de los bienes jurídicos no se puede fundar la lesividad de la conducta en el simple incumplimiento de deberes. Así, De Toledo (1980) expone, de manera general en los delitos funcionariales, categoría a la cual pertenece el delito de prevaricato, que rechaza la interpretación del injusto desde el “deber de cargo” que se refiere a deberes subjetivos en el sentido de infidelidad, deslealtad, traición a la confianza por parte de un funcionario público, estos deberes subjetivos tienen su origen en la especial relación que une al funcionario público con el Estado. Sin embargo, en los delitos funcionariales se debe también tener en cuenta el deber objetivo, que se concibe en relación con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico (p. 227).

Tal autor rechaza la lesión del deber a cargo como esencia de los delitos de funcionarios, (p. 215) y entiende que la característica de estos delitos es el ataque a intereses de la sociedad; así, el bien jurídico común será el regular funcionamiento de la administración del Estado, concluye que el deber de cargo nunca puede considerarse como bien jurídico, sino, muy distintamente como concepto que existe en función de la protección de un bien jurídico. (P. 361). Lo anterior, debido

a que el deber de cargo es insuficiente para determinar la antijuridicidad de los delitos de los funcionarios.

En tal sentido, si se admite que la lesión en el delito de prevaricato viene fundada por la infracción de deberes de cargo, realmente se está castigando la falencia disciplinaria del funcionario. Sancionar el incumplimiento de funciones no le corresponde al derecho penal. Esta perspectiva, por lo demás, es compatible con la concepción funcionalista que entiende que el cometido del derecho penal es la confirmación de la vigencia de la norma que aquí expresamente se ha rechazado.

Por lo anterior, apartarse de los deberes del cargo sirve para establecer la falta administrativa o disciplinaria del funcionario público, pero para la determinación del ilícito penal debemos demostrar que se afecta el bien jurídico colectivo concreto y con este las posibilidades de participación del sujeto en el sistema social, ya que estas son funciones sociales indispensables. Adicionalmente, desde esta concepción si se incumple una norma administrativa que regula el actuar de un funcionario, dicha infracción se valoraría en primer lugar en el plano disciplinario y no en el plano penal.

En conclusión, un estudio sobre el delito de prevaricato debe hacerse con base en la determinación y concreción del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, debido a que adoptar conceptos de deber de cargo o protección de la vigencia de la norma implica un retroceso de los principios y normas rectoras que acompañan al bien jurídico, como lo es la antijuridicidad material o lesividad, proporcionalidad, *ultima ratio*, etc. Se insiste que castigar por el mero incumplimiento de deberes supondría el auge de un derecho penal autoritario, lo cual es contrario al modelo de Estado Social y Democrático de Derecho.

11. Conclusiones

El bien jurídico además de proporcionar bases para limitar la intervención penal, también es un instrumento que busca dotar de contenido al tipo penal establecido en la norma, ya que a partir de éste se puede discutir sobre la tipicidad, antijuridicidad material y culpabilidad de la conducta.

Conforme a lo anterior, el bien jurídico que se protege en el tipo penal de Prevaricato debe permitir una interpretación y aplicación restrictiva de la imputación jurídico penal. Atendiendo a

esto, en primer lugar, conforme lo expuesto por Soto (2003) se debe establecer cuál es el bien jurídico protegido, para ello es necesario identificar cual es la realidad social valiosa que protege esta conducta y que función cumple en beneficio de la sociedad y el individuo.

Para abordar lo anterior, en el caso del Prevaricato, es necesario separar al Prevaricato Judicial del Prevaricato Administrativo, ya que se trata de dos instituciones que se relacionan de forma distinta con los individuos y tienen distintas funciones en la sociedad. En el Prevaricato Administrativo se protege la función administrativa y en el Prevaricato Judicial se protege la función jurisdiccional.

La separación entre el Prevaricato Judicial y el Administrativo es importante para establecer las funciones sociales que se ven afectadas, además porque permite que se pueda diferenciar y sintetizar el bien jurídico de forma más precisa. (Separarlos permite determinar los intereses en torno a cada función).

No obstante, las anteriores funciones deben poder ser afectadas en un plano material, en este punto es importante identificar el substrato material o la parcela de la realidad social que es objeto de lesión por la conducta prevaricadora. El efecto externo de estas conductas en el plano social se da cuando se afectan los intereses de los individuos, ya que se obstaculiza el cumplimiento de las tareas o funciones en cabeza de la Administración Pública y de la Administración de justicia.

Por lo tanto, la anterior valoración debe hacerse en el plano concreto de los intereses que se ven afectados en un caso en particular, así, por ejemplo, una sentencia absolutoria que se profiera sin que sean valoradas las pruebas de manera uniforme por parte del juez, esta sentencia es objeto de reproche penal, ya con esta conducta se afectó la función jurisdiccional y en el plano concreto afecta los intereses de los individuos en torno al debido cumplimiento de la Administración de Justicia. Además, en este caso, debe analizarse si la conducta del funcionario judicial se efectuó con una finalidad corrupta u otra finalidad reprochable dirigida a afectar ese bien jurídico concreto, es decir, los intereses de los individuos en el cumplimiento eficiente de la Administración de Justicia.

Lo anterior, debido a que la incorporación al tipo de un elemento subjetivo especial (distinto del dolo) limita las posibilidades de imputación jurídica penal porque exige determinar si el sujeto activo, en este caso el funcionario judicial, actuó con la finalidad de cometer actos de corrupción. Solo a partir de esta finalidad se puede establecer si se lesionó un bien jurídico tutelado.

Con lo anterior se puede dar una interpretación restrictiva del Prevaricato en Colombia, valorando cual es la función social en concreto y la conexión que esta tenga con intereses o derechos individuales. No obstante, son varios los elementos que deben confluír para establecer la lesión en concreto, de ahí la importancia de la valoración del bien jurídico en las sentencias. Si no se hace tal valoración se admite que el prevaricato sanciona penalmente el mero incumplimiento de deberes, afectando de esta forma el principio de antijuridicidad material y las normas rectoras que orientan el sistema penal.

12. Referencias

- Acevedo, M, E. (2001). *Evolución histórica de los códigos y procedimiento penal colombiano*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Alcácer, R. (2001). *La Protección del futuro y los daños cumulativos*, Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología. 04-08. (pp. 1-30). Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-08.html 162
- Arias, D, P. (2011). *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales* (Art. 301 CP). Madrid: Editorial Iustel.
- Arias, D.P. (2018). *Contexto, interdisciplinarietà y dogmática penal*. En Liber Amicorum. Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. H.C. Juan M^a Terradillos Basoco. Madrid: Tiran Lo Blanch.
- Bustos, J. (1994). *Principios garantistas del derecho penal y el proceso penal*. *Nuevo Foro Penal*, 12(60), 105-113. Recuperado de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3898>
- Bustos J. (1987). *Los bienes jurídicos colectivos*. En Control Social y Sistema Penal: Barcelona. Publicaciones Universitas S.A.
- Bustos J. (1989) *Manual de derecho penal. Parte especial*. 3ra ed. Barcelona: Editorial Ariel.
- Bustos, J. (2012). *Control social y sistema penal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

- Bustos J, y Hormazábal, H. (1997). *Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. En Lecciones de derecho penal Volumen I. Madrid: Editorial Trotta.
- Cerezo, J. (1975). *Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 28 (2). (pp. 159-172). España: Universidad de Santiago de Compostela.
- Cerezo, J. (2002). *Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo*. En revista De Derecho Penal y Criminología, N° 10. (pp. 47-72).
- Chanjan, R. (2017). *El correcto funcionamiento de la administración pública: fundamento de incriminación de los delitos vinculados a la corrupción pública*. En Derecho Penal Y Criminología, 38(104), (pp. 121-150). Recuperado de <https://doi.org/10.18601/01210483.v38n104.04>
- De Toledo, E. (1980). *La Prevaricación del funcionario público*. Madrid: Editorial Civitas.
- Fernández, J. S. (1999). *Límites materiales de los tipos penales en blanco: una visión garantista*. Nuevo Foro Penal. (pp. 95-124). Recuperado de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3923>
- Ferrajoli, L. (2012). *El principio de lesividad como garantía penal*. Nuevo Foro Penal, 0120-8179, N.º. 79, 2012, (p .100-114)
- Ferrajoli, L. (1995) *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid. Editorial Trotta.
- Ferrajoli, L. (2006) *Garantismo Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gómez Méndez, A y Gómez Pavejeau, C, A, (2008). *Delitos contra la Administración Pública* (3ra ed.). Colombia.: Universidad Externado.
- Gómez, C, A. (2011). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. (5ta ed.) Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Guerra, A. (2019). *El Silencio administrativo y el delito de prevaricación administrativa*. En *Anales de Derecho*, 37(1). Recuperado de <https://doi.org/10.6018/analesderecho.375701>
- Guerra, A. (2020). *El delito de prevaricación administrativa a la luz del Derecho Administrativo*. (Tesis de Doctorado, Universidad de Murcia).
- Hefendehl, R. (2007). *El bien jurídico como eje material de la norma penal, en La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?*, Madrid: Marcial Pons.
- Henao, L. F. (2010). *¿El derecho penal puede y debe transformar radicalmente sus contenidos de protección?* En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 6(2), 501-533. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/302>
- Jakobs, G. (1996). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* Vol. 49 Núm. 3 (pp. 835-874).
- Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Madrid: Marcial Pons.
- Lascuraín, J. (2007). *Bien jurídico y objeto protegible*. En *Anuario de derecho y ciencias penales*, ISSN 0210-3001, Tomo 60, Fasc/Mes 1, 2007, (pp. 119-163).
- Lopera G, P y Arias, D, P. (2010). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Bogotá: Universidad Militar Nueva Granada.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método*. (2da ed.) Buenos Aires, Argentina: Euros Editores S.R.L.
- Mir Puig, S (1991). *Bien Jurídico y Bien Jurídico-Penal como límites del Ius Puniendi*. En *Estudios penales y criminológicos*, XIV, 1991. España: Universidad de Santiago de Compostela.
- Mir Puig, S (2005). *Límites del normativismo*. En *Derecho Penal. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005, núm. 07-18, p. 18:1 -18:24. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>

- Molina, C. M. (2005) *Delitos contra la Administración Pública: conforme con el nuevo código penal*. (4ta ed.). Bogotá: Leyer
- Pérez, O. (2008). *El encubrimiento y su problemática en el Código Penal*. Barcelona: Editorial Atelier.
- Pérez, C. (2012). *Notas sobre el concepto de lesión de bienes jurídicos: en especial, sobre la lesión de bienes jurídicos supraindividuales*. Revista Foro FICP, N.º 2 (2017), (pp. 150-180).
- Pedreira, M, F. (2012). *Prevaricación*. En Revista en Cultura de la Legalidad N.º 1, septiembre 2011 – febrero 2012, (pp. 161-166).
- Rodríguez C. y Ossandón, M. (2005). *Aspectos sistemáticos y político-criminales de la Prevaricación Administrativa*. Chile: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- Rodríguez Collao, L. (2005). *La función pública como objeto de tutela penal*. En Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (pp. 325- 340).
- Roxin, C. (1998). *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2000). *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el proceso penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Roxin, C. (2013). *El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 15-01. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc>
- Soto, S. (2003). *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. España: Editorial Comares.
- Soto, S, (2005). *Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos*. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, t. LVIII, fasc. III, 2005.

Sánchez, E. (2013). *Prevaricación: plus de antijuridicidad*. En Derecho Penal y Criminología, 34(96), 113-143. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/3644>

Sanguino, A. (2008). *Delitos contra la Administración Pública en la Jurisprudencia*. (Edición 2008). Colombia: Librería Jurídica Sánchez R. LTDA

Serrano, A (1997). *Derecho Penal, Parte Especial*. (2da ed.). Madrid: Editorial Dykinson.

Toscano, J, J. (2019). *Aspectos problemáticos en la regulación y aplicación de los delitos de prevaricación judicial*. (Tesis de Doctorado, Universidad Complutense de Madrid).

Uribe S. (2012). *Delitos Contra la Administración Pública*. Colombia: Ediciones UNAULA.

Velásquez J, F. (2013). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. (5ta ed.). Bogotá: Ediciones jurídicas Andrés Morales.

Wilenmann, J. (2011). *La Administración de justicia como un bien jurídico*. En Revista de Derecho (Valparaíso), núm. XXXVI, 2011. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. (pp. 531-573).

Jurisprudencia

Corte Constitucional (28 de abril de 1994) sentencia C-214 de 1994 (MP. Antonio Barrera Carbonell)

Corte Constitucional. (06 de noviembre de 2002) Sentencia C- 948 de 2002. (MP. Álvaro Tafur Galvis)

Corte Constitucional (24 de agosto de 2004) sentencia C-796 de 2004 (MP. Rodrigo Escobar Gil)

Corte Constitucional (23 de agosto de 2006) sentencia C-720 de 2006 (MP. Clara Inés Vargas Hernández)

Corte Constitucional (16 de abril de 2008) sentencia C-335 de 2008 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto)

Corte Constitucional (24 de agosto de 2016) sentencia C-452 de 2016 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva)

Corte Constitucional (28 de enero de 2013) sentencia T-031 de 2013 (MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (21 de octubre de 2009) Sentencia 29655 (MP. Yesid Ramírez Bastidas)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (27 de julio de 2011) Sentencia 35.656 (MP. Augusto J. Ibáñez Guzmán)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (29 de agosto de 2012) Sentencia 35.963. (MP. José Luis Barceló Camacho)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (21 de mayo de 2014) SP6360-42275. (MP. José Luis Barceló Camacho)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (02 julio de 2014) Sentencia SP9087-39.356. (MP. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (23 de octubre de 2014) Sentencia SP14499-39538 (MP. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (25 de noviembre de 2015) Sentencia SP16237-46329 – 47003 (MP. Fernando Alberto Castro Caballero)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (25 de noviembre de 2015) Sentencia SP16247-46688 (MP. José Luis Barceló Camacho)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (10 de agosto de 2016) Sentencia. AP5262 - 42007 (MP. Luis Guillermo Salazar Otero)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (04 de mayo de 2017) Sentencia SP-6125 - 44958 (MP. Eyder Patiño Cabrera)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (28 de febrero de 2018) Sentencia SP484-51501 (MP. Luis Antonio Hernández Barbosa)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (21 de noviembre de 2018) Sentencia 48.541 (MP. José Francisco Acuña Vizcaya)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (16 de mayo de 2018) Sentencia 52.545 (MP. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (11 abril de 2018) Sentencia SP1034-52.026. (MP. Luis Guillermo Salazar Otero)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (27 de febrero de 2019) Sentencia SP580-49.875 (MP. Luis Antonio Hernández Barbosa)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (13 de marzo de 2019) Sentencia SP787-51319 (MP. Eyder Patiño Cabrera)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (03 de abril de 2019) Sentencia AP1261- 53.954 (MP. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (10 abril de 2019) Sentencia AP1326-52706 (MP. José Francisco Acuña Vizcaya)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (18 de junio de 2019) Sentencia SP2226-52.264 (MP. Luis Guillermo Salazar Otero)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (17 de julio de 2019) Sentencia SP2767-54.023 (MP. Luis Guillermo Salazar Otero)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (14 de octubre de 2019) Sentencia SP4036-52.437 (MP. Jaime Humberto Moreno Acero)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (17 de septiembre de 2019) Sentencia SP3812-55519 (MP. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (09 de diciembre 2019) Sentencia SP5421- 50.995
(MP. Eyder Patiño Cabrera)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (4 de marzo de 2020) Sentencia SP710-56.681
(MP. José Francisco Acuña Vizcaya)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (11 de marzo de 2020) Sentencia SP850-54760
(MP. Eugenio Fernández Carlier)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (23 de septiembre de 2020) Sentencia SP3607-
56157 (MP. Eyder Patiño)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (14 de octubre de 2020) Sentencia SP4088-
55.745 (MP. José Francisco Acuña Vizcaya)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (28 de octubre de 2020) Sentencia SP4125-
50048 (MP. Luis Antonio Hernández Barbosa)

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. (21 de abril de 2021) Sentencia AP1499-59.108
(MP. Patricia Salazar Cuéllar)