

LA INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA EN EL DELITO DE
PREVARICATO POR ACCIÓN COMO PRESUPUESTO PARA LA
IMPUTACIÓN Y MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

AMMY CANDELARIA PÉREZ JIMÉNEZ

Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Penal

Asesor: Juan Carlos Álvarez Álvarez

UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PENAL
MEDELLIN
2017

Nota de aceptación

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, 17 de julio de 2017

CONTENIDO

| | |
|--|----|
| INTRODUCCIÓN | 5 |
| 1. MARCO TEÓRICO Y ANALÍTICO | 7 |
| 1.1 ACERCA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA | 7 |
| 1.2. EXCEPCIONES A LA CARGA DE LA PRUEBA | 10 |
| 1.3. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN Y SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO..... | 12 |
| 2. EL DELITO DE PREVARICATO | 19 |
| 2.1. DEFINICIÓN | 19 |
| 2.2. RESEÑA HISTÓRICA | 19 |
| 2.3. BIEN JURÍDICO | 23 |
| 2.4. SUJETOS | 25 |
| 2.5. CONDUCTA | 26 |
| 2.6. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS | 27 |
| 2.7. ASPECTO SUBJETIVO | 29 |
| 2.8. RESULTADO | 30 |
| 2.9. POSIBILIDAD DE QUE CONCURSE CON OTRAS CONDUCTAS | 31 |
| 2.10. POSICIÓN PERSONAL | 32 |
| 2.11. LA CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN | 35 |
| 2.12. QUE DEBE ACREDITARSE COMO INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA EN EL PREVARICATO | 37 |
| 2.13. ANÁLISIS DE SENTENCIAS | 38 |
| 2.13.1. Primer caso: Proceso No. 38.146 del 18 de abril de 2012, M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero | 38 |
| 2.13.1.1. Segundo Caso: Proceso No. 45.981 del 19 de agosto de 2015, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier | 44 |

2.13.1.1.1. Tercer caso: Proceso No. 44.960 del 22 de junio de 2016, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar. 48

CONCLUSIÓN 52

BIBLIOGRAFÍA 54

INTRODUCCIÓN

En la práctica judicial se presentan dificultades al momento de realizar la imputación fáctica y jurídica del delito de prevaricato, en algunos eventos porque si bien se cree estar frente a un supuesto de hecho que encuentra su descripción típica en el artículo 413 del Código Penal, surge una dificultad al momento de establecer la inferencia razonable de autoría o participación requerida por el artículo 287 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), en cuanto a que se requiere un análisis pormenorizado de los elementos normativos que componen el tipo penal, los cuales pueden considerarse complejos y que por la misma razón generan dificultad en el conocimiento y comprensión que de los mismos debe tener el operador jurídico.

Cabe anotar que esta inferencia razonable también se exige a efectos de la imposición de medidas de aseguramiento de acuerdo con el artículo 308 de la ley 906 de 2004.

La necesidad de precisar los requisitos que deben acreditarse para la imputación y la medida de aseguramiento resultan de gran importancia, toda vez que ambas implican la afectación de derechos del ciudadano, y por ello es deber de la Fiscalía General de la Nación que al momento de imputar y solicitar medidas de aseguramiento la solicitud esté debidamente justificada, acreditando esa inferencia razonable.

En el presente trabajo se realizará un estudio acerca de lo que la dogmática penal ha dicho frente al delito de prevaricato por acción, referido principalmente a la normatividad colombiana, concretamente en lo que tiene que ver con el momento de consumación, el bien jurídico, los elementos objetivos de carácter descriptivo y normativo, el dolo, el resultado, tomando como referencia la doctrina colombiana. A partir de este estudio dogmático, se determinará cuáles son los elementos de autoría cuya inferencia debe acreditarse para la imputación y la imposición de medida de aseguramiento conforme a la legislación penal colombiana. Para lograr este objetivo es necesario, previamente, hacer un repaso de los estándares de prueba exigidos para las etapas del proceso penal a las que se ha

hecho referencia, esto es, la formulación de imputación y la imposición de medidas de aseguramiento.

1. MARCO TEÓRICO Y ANALÍTICO

1.1 ACERCA DE LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA

Es importante iniciar este acápite diciendo, que el fin último del proceso penal es la averiguación de la verdad, siendo el procedimiento penal un método regulado jurídicamente de investigación histórica¹ dirigido al logro de dicho objetivo; que se justifica por ser una técnica de minimización de la reacción social frente al delito².

Es así, como el proceso penal puede culminar de diferentes formas, de acuerdo al grado de conocimiento que se tenga, puede llegarse de manera efectiva a la verdad, la cual es definida por Maier, como la representación ideológica correcta de una realidad ontológica³, en este punto, puede indicarse que cuando quien conoce está convencido de haber alcanzado la finalidad del proceso, es decir, la verdad, se puede afirmar que tiene certeza de haberlo hecho. Pero pueden existir situaciones en las que no se alcance la verdad, y es cuando se puede estar frente a un juicio de probabilidad o de duda. El primer caso, se presenta cuando el individuo considera haberse acercado a la verdad sin haberla alcanzado totalmente y, en el segundo, cuando el sujeto reconoce el fracaso en su intento de alcanzar la verdad⁴; por consiguiente, cuando se tiene duda acerca de la hipótesis estudiada, se hace imposible emitir un juicio de certeza, más no de probabilidad, pues en este caso, puede obtenerse un acercamiento a la verdad en mayor o menor medida.

Vendría al caso preguntarse entonces, a que se refiere esa verdad que se busca dentro del proceso penal, consistiendo esta en averiguar si un hecho que presuntamente acaeció en el pasado, efectivamente ocurrió, las circunstancias modales bajo las que se dio y el autor del mismo.

¹ MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Fundamentos* Tomo I, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, p. 841.

² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995, p. 604.

³ MAIER, *Derecho Procesal Penal Fundamentos*, op. cit. p. 841.

⁴ *Ibíd.*, p.842.

En el sistema penal acusatorio, la verdad se obtiene en el libre desarrollo del proceso, de la interacción por parte del ente acusador y la defensa dentro del mismo, el primero de ellos debe sustentar su hipótesis acusatoria y la defensa debe refutarla, esto, pues son titulares de intereses opuestos⁵.

Taruffo establece unas premisas para soportar una decisión justa, ideal, que puedan llevar al conocimiento de la verdad real, no de la verdad formal o procesal⁶, dichas premisas son:

“P1: El mundo externo existe en su materialidad empírica”⁷

“P2: Un enunciado en el cual se dice que un evento del mundo externo se ha verificado de tal y cual manera, es verdadero si aquel evento se ha verificado de tal y cual manera, y es falso en caso contrario”⁸: No obstante, el significado de la premisa, un enunciado puede ser verdadero así su verdad no sea por ahora verificable y puede ser falso, aunque aún no haya sido falsificada, es decir, la verdad no depende de poder ser demostrada en un momento determinado.⁹

“P2 bis: Un enunciado referido a un evento del mundo externo se considera verdadero si existen razones suficientes como justificación de eso que el enunciado dice con relación a dicho evento”¹⁰: En los últimos tiempos han surgido filósofos que han dicho que carece de sentido hablar de la verdad. En el ámbito jurídico la opinión de los desilusionados absolutos consiste en que las verdades absolutas no existen por lo que dentro de un proceso no se puede hablar de verdad; sin embargo, Michael Lynch considera que la verdad es un objeto digno de indagaciones y debe ser perseguida.¹¹

“P3: Existe la posibilidad de descubrir, con métodos adecuados y atendibles, la verdad referida a eventos del mundo externo”¹²: (...) En los contextos de procedimientos

⁵ FERRAJOLI, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal, op. cit.*, p. 610.

⁶ TARUFFO, Michele, “Verdad negociada” en *Revista de Derecho*, No. 1, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2008, p 137.

⁷ *Ibid.*, p. 130.

⁸ *Ibid.*, p. 131.

⁹ *Ibid.* p. 131.

¹⁰ *Ibid.*, p. 132.

¹¹ *Ibid.*, p. 132.

¹² *Ibid.*, p. 133.

cognoscitivos ella se hace objeto de descubrimiento y de averiguación con base a lo dicho, esto implica que los acontecimientos del mundo real pueden ser objeto de conocimiento objetivo y atendible”¹³. En esta premisa, cuando Taruffo habla de ella se está refiriendo a la verdad.

“P4: el proceso es justo si está sistemáticamente orientado hacia la producción de decisiones justas”¹⁴: Esta premisa se refiere a la cláusula del justo proceso; no se debe confundir el término justicia con la aplicación pura y simple de las garantías fundamentales dentro de un proceso, esto, porque un proceso puede ser tramitado con justicia pero la decisión final puede ser injusta por factores diversos, tales como la aplicación o interpretación errónea de la ley por parte del juez entre otras.¹⁵

“P5: Una decisión es justa si se funda sobre una determinación verídica de los hechos relevantes: (...) ninguna decisión puede considerarse justa y legítima si se funda “sobre hechos equivocados”¹⁶.

Las anteriores premisas sirven para establecer la posibilidad de que se pueda llegar a obtener la verdad real¹⁷; sin embargo, Taruffo ha dicho que dentro del proceso solo es posible hablar de verdad relativa, porque la misma se funda en las pruebas obtenidas al interior del proceso, depende de lo que se logre probar en el curso del mismo.¹⁸

De igual forma, dentro del proceso investigativo en el que se busca obtener la verdad, se despliegan una serie de actividades de carácter probatorio con este fin, se incorporan al proceso los elementos de prueba, es decir, los datos, rastros o señales que conducen directa o indirectamente al conocimiento cierto o probable del hecho; estos elementos de prueba se introducen a través de los medios de prueba, que consisten en las diversas declaraciones, testimonios, dictámenes periciales y documentos aportados en el curso del proceso.

¹³ *Ibid.*, p. 133.

¹⁴ *Ibid.*, p. 135.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 6 y 135.

¹⁶ *Ibid.*, p. 136.

¹⁷ *Ibid.*, p. 137.

¹⁸ TARUFFO, Michele, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en *Jueces para la Democracia información y debate*, No. 59, Madrid, 2007, p. 74.

Se desprende de lo expuesto, que la actividad probatoria consta de tres etapas, la primera consiste en la recolección y producción de la prueba, la segunda, en la introducción de las mismas al proceso y la tercera en la valoración probatoria, la cual va a llevar al operador jurídico al convencimiento o no de la hipótesis que la parte que aduce la prueba pretende probar.

En este punto se hace necesario indicar que dentro de un proceso, cada parte debe probar lo que alega. En este sentido, Nieva Fenoll se refiere a lo establecido en el Código Civil francés, en su artículo 1.315 que dice que “el que reclama el cumplimiento de una obligación debe probarla. Recíprocamente el que pretende liberarse debe acreditar el pago o el hecho que produce la extinción de su obligación”¹⁹. Sin embargo, existen excepciones a dicha regla, pudiendo suceder que opere una inversión de la carga de la prueba y sea a la parte contraria a quien le corresponda probar lo que la contraparte alega.

1.2. EXCEPCIONES A LA CARGA DE LA PRUEBA

El mismo autor trae dos aspectos que son considerados como excepciones a la carga de la prueba y que de esa forma ha sido establecido en Alemania, estos son denominados “prueba de la apariencia” y, “aligeramiento de la prueba”, que se presentan cuando en un supuesto de hecho la parte carece de la prueba suficiente para probarlo, dando la jurisprudencia por probado el hecho a través del aligeramiento de la prueba, la cual a su vez sustenta la prueba de la apariencia, pues el hecho es probado con un mínimo material probatorio además de la apariencia, dando lugar a un fallo favorable a la parte, pues su pretensión es considerada justa.²⁰

La inversión de la carga de la prueba y el aligeramiento de la prueba se diferencian, en que mientras en la primera se invierte la obligación de probar el hecho alegado, en la segunda esta obligación subsiste en quien lo pretende alegar, pero se refiere es a un tema de

¹⁹ NIEVA FENOLL, Jordi, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión” en *Justicia revista de Derecho Procesal*, No. 3, 4, Barcelona, Bosch Editor, 2011, p.100.

²⁰ *Ibíd.*, p.104.

valoración de la prueba²¹, donde se da por probada una hipótesis con simples indicios que soportan la apariencia del hecho.

El derecho español contempla lo que denomina la disponibilidad y facilidad probatoria, que tiene que ver con el acceso que tienen las partes a la prueba; aquella parte que tenga mayor facilidad de acceso a ese medio probatorio deberá aportarlo al proceso²²; esta institución en última instancia es la que soporta la teoría de la inversión de la carga de la prueba.²³

Se desprende de lo hasta aquí dicho, que pueden concurrir diversas situaciones en el proceso de introducción y valoración probatoria por parte del operador judicial, es así como en principio, la parte interesada presenta los elementos probatorios que pretende hacer valer y que considera sustentan su pretensión, sin embargo, se presentarán eventos en que dicha parte no tenga acceso a dichos elementos de prueba y, es ahí donde en algunas legislaciones se autoriza que sea la contraparte quien aporte la prueba requerida por su opositor, operando de esta manera una inversión en la carga de la prueba. Así mismo, en el caso de que la prueba aportada sea mínima, no sea tan sólida o sea solo indiciaria, pero la apariencia de la situación haga ver que esta es de tal o cual manera, se aplicará la figura del aligeramiento de la prueba y se dará por probado el hecho que se pretende probar.

De acuerdo con lo anterior, se tiene entonces que, en el desarrollo del proceso penal, se va dando la construcción de la verdad a través de la actividad probatoria ya reseñada, por consiguiente, a medida que avanza el proceso, la duda acerca de la ocurrencia del hecho y la responsabilidad del procesado debe ir despejándose²⁴, dando paso a la verdad ya sea en grado de certeza o probabilidad.²⁵

²¹ *Ibíd.*, p. 104.

²² *Ibíd.*, p. 108.

²³ *Ibíd.*, p. 111.

²⁴ SUÁREZ, José Leonardo “Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable”, en *Revista Principia Iuris*, No. 16, Tunja, Universidad Santo Tomás, julio-diciembre 2011, p. 310.

²⁵ Frente al tema de la carga dinámica de la prueba, la jurisprudencia penal Colombiana se ha pronunciado entre otros, en los siguientes procesos: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, procesos No. 49.622 del 22 de febrero de 2017, MP Fernando Alberto Castro Caballero; 40.120 del 18 de enero de 2017, MP Patricia Salazar Cuellar; 47.802 del 25 de mayo de 2016, MP Fernando Alberto Castro Caballero; 39.419 del 08 de septiembre de 2015, MP José Leonidas Bustos Martínez; 45.699 del 05 de agosto de 2015, MP

1.3. LOS ESTÁNDARES DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO EN LAS AUDIENCIAS PRELIMINARES DE FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN Y SOLICITUD DE MEDIDA DE ASEGURAMIENTO

Los estándares de prueba se aplican en el curso de todos los procesos, sin embargo, estos son diferentes en el proceso civil y en el penal, ya que mientras en el primero, para decidir o dictar sentencia se requiere de la probabilidad prevalente²⁶, en Colombia, aunque no hay norma expresa, es el estándar que se aplica por los jueces-; en el segundo, se habla de la prueba más allá de cualquier duda razonable²⁷ para efectos de soportar una sentencia de condena.

Se tiene entonces que el Código de Procedimiento Penal Colombiano (ley 906 de 2004), establece una serie de requisitos o criterios que deben tenerse en cuenta en las audiencias que conforman cada etapa procesal, para que la Fiscalía pueda realizar las solicitudes del caso y, el Juez pueda adoptar las decisiones pertinentes. Es así como en las audiencias preliminares, en las cuales se incluye la formulación de imputación, se requiere la inferencia razonable de autoría o participación como fundamento de la petición específica de la correspondiente audiencia; en la audiencia de Formulación de acusación, debe existir una probabilidad de verdad respecto a la realización del hecho delictuoso y la responsabilidad penal del implicado y, para emitir una sentencia de carácter condenatorio, se requiere el conocimiento más allá de toda duda razonable²⁸.

Obsérvese que para los casos específicos de la Formulación de Imputación y la Medida de Aseguramiento, la ley 906 de 2004, establece en sus artículos 287 y 308 respectivamente, como requisito para su procedencia, que de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se infiera que el procesado es autor o partícipe

Eyder Patiño Cabrera; 45.310 del 25 de marzo de 2015, MP Fernando Alberto Castro Caballero; 42.516 del 02 de abril de 2014, MP Eyder Patiño Cabrera; 39.291 del 18 de diciembre de 2013, MP Eyder Patiño Cabrera. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)

²⁶ TARUFFO, Michele “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” en *Jueces para la Democracia información y debate*, No. 52, Madrid, 2005, p. 68.

²⁷ *Ibid.*, p. 71.

²⁸ SUÁREZ, “Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable”, *op. cit.* p. 310 - 311.

del delito investigado, debiéndose realizar un análisis, en primer lugar por parte de la Fiscalía y ya en la respectiva audiencia por parte del Juez de control de garantías, con el fin de verificar que de los medios de conocimiento recaudados se pueda inferir razonablemente la autoría respecto a una conducta penal con un mínimo en todas sus categorías²⁹, es decir, de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, obviamente sin que sea necesario que tal inferencia tenga la fuerza suficiente para soportar una sentencia, que como ya se dijo, requiere que el juez, en el caso de condena, tenga conocimiento más allá de duda razonable, de “los hechos y circunstancias materia del juicio y de la responsabilidad del acusado, como autor o partícipe.”³⁰

La inferencia razonable implica la realización de una operación lógica inductiva, que puede presentarse a través del silogismo, manifestándose el primero de ellos a través de una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión³¹.

De lo anterior se deduce que la inferencia es la conclusión, es lo que resulta luego de realizar el análisis lógico inductivo de las premisas planteadas. Este concepto va ligado de manera necesaria con la noción de razonabilidad, la cual hace referencia a la construcción que desde la lógica se realiza de esa inferencia, en los términos del artículo 287 y 308 de la ley 906 de 2004.

A pesar de que algunos tratadistas consideran que la inferencia razonable no es un estándar de prueba sino un criterio de valoración, en el presente trabajo nos inclinamos por la primera posición, para esto, adoptamos el concepto que de los estándares de prueba ofrece Gascón Abellán, cuando dice que “*son los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho, o sea, los criterios que indican cuando está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe*”³².

²⁹ SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo, *Responsabilidad Penal y detención Preventiva*, Barranquilla, universidad del Norte, 2013, p. 83.

³⁰ Véase art. 372 de la Ley 906 de 2004.

³¹ SUÁREZ, “Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable”, *op. cit.* p. 314.

³² GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *DOXA Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 28, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 129.

Esta definición abarca el concepto que de inferencia razonable se ha planteado en el presente escrito, ya que esta es la que permite establecer que se cuenta con medios cognoscitivos suficientes para afirmar que una persona es la probable autora o partícipe de un hecho delictivo. En este punto la certeza solo podría predicarse de la ocurrencia de la hipótesis delictiva, más no de la autoría o participación, ya que como se dijo, en este aspecto el juicio a realizar sería de probabilidad, la cual se justifica en los denominados argumentos de la confirmación, que son los que permiten indicar si una hipótesis está confirmada y en qué grado, estos consisten en el fundamento cognoscitivo de las leyes causales que conectan las pruebas con la hipótesis, y pueden tener un fundamento científico, en la experiencia o en simples prejuicios. En segundo lugar, encontramos el grado de certeza de las pruebas que la confirman, esto, pues no es lo mismo la confirmación de una prueba a través de un dictamen de ADN, que a través de un testimonio; en tercer lugar, el número de pasos inferenciales que separan a las pruebas de las hipótesis, es distinto cuando una hipótesis es confirmada por una prueba directa que por una prueba circunstancial y, por último, la variedad de pruebas, es diferente cuando una hipótesis es confirmada por la concurrencia de prueba testimonial, pericial o indiciaria, que por una sola de ellas³³.

En la actualidad el concepto de estándares de prueba es plenamente aplicable en nuestra legislación, tal y como lo dijimos con anterioridad, la ley 906 de 2004 distingue grados de conocimiento de acuerdo a las diferentes etapas procesales, es distinto lo que se debe probar en sede de audiencias preliminares, que para formular acusación o emitir una sentencia condenatoria, siendo más exigente el estándar de prueba a medida que avanza el proceso penal, pues se requiere más precisión frente a la valoración de la probabilidad de verdad.

Hay un aspecto muy importante que vale la pena resaltar y, es que se hace necesario tener en cuenta que en el curso de todo proceso se debe atender al principio de la presunción de inocencia, sin que sea una excepción para las audiencias preliminares de formulación de

³³ *Ibid.*, p. 138.

imputación y solicitud de medida de aseguramiento; es así, como el Juez de control de garantías debe actuar conforme a la presunción de inocencia como un principio orientador de su actividad, al momento de realizar el análisis lógico inductivo que lo va a llevar a determinar la inferencia lógica razonable de autoría o participación del presuntamente implicado en el delito que le atribuye el ente acusador.

Es así, como en las audiencias preliminares se debe luchar contra lo que Nieva Fenoll denomina el prejuicio social de la culpabilidad, que se define como tener a una persona que es señalada de ser sospechosa dentro de un proceso penal, como culpable desde el principio, pues a los seres humanos nos resulta más fácil creer en las cosas negativas que se pregonan de las personas y tenerlas como culpables cuando son simplemente sospechosas³⁴ y los jueces no son la excepción, razón por la que se torna aún más importante la aplicación del principio de la presunción de inocencia.

Obsérvese como dentro de la fase de instrucción, se puede presentar la vulneración a este principio por parte de la policía judicial o investigadores encargados de realizar directamente el recaudo probatorio, esto pues solo pueden realizar su trabajo violando este principio³⁵, no queriendo decir que su función va dirigida a vulnerar los derechos de los investigados, sino porque su labor va encaminada a recoger elementos materiales probatorios tendientes a probar la ocurrencia de una hipótesis delictiva y la autoría o participación de determinado sujeto en la misma, razón por la que no pueden ver en el procesado a una persona inocente, sino al objeto de la persecución penal.

En el caso de la Fiscalía, si bien se le exige que debe adelantar el ejercicio de su función bajo el manto de la imparcialidad, se entiende que de alguna manera el rol que desempeña como ente acusador lo condiciona a adoptar una actitud parcializada dentro de la investigación, lo cual no puede constituir un obstáculo para que dado el caso, deba reconocer la inocencia del investigado, y prueba de ello es lo dispuesto en el artículo 250

³⁴ NIEVA FENOLL, Jordi, “La razón de ser de la presunción de inocencia” en *InDret revista para el análisis del derecho*, No. 1, Barcelona, 2016, p. 5 y 6.

³⁵ *Ibid.*, p. 8.

del Constitución Nacional, que estatuye que la Fiscalía está obligada a investigar también lo favorable al imputado.

Por último, el trabajo de los jueces se centra en valorar los elementos materiales probatorios o evidencia física que ingresen al proceso en cada una de sus etapas y, formarse un criterio objetivo frente a la ocurrencia del hecho y en la fase de formulación de imputación y de solicitud de medida de aseguramiento, frente a la existencia o no de una inferencia lógica razonable de autoría o participación del indiciado en la conducta que se investiga³⁶.

De otro lado, debe destacarse el papel del Juez al momento de la producción y valoración de la prueba; ello debido a que existen sistemas penales en los cuales dicho funcionario tiene la facultad de decretar pruebas de oficio, las cuales se introducirán al proceso en beneficio de una u otra parte, lo que se podría traducir en la atribución de funciones de instrucción que podrían afectar la imparcialidad del funcionario judicial, así como su independencia, porque al momento de valorar las pruebas introducidas de oficio por él al proceso lo hará parcialmente³⁷; sin embargo, en el sistema penal Colombiano, esta práctica está prohibida, pues tratándose de un sistema rogado, son las partes las que tienen la facultad de solicitar la práctica de las pruebas que quieran hacer valer en el juicio. En el caso de las audiencias de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, es la Fiscalía quien realiza el recaudo probatorio inicial con el fin de endilgarle al indiciado una conducta punible determinada, correspondiéndole al Juez verificar que esos elementos materiales probatorios sustenten la inferencia razonable de autoría y participación del individuo en la comisión del tipo penal que se le enrostra.

La Corte Constitucional se pronunció frente al tipo de modelo penal que rige en nuestro país, indicando claramente que se trata de un sistema con tendencia acusatoria, que se caracteriza por:

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, *sentencia No. 24.469 de 2008*, M.P. María del Rosario González de Lemos. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)

³⁷ TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, No. 29, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 269.

“(i) Separación categórica en las etapas de investigación y juzgamiento. Como consecuencia de ello, desaparece la instrucción como fase de la instancia procesal encomendada al juez y se convierte en una etapa de preparación para el juicio. De esta forma, al juez penal se le encomienda el control de las garantías legales y constitucionales y el juzgamiento mediante el debido proceso oral (...), (ii) El rol del juez en el sistema penal acusatorio está centrado en el control de los actos en los que se requiera ejercicio de la potestad jurisdiccional o que impliquen restricción de derechos o calificación jurídica de los hechos. Así, el control judicial no sólo debe concretarse en el cumplimiento formal de los requisitos sino en la efectividad de los derechos sustanciales en juego, (iii) La actuación judicial solamente procede a petición de parte. Así, de acuerdo con el artículo 250 de la Constitución, el ejercicio de la acción penal está a cargo de la Fiscalía, quien puede solicitar al juez de control de garantías las medidas necesarias para asegurar la comparecencia de los imputados, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad. Esa misma autoridad tiene a su cargo la presentación del escrito de acusación ante el juez de conocimiento, la solicitud de la preclusión de las investigaciones y las medidas necesarias para la protección de las víctimas (250- 4, 5, 6 y 7), (iv) El proceso penal es, por regla general, oral, contradictorio, concentrado y público, (v) Es posible que el proceso penal no se inicie o se termine pese a la certeza de la ocurrencia de un delito porque existió aplicación del principio de oportunidad o porque hubo acuerdo entre las partes. Por regla general, en los casos de terminación anticipada del proceso, existirá control judicial material y formal de la decisión adoptada, (vi) las funciones judiciales del control de garantías y de conocimiento suponen la clara distinción de dos roles para los jueces penales. El primero, el que tiene a su cargo la protección de las garantías y libertades individuales en las etapas preliminares a la imputación y, el segundo, el juez que tiene la responsabilidad de llevar adelante el juicio penal con todas las garantías procesales y sustanciales propias del debido proceso.”³⁸

³⁸ Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-396 de 2007*, MP Marco Gerardo Monroy Cabra

De lo anterior se colige que todo proceso judicial va encaminado a la búsqueda de la verdad, en el caso concreto del proceso penal, este se encuentra dividido en etapas, cada una de las cuales comporta una exigencia distinta en cuanto a lo que se debe probar, y en qué grado. Para el caso de las audiencias de formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, es claro que no hay que probar la responsabilidad de quien se investiga, lo que hay que probar es que el indiciado es el probable autor o partícipe de la conducta, esta inferencia lógica razonable se extrae de la valoración de los elementos materiales probatorios y/o evidencia física que se haya recolectado, lo que implica que el operador jurídico debe realizar un juicio valorativo frente a los elementos recaudados hasta ese momento de la actuación, para verificar que puedan soportar la imputación a una persona en términos de autoría o participación, por haber cometido una conducta descrita en nuestro ordenamiento jurídico como delito.

De otro lado, para imponer una medida de aseguramiento, además de la ya mencionada inferencia lógica de autoría o participación, se deben cumplir otros requisitos contemplados en el artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, lo cual significa que la simple inferencia no es suficiente para sustentar la imposición de una medida de aseguramiento de las previstas en el artículo 307 de la normatividad citada. Sin embargo, es un requisito necesario para el efecto, el cual aunado a una de las situaciones descritas en la norma citada, dará lugar a la imposición de alguna de las medidas de aseguramiento que trae nuestro ordenamiento jurídico.

El estándar probatorio de la inferencia razonable se concreta en el juicio lógico inductivo que debe realizar el operador jurídico, llámese fiscal o juez, a partir de los elementos materiales probatorios que reposen en la actuación y de los cuales se pueda extraer como conclusión que el sujeto que funge como indiciado, es el probable autor o partícipe del delito. Esta inferencia debe darse en grado de probabilidad y, debe estar libre de prejuicios de carácter personal o social; en esta etapa del proceso como en las subsiguientes se debe obrar conforme al principio de la presunción de inocencia, el cual va ligado de forma

(www.corteconstitucional.gov.co) (23.06.2017)

directa con el concepto de imparcialidad, que radica en la obligación que tienen de observar también lo favorable al procesado y reconocer si en un momento dado, la investigación adelantada arrojó a una conclusión diferente a la hipótesis inicial por existir duda frente a la hipótesis acusatoria.

2. EL DELITO DE PREVARICATO

2.1. DEFINICIÓN

El diccionario de la Real Academia Española define la Prevaricación como “*f. Der. Delito consistente en dictar a sabiendas una resolución injusta una autoridad, un juez o un funcionario*”³⁹.

2.2. RESEÑA HISTÓRICA

Molina Arrubla, se refiere al delito de prevaricato, realizando inicialmente unas consideraciones frente a la legislación comparada, refiriéndose a lo dispuesto al respecto en la normatividad italiana, española y argentina, para luego realizar un recuento histórico del delito en nuestra legislación.

Explica que en el Código Penal Italiano de 1930 no se hizo ninguna previsión normativa frente al Prevaricato, es decir, la normatividad italiana no contempla dicho comportamiento delictual⁴⁰.

En lo atinente a la legislación española, el Código Penal contenido en la ley orgánica No. 8 de 1983, anteriormente vigente en ese país, contemplaba en el capítulo I del Título VII,

³⁹ *Diccionario de la lengua española, real academia española*, 22ª edición, Bogotá, Ed. Espasa, p.1242.

⁴⁰ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos Contra la Administración Pública*, 4ª edición, Bogotá, editorial Leyer, 2003, p. 391.

artículos 351 a 361, la reglamentación del delito de Prevaricato, estatuyendo que este podía ser cometido por los jueces, por los abogados y por los procuradores. En relación con los jueces, se diferenciaban varias hipótesis en relación con la emisión de una providencia “manifiestamente injusta”, distinguiendo dos situaciones, una que la providencia sea en contra o a favor del reo, y la otra, que se trate de una causa criminal; en este aspecto se contemplan tres variantes adicionales, la primera, que la sentencia manifiestamente injusta se hubiere dictado “por negligencia o ignorancia inexcusables”, la segunda, que propone la graduación de la pena, si la providencia con contenido injusto se trata de un auto, y la tercera y última, se concebía la pena para el juez que se negare a juzgar bajo el pretexto de oscuridad, insuficiencia o silencio de la ley, así como para el juez culpable del retardo malicioso de la administración de justicia.⁴¹

En lo referente al prevaricato cometido por los funcionarios públicos en general, diferenciaba dos situaciones, la primera, que el funcionario dictase resolución manifiestamente injusta en asunto administrativo, sancionándose con la misma pena el que lo hiciera a sabiendas o el que lo hiciera por negligencia o ignorancia inexcusables, y la segunda, que el funcionario dejara maliciosamente de promover la persecución o castigo a los delincuentes, faltando a la obligación a su cargo⁴².

También contemplaba la citada legislación española, la prevaricación de los abogados y procuradores en dos hipótesis, la primera de ellas, por haber perjudicado al cliente o descubierto sus secretos, habiendo tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de su profesión, por abuso malicioso de su oficio, o por negligencia o ignorancia inexcusables, o por haber representado a una de las partes en el litigio y luego, sin su consentimiento, procediera a representar a la parte contraria en el mismo litigio⁴³.

⁴¹ *Ibid.*, p. 393.

⁴² *Ibid.*, p. 393.

⁴³ *Ibid.*, p. 393.

De otro lado, el Código Penal Español contenido en la ley orgánica No. 10 de 1995, reglamentó el delito de Prevaricato en dos segmentos, en los delitos contra la Administración Pública, contemplados en el capítulo I del Título XIX, se reglamentó la prevaricación de los funcionarios públicos, mientras que en el capítulo I del Título XX relativo a los delitos contra la Administración de Justicia se introdujo la reglamentación para la prevaricación de los jueces y se eliminó la alusión del delito de prevaricato por parte de abogados o procuradores, quedando en esencia lo demás como estaba en la legislación anterior, aquí reseñada⁴⁴.

En la legislación argentina, se contempla el delito de Prevaricato en el capítulo X del Título XI, artículos 269 a 272, delitos contra la Administración Pública, aludiendo no solamente a las conductas realizadas por el juez o el fiscal, sino también por parte de los árbitros, los amigables componedores, los abogados, mandatarios judiciales y demás funcionarios encargados de emitir su dictamen ante las autoridades. En relación con los jueces se presenta en dos hipótesis, la primera, cuando se decreta una detención preventiva por delito en el cual no proceda esta o cuando se prolongue indebidamente la privación de la libertad del procesado y, la segunda, cuando se dicten resoluciones contrarias a la ley; en el capítulo XI del mismo título, el legislador adiciona lo aquí descrito, acogiendo en gran medida los postulados de la legislación española, en el sentido de que sanciona la denegación y retardo de justicia⁴⁵.

En cuanto a los abogados o procuradores judiciales, se propone la sanción cuando representen o defiendan partes contrarias en el mismo proceso, de manera simultánea o sucesiva y cuando perjudiquen de cualquier modo la causa que se le hubiere confiado⁴⁶.

Pasando a la evolución normativa del delito de Prevaricato en la legislación colombiana, Molina Arrubla explica que el Código Penal de 1890, en el capítulo VI del Título X

⁴⁴ *Ibid.*, p. 394.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 395-396.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 396.

establecía los Delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus funciones, y de particulares relacionados con el ejercicio de dichas funciones, donde se entremezclaban delitos contra la Administración Pública y delitos contra la Administración de Justicia, contemplando sanciones para hipótesis comportamentales sumamente dispares, mezclando situaciones que iban desde lo administrativo hasta lo disciplinario y que actualmente caben dentro de lo que actualmente conocemos como abuso de autoridad.⁴⁷

En el Código Penal de 1936, el delito de prevaricato por acción estaba contemplado en la primera parte del artículo 168⁴⁸, en la segunda parte del mismo se establecía el Prevaricato por omisión y el artículo 169⁴⁹ reglamentaba el Prevaricato por asesoramiento ilegal. En cuanto a los elementos objetivos de la estructura, además de contrario a la ley, la sentencia, resolución o dictamen debía ser “expresa o manifiestamente injustos” y que a tal forma de conducta se llegase por “simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros”, esto derivaba en la inaplicabilidad del tipo penal en la práctica. En lo que tiene que ver con los elementos subjetivos, se presentó una discusión en la doctrina frente a lo que el legislador había querido decir con la expresión “a sabiendas”, acerca de si era la representación del dolo o si era un elemento dentro de la descripción típica de la figura, concluyéndose que en el delito que nos ocupa, debe suceder que el funcionario se apartó de la ley porque así lo quiso y no por simple error⁵⁰.

En el Código Penal de 1980, explica también Molina Arrubla, se consagró el prevaricato por Acción (art. 149), se eliminó el elemento “a sabiendas”, también la referencia a la simpatía o la animadversión como elementos fundantes de la conducta prevaricadora, al

⁴⁷ *Ibid.*, p. 396 - 397.

⁴⁸ Artículo 168.-El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios 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. Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de dos a ocho años de presidio.

⁴⁹ Artículo 169.-Los funcionarios de que trata el artículo anterior que, por iguales móviles y en perjuicio de terceros, asesoren o patrocinen a las personas que ante ellos litiguen o gestionen, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

⁵⁰ MOLINA ARRUBLA, *Delitos Contra la Administración Pública*, *op. cit.*, pp. 398-399.

concepto, a los proyectos, ponencias o contenidos de los fallos y se mantuvo el prevaricato por asesoramiento ilegal (art. 151).⁵¹

Por su lado, el Código penal de 2000 suprimió el prevaricato por asesoramiento ilegal, manteniendo el prevaricato por acción. En lo referente a esta conducta, no solo se presenta por el proferimiento de una resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, sino que fue incluido “el concepto”, en virtud de lo cual pueden ser sujetos activos de esta conducta punible, todos los servidores públicos que rinden conceptos jurídicos a instancias de la administración⁵².

Por último, señala Molina Arrubla, que en la normatividad del 2000, se introdujo una circunstancia específica de agravación, cuando la conducta se realice en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos⁵³.

2.3. BIEN JURÍDICO

De acuerdo con la opinión de Molina Arrubla, el objeto jurídico del delito es la rectitud y probidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones y el objeto material es el acto proferido por parte del servidor público, porque sobre el recae la conducta desplegada por el agente⁵⁴.

⁵¹ *Ibid.*, p. 403.

⁵² *Ibid.*, p. 404.

⁵³ *Ibid.*, p. 405.

⁵⁴ *Ibid.*, pp. 411-412.

Uribe García aduce, que el objeto jurídico del Prevaricato es la legalidad, por lo que se quiere que los servidores públicos en sus actuaciones o decisiones no se aparten de manera grosera de la ley.⁵⁵

Por su lado, Castro Cuenca, inicia hablando de la independencia judicial, la cual no es una prerrogativa del administrador sino una garantía del administrado, por la cual el ciudadano tiene la seguridad de que el juez está protegido por la ley de influencias indebidas y ajenas al derecho aplicable en el caso concreto⁵⁶.

En cuanto al bien jurídico, afirma Castro Cuenca, que en el delito de Prevaricato se protege la Administración de Justicia como manifestación de la función pública; existen valores tales como la dignidad, el prestigio, el buen proveer, la legalidad, la imparcialidad y la confianza en las decisiones judiciales y administrativas, los que se protegen ante las infracciones manifiestamente contrarias a la ley, la afectación de cualquiera de ellos implica la configuración de la conducta, siempre que sea resultado de una grosera contradicción entre la providencia proferida y la norma aplicable.⁵⁷

En términos de Peña Ossa, el objeto jurídico del delito se concreta en el interés general en que la actividad de los servidores de la administración pública, cuando profieran resoluciones, dictámenes o conceptos, esté sujeta al imperio de la ley.⁵⁸

Por último, Alfonso Gómez Méndez y Carlos Arturo Gómez Pavajeau, frente al delito bajo estudio, indican que se presenta cuando un servidor público emite un acto ilegal, en cuanto

⁵⁵ URIBE GARCÍA, Saúl, *Delitos Contra la Administración Pública*, Medellín, Ediciones UNAULA, 2012, p. 282.

⁵⁶ CASTRO CUENCA, Carlos G., *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis S.A, 2011. p. 352.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 354.

⁵⁸ PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, *Delitos Contra la Administración Pública estudio Histórico y Dogmático*, 2ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, p. 233.

al bien jurídico dicen que es el interés del Estado y la sociedad que el desempeño de la autoridad sea conforme a la Ley y al Derecho.⁵⁹

2.4. SUJETOS

Molina Arrubla se refiere de manera particular al tipo de Prevaricato por acción, indicando que se encuentra reglado en el artículo 413⁶⁰ del Código Penal, teniendo como elementos genéricos del tipo, que en cuanto al sujeto se trata de una conducta que requiere sujeto activo calificado, cual es el servidor público⁶¹; en lo que se refiere al sujeto pasivo es la Administración Pública.⁶²

Uribe García, manifestó frente a las características del delito que aquí nos ocupa, que el sujeto activo es un servidor público.⁶³

Se refiere a las decisiones adoptadas por los jueces de paz, y afirma que no es factible que a través de sus decisiones se incurra en la conducta punible de Prevaricato, porque las decisiones que emiten son con base en la equidad, escapan al ámbito de lo jurídico, por lo que no existe la posibilidad de confrontar jurídicamente la decisión en derecho con el derecho aplicado.⁶⁴

⁵⁹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos Contra la Administración Pública*, 3ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 465.

⁶⁰ ARTICULO 413. PREVARICATO POR ACCION. <<Penas aumentadas por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a partir del 1o. de enero de 2005. El texto con las penas aumentadas es el siguiente:>> 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 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.

⁶¹ Ver artículo 20 de la Ley 599 de 2000, el cual define lo que a efectos de la ley penal debe entenderse como servidor público: ARTÍCULO 20. SERVIDORES PUBLICOS. 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.

⁶² MOLINA ARRUBLA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., pp. 406-411.

⁶³ URIBE GARCÍA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 275.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 280.

En el caso de los árbitros, estos solo pueden incurrir en el delito de Prevaricato, cuando el laudo arbitral se fundamente en el derecho positivo vigente, es decir, cuando el arbitraje es en derecho, y no cuando es en equidad o técnico.⁶⁵

En cuanto al sujeto pasivo, manifiesta que es el Estado, la víctima no puede ser sujeto pasivo, pero sí un perjudicado, pudiendo adquirir el reconocimiento como víctima en el proceso penal, aclarando que la Corte Suprema de Justicia en auto 34787 del 15 de septiembre de 2010, con ponencia del Magistrado Alfredo Gómez Quintero, afirmó que cuando en un delito de Prevaricato un particular se viere afectado, se tendría como un perjudicado por una conducta que se derivó de la acción que pudo afectar otro bien jurídico, más no víctima directa del Prevaricato.⁶⁶

2.5. CONDUCTA

Molina Arrubla indica que la conducta consiste en proferir el acto contrario a la ley.⁶⁷ Por su parte, Uribe García afirma que el servidor público tiene que proferir resolución, dictamen, o concepto manifiestamente contrario a la ley, en ejercicio de sus funciones, porque de otra manera no tendría competencia y por lo tanto su conducta se adecuaría a la de abuso de función pública⁶⁸.

Castro Cuenca indica, que en este caso se trata de un tipo penal de mera conducta y de peligro abstracto; el sujeto activo es el servidor público y, al igual que Uribe García, considera que la conducta consiste en *proferir*. Se profiere la providencia contraria a la ley cuando el funcionario emite la decisión, es decir, en el momento en que lo suscribe si es por escrito, o en que lo transmite si se realiza de manera verbal, proferir se identifica con el momento en que el acto nace a la vida jurídica, entendiéndose de esta manera consumado el

⁶⁵ *Ibid.*, p. 281.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 281- 282.

⁶⁷ MOLINA ARRUBLA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 441.

⁶⁸ URIBE GARCÍA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 275.

delito, por tratarse de un punible de mera conducta, sin que sea relevante que el acto se encuentre ejecutoriado o que cause un resultado dañoso⁶⁹.

Por su lado, Peña Ossa afirma que desde la expedición del Código Penal de 1936, en Colombia se redujo al Prevaricato en sentido estricto, es decir, aquel cuya acción consiste en dictar un acto contrario a la ley; el objetivo de la acción no se reduce solamente al término resolución, sino también al dictamen y al concepto.⁷⁰ La acción típica consiste en proferir resolución, dictamen o concepto, indicando el sentido práctico material, que solo existen a partir del momento en que son notificados o conocidos por las partes, así sea uno solo de ellos.⁷¹

La conducta, de acuerdo a Gómez Méndez y Gómez Pavajeau, consiste en conceptuar ilegalmente, proferir el dictamen o la resolución ilegal.⁷²

2.6. ELEMENTOS DESCRIPTIVOS Y NORMATIVOS

Molina Arrubla afirma que es necesario que al acto observe una de tres presentaciones externas, cuales son la resolución el dictamen o el concepto.⁷³ Aclara que el término resolución abarca distintos tipos de providencias emitidas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, tanto judiciales como administrativas, tales como las sentencias, las resoluciones administrativas y los autos. La providencia contraria a la ley puede ser verbal o escrita y no tiene que estar ejecutoriada para la configuración de punible en comento⁷⁴.

En lo que tiene que ver con el elemento “manifiestamente contrario a la ley”, para efectos del delito de Prevaricato, debe entenderse que incluye no solamente aquellas normas

⁶⁹ CASTRO CUENCA, *Manual de Derecho Penal*, op. cit., pp. 355-359.

⁷⁰ PEÑA OSSA, *Delitos Contra la Administración Pública estudio Histórico y Dogmático*, op. cit., p. 232.

⁷¹ *Ibid.*, p. 237.

⁷² GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 469.

⁷³ Molina Arrubla, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 412.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 412-422.

jurídicas que han sido aprobadas por el Congreso de la República, previo el trámite del proceso legislativo (ley en sentido formal), sino también aquellas de carácter general y abstracto que han sido promulgadas por la autoridad competente (ley en sentido material), así como los decretos de carácter y contenido general y abstracto que en ejercicio de sus funciones constitucionales llegare a expedir el Presidente de la República.⁷⁵

Uribe García señala que el objeto material es la resolución, dictamen o concepto. Coincide con Carlos Mario Molina Arrubla, en cuanto a lo que comprende el término “resolución”; en lo referente al dictamen, dice que se emite acerca de conocimientos científicos, técnicos o artísticos⁷⁶.

En cuanto al elemento “manifiestamente contrario a la ley”, no basta con la simple contrariedad de la ley esta tiene que ser manifiesta, en lo atinente al concepto de ley, esta debe entenderse en sentido formal y material.⁷⁷

En lo referente a la definición del término resolución, coincide Peña Ossa con lo que al respecto conceptuaron Carlos Mario Molina Arrubla y Saúl Uribe García, en cuanto al dictamen consiste en un juicio o examen que sobre aspectos técnicos, contables, artísticos, etc., emite un perito, y el concepto es el criterio manifestado por ciertas corporaciones, tales como la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio Público.⁷⁸

En lo relativo al elemento “manifiestamente”, dice que es el más alto grado de contrariedad entre la determinación judicial y las normas jurídicas aplicables al caso⁷⁹.

En lo que alude a los términos resolución, dictamen o concepto, coinciden Gómez Méndez y Gómez Pavajeau de manera íntegra con lo esbozado por los demás doctrinantes citados al

⁷⁵ *Ibid.* p. 423.

⁷⁶ URIBE GARCÍA, *Delitos Contra la Administración Pública, op. cit.*, p. 282.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 292.

⁷⁸ PEÑA OSSA, *Delitos Contra la Administración Pública estudio Histórico y Dogmático, op. cit.*, p. 234.

⁷⁹ *Ibid.*, p 237.

respecto; sin embargo, en lo que tiene que ver con el tipo de delito, difiere de lo hasta aquí escrito, pues considera que el Prevaricato es un delito de resultado, pues requiere la producción de una resolución, dictamen o un concepto manifiestamente contrarios a la ley, admitiendo el dolo eventual en la configuración de la conducta.⁸⁰

2.7. ASPECTO SUBJETIVO

Molina Arrubla citando a Sebastián Soler, aduce que por manifiestamente contrario a la ley se entiende no solo la disparidad entre el derecho declarado y el derecho objetivo, sino entre el derecho declarado y el derecho conocido, no siendo suficiente con demostrar la incorrección jurídica de la sentencia, sino la incorrección moral del juez⁸¹. Este elemento contempla unos requisitos:

1. La conducta debe ser dolosa, la violación de la ley debe ser intencional, el sujeto debe saber que obra en contra de lo que la ley manda, el prevaricato culposo es inadmisibles, en primer lugar, porque los tipos culposos o preterintencionales, deben tener expresa consagración en la ley y en este caso eso no sucede, además, no se puede prevaricar por ignorancia, descuido o negligencia⁸².
2. No se cercena la posibilidad de que el funcionario practique su propia interpretación de la ley. En este punto debe aclararse, que el hecho de que una providencia sea revocada en segunda instancia no implica que el *a quo* haya incurrido en el delito de prevaricato, ya que los funcionarios tienen la facultad de interpretar la ley, solo una decisión de protuberante ilegalidad, asumen la categoría de Prevaricato⁸³.
3. Por manifiestamente contrario a la ley, se entiende aquello que palmariamente, protuberante, grosero, aparece como contrario a la ley⁸⁴.

⁸⁰ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 489 - 490.

⁸¹ MOLINA ARRUBLA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 428 – 429.

⁸² *Ibid.*, pp. 429-433.

⁸³ *Ibid.*, pp. 434-439.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 440-441.

Castro Cuenca se refiere a este punto, diciendo que no toda contradicción entre la decisión y la norma es ilícita, esta debe ser grosera, evidente, palmaria e incuestionable, hace referencia a los orígenes de la conducta, afirmando que se puede dar por la aplicación de normas que no están destinadas a darle solución al caso concreto, porque la interpretación dada a las normas fue tan extravagante que dio lugar a que el operador estuviera creando una nueva norma, o porque la valoración de los hechos y de las pruebas fue tan deficiente que pareciera que se estuviera refiriendo a otra hipótesis diferentes al caso bajo análisis. No configura el tipo penal cualquier error en que incurra el funcionario, sino que se requiere la existencia de una contradicción ostensible, para que la conducta sea culpable, se requiere que el acto haya sido determinado por el ánimo consiente y voluntario de violar la ley, con independencia del motivo que lo impulsó.⁸⁵

Ha dicho Peña Ossa, que el sujeto activo de la conducta es el servidor público, coincidiendo en este aspecto con los autores ya citados, sin embargo, aclara que no solo el funcionario judicial puede ser sujeto activo del Prevaricato, también lo puede ser cualquier otro que tenga entre sus atribuciones las de proferir resoluciones, dictámenes o conceptos; el sujeto pasivo es el Estado.⁸⁶

2.8. RESULTADO

Carlos Mario Molina Arrubla considera que es viable desde el punto de vista jurídico, que se presente la tentativa en la conducta punible bajo estudio, y cita el ejemplo mencionado por Gómez Méndez, al decir que se presenta cuando tratándose de una Corporación, el ponente o sustanciador presenta un proyecto de resolución manifiestamente contrario a la ley.⁸⁷

Por su parte, Peña Ossa, ha indicado que el momento consumativo del delito, de acuerdo con este autor, se presenta cuando tenga realización el acto procesal, sin que pueda operar

⁸⁵ CASTRO CUENCA, *Manual de Derecho Penal*, op. cit. pp. 360-364.

⁸⁶ PEÑA OSSA, *Delitos Contra la Administración Pública estudio Histórico y Dogmático*, op. cit., p. 236.

⁸⁷ MOLINA ARRUBLA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., p. 441.

la tentativa, pues antes de ese momento no tienen un comienzo de vida jurídica, pues se trata de un delito de ejecución instantánea⁸⁸, admitiendo solamente la forma dolosa⁸⁹.

Así mismo, Gómez Méndez y Gómez Pavajeau aducen que el delito se consuma cuando la resolución o el dictamen se firman, es decir, cuando se perfeccionan desde el punto de vista formal.⁹⁰ Consideran que el ilícito se consuma con la producción del acto antijurídico y no con su notificación, compartiendo la viabilidad de que se presente la tentativa.⁹¹

2.9. POSIBILIDAD DE QUE CONCURSE CON OTRAS CONDUCTAS

Una cuestión importante que se presenta al momento de estudiar el Prevaricato es si concurra con otros tipos penales, en primer lugar, con el delito de abuso de autoridad, a lo que Molina Arrubla afirma que lo que se presenta entre estas dos figuras delictuales es un concurso aparente de tipos penales, en tanto se trate de una sola conducta con un solo resultado fenoménico; en este caso, mientras el abuso de autoridad sería el género, el Prevaricato es la especie. La diferencia entre estos dos delitos puede ser cuantitativa o cualitativa, la primera de ellas consiste en que en el Prevaricato se exige una abierta y ostensible contradicción entre el contenido del acto proferido y el mandato legal, mientras que en el abuso de autoridad el acto proferido además de ilegal debe ser injusto. La diferencia cualitativa radica en que mientras que en el abuso de autoridad el acto puede revestir cualquier forma jurídica externa, en el Prevaricato por acción tiene que asumir la forma de un dictamen, concepto o resolución, de tal forma, que los únicos servidores públicos que pueden incurrir en Prevaricato son aquellos que cuentan con la misión de expedir dichas providencias.⁹²

⁸⁸ PEÑA OSSA, *Delitos Contra la Administración Pública estudio Histórico y Dogmático*, op. cit., p. 240.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 244.

⁹⁰ GÓMEZ MÉNDEZ Y GÓMEZ PAVAJEAU, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit. pp. 468 – 469.

⁹¹ *Ibid.*, p. 495.

⁹² MOLINA ARRUBLA, *Delitos Contra la Administración Pública*, op. cit., pp. 442 – 443.

En segundo lugar, se tiene que frente al delito de Abuso de Función Pública, en el delito de Prevaricato se emite un pronunciamiento específico contrario a la ley, es proferido u omitido en razón de las funciones del servidor, y en el abuso de función pública, el servidor público de manera abusiva realiza una función oficial que legalmente no le corresponde.⁹³

Por último, se refiere Molina Arrubla al concurso homogéneo en este delito, cuando el funcionario en una misma providencia, emite varias decisiones que de manera independiente constituirían Prevaricato, refiriéndose a una sentencia de segunda instancia de la Corte Suprema de Justicia, calendada el 14 de febrero de 1984, con ponencia de Alfonso Reyes Echandía, en la que se indica que no es dable sostener que incurre en tantos prevaricatos cuantas veces se haya contrariado el ordenamiento jurídico en una misma resolución o dictamen, el concurso solo se presentará, cuando al mismo funcionario le sean imputables varias providencias calificadas de ilegales⁹⁴.

2.10. POSICIÓN PERSONAL

Adviértase entonces que el delito en cuestión, comporta unos elementos en lo que se refiere al lenguaje usado para su redacción, algunos de estos son de carácter descriptivo y otros de tipo normativo; es así como el verbo rector “proferir”, se constituye en el elemento descriptivo del tipo penal en comento, debido a que dicho término no requiere de una valoración especial por parte del operador judicial, porque el uso que se le da a esa palabra en la norma es perfectamente entendible con la simple lectura. Así mismo, como elementos normativos, tenemos la “resolución”, “dictamen” o “concepto”, “manifiestamente contrario a la ley”, puesto que dichos términos requieren una especial valoración por parte del operador jurídico, que además, existirán oportunidades en que requerirá remitirse a algún texto legal o jurisprudencial para su entendimiento y posterior aplicación.

⁹³ *Ibid.*, pp. 445 - 446.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 446-447.

El elemento cognitivo del dolo en el prevaricato por acción, se concreta en el conocimiento que tiene el sujeto activo de lo que está realizando, es decir, es cuando tiene pleno conocimiento de lo que está haciendo, en el caso concreto, que está profiriendo una resolución, dictamen o concepto contrario a la ley y, aun así dirige su voluntad a tal fin, concretándose de esta forma el segundo elemento del dolo, cual es el elemento volitivo.

Para evitar incurrir en el tipo penal que nos ocupa, los funcionarios públicos deben cumplir con unas obligaciones, que se traducen en términos muy generales en apearse a la ley al momento de ejercer su función, en este punto, la argumentación se constituye en un aspecto fundamental al momento de proferir una providencia judicial, pues esta se va a erigir en el soporte de la decisión judicial, es la forma como el funcionario va a justificar su decisión, es por esto que es obligatorio que motive las decisiones que adopta, porque el destinatario de un fallo de carácter penal siempre va a exigir una justificación a la misma, bien lo ha dicho Ibáñez, que la bondad de la decisión penal debe ser puesta de presente frente al emisor de la misma⁹⁵.

Téngase en cuenta como la arbitrariedad es uno de los aspectos que se controlan al exigir la motivación de las decisiones judiciales, pues estas ya no podrán obedecer al arbitrio del juez o de quien las profiera, sino al ejercicio de motivación que se debe realizar al momento de emitirla.

En síntesis, el delito de prevaricato por acción requiere un sujeto activo calificado, cual es el servidor público, además, este debe proferir una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, entendiéndose que al hablar de resolución, se encuentran inmersas allí las providencias tanto de carácter administrativo como judicial, es decir, sentencias y autos, los cuales pueden ser interlocutorios o de sustanciación; un ejemplo de estos últimos es cuando se fija fecha para la realización de una audiencia por fuera del término exigido por la ley para su realización.

⁹⁵ IBAÑEZ, Perfecto Andrés, “Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)”, en *Jueces para la democracia información y debate*, No. 88, Madrid, 2017, p. 102.

De igual forma, puede afirmarse que nos encontramos frente a un delito de mera conducta, es así, como en el prevaricato por acción, basta con proferir la resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, para que se configure la conducta, sin que sea necesario que cause un resultado dañoso separable espacio-temporalmente de la acción, aunque en algunas ocasiones este se produzca. Este proferimiento puede darse por escrito o de manera verbal. En este punto es importante resaltar, que para que la providencia contraria a la ley pueda ser objeto de prevaricato, esta debe haber nacido a la vida jurídica, es así como no se comparte el argumento sostenido por algunos autores, en el sentido de que este delito admite la tentativa, ya que una vez la providencia nace a la vida jurídica, el delito se encontraría consumado, por lo que la tentativa no tendría cabida.

En cuanto al bien jurídico protegido, considero que es la legalidad con la que deben actuar todos los servidores públicos al momento de ejercer las funciones del cargo que le es propio a cada uno de ellos, no es la Administración Pública como equivocadamente se ha dicho, pues esta, en si misma, no se constituye en un valor especialmente protegido por el ordenamiento jurídico, como si lo es el correcto funcionamiento de la misma; esta se manifiesta en un conjunto de organismos, funcionarios y empleados, que dirigen su gestión a administrar algún asunto del Estado, que para nuestro caso sería el ejercicio o impartición de la justicia. Lo que sí es claro es que este bien jurídico se concreta en el interés general, coincidiendo en este aspecto con lo manifestado por Reyes Alvarado⁹⁶, en el entendido de que las actuaciones realizadas por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, deben enmarcarse dentro del ámbito de la rectitud y la probidad, y las providencias deben encontrarse ajustadas a la ley y al derecho en general; esto atendiendo a que los servidores públicos son agentes del Estado, que ejercen sus funciones como una forma de ejercicio del poder estatal y que este siempre va dirigido a satisfacer los intereses de la comunidad en general; sin embargo, en muchas oportunidades, a través de las conductas prevaricadoras se afectan intereses particulares, por lo que puede catalogarse, en estos eventos específicos, como un delito pluriofensivo.

⁹⁶ REYES ALVARADO, Yesid, “Bien jurídico prevaricato y abuso de autoridad”, en *Revista Derecho Penal*, No. 3, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2003, p. 2.

2.11. LA CORRUPCIÓN COMO ELEMENTO SUBJETIVO ADICIONAL PARA LA CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE PREVARICATO POR ACCIÓN

En lo que se refiere a los elementos normativos del tipo penal de Prevaricato, se pronunció la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia 46.688 del 25 de noviembre de 2015, con ponencia del Honorable Magistrado José Luis Barceló Camacho, indicando que el tipo objetivo del delito de Prevaricato por acción requiere de un sujeto activo calificado, al exigirse que sea un servidor público, con el verbo rector “proferir”, y con los siguientes ingredientes normativos: i) la existencia de un dictamen, resolución o concepto, ii) que debe ser manifiestamente contrario a la ley. El sujeto pasivo es el Estado.⁹⁷

En cuanto al elemento subjetivo, está compuesto por el actuar mal intencionado o malicioso del servidor público de apartarse de su deber funcional, no siendo suficiente la sola constatación de la contrariedad de la decisión con una disposición normativa, sino que debe probarse que el funcionario obró determinado o con la finalidad de favorecer indebidamente intereses propios o ajenos, lo cual se traduce en la realización de actos de corrupción⁹⁸; sin que se pueda configurar cuando la conducta sea producto del error, la ignorancia o la negligencia del sujeto.⁹⁹

Esta posición ya había sido expuesta por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP14499-2014, radicación N° 39538 del 23 de octubre de 2014, siendo el Magistrado ponente el doctor Eugenio Fernández Carlier, en la cual refiriéndose a la inviolabilidad e intangibilidad de las decisiones judiciales, plantea que “*i) cubre exclusivamente 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 respecto de los hechos, las pruebas y los fundamentos jurídicos, no ampara responsabilidades diferentes, ii) no constituye inmunidad para la impunidad por actos delincuenciales cometidos en las condiciones explicadas, iii) no excluye los controles por*

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, *Sentencia radicado 46688 de 2015*, MP José Luis Barceló Camacho, p. 60. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (15.09.2016)

⁹⁸ *Ibid.*, p. 82, 83,

⁹⁹ *Ibid.*, p. 61.

*mecanismos jurídicos y judiciales establecidos (acciones de revisión o de tutela) y iv) el amparo estará dado siempre que no obedezcan a un acto comprobado e indiscutible de corrupción...”.*¹⁰⁰

Es claro entonces que la Corte Suprema de Justicia incluyó un nuevo elemento al tipo penal del prevaricato por acción, el cual debe ser debidamente demostrado dentro de la actuación penal, modificando de esta forma la estructura tradicional del delito en comento, esto, pues de acuerdo a lo aquí expuesto, a partir del Código penal de 1980, se eliminó de la descripción típica del Prevaricato, la alusión a cualquier tipo de motivación que tendría que tener el sujeto activo de la conducta al momento de realizarla.

En la actualidad es así, pues si se observa el tenor literal del artículo 413 de la ley 599 de 2000, no se observa dentro de la estructura propia del Prevaricato, ninguna referencia a algún elemento subjetivo adicional al dolo; sin embargo, es indiscutible que la Corte Suprema de Justicia como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, restringió el ámbito de aplicación del citado tipo penal, limitando su imputación a aquellos eventos en que la comisión del punible se haya realizado con fines de corrupción.

Frente al concepto de actos de corrupción a que se refieren las sentencias enunciadas, en el lenguaje común y corriente se entenderían como aquellos que realiza un funcionario que tiene en sus manos la posibilidad de decidir acerca de un asunto en concreto y aprovechándose de su posición privilegiada saca ventaja para obtener un provecho indebido, ya sea para sí mismo o para un tercero¹⁰¹.

Es menester poner de presente, el disenso de quien escribe estas líneas con la interpretación realizada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en los dos pronunciamientos aludidos, pues tal y como se venía interpretando de años atrás, pueden existir otro sinnúmero de razones

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, *Sentencia SP14499-2014 de 2014*, MP Eugenio Fernández Carlier. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (15.06.2016)

¹⁰¹Ibíd. p. 134

que motiven a un servidor público a apartarse de la legalidad con la que debe actuar en el ejercicio de sus funciones para que profiera una providencia, llámese resolución, dictamen o concepto, contraria a la ley, estas razones pueden obedecer a situaciones de animadversión motivadas por razones discriminatorias de carácter racial, social, de orientación sexual, o por una venganza personal; sin necesidad de que haya de por medio un ánimo corrupto. Es así como una providencia contraria a la ley, emitida bajo algunos de los motivos aquí enunciados, tiene la misma facultad de violentar el bien jurídico de la legalidad que debe recubrir toda decisión judicial o administrativa, a que si se hubiera emitido para realizar un acto de corrupción¹⁰².

De otro lado, es importante distinguir entre la contrariedad de la resolución, dictamen o concepto objeto del delito, con las normas legales en términos generales, de la contrariedad que se presenta cuando la violación de la norma se da en el ámbito probatorio, es decir, cuando un servidor público desconoce una disposición normativa que de manera general le dice como se debe valorar una prueba dentro de una actuación; esto ocurre cuando la valoración del elemento de prueba se realiza de manera sesgada, es decir, no se le da el valor probatorio que amerita, amañada, o sea se valora según el capricho del funcionario con el fin de darle un alcance diferente al debido o simplemente cuando se omite valorar un elemento material probatorio, también cuando se deja de valorar la prueba en su conjunto, lo cual daría lugar a que la decisión que se fundamenta con la prueba que se valoró de forma incorrecta sea arbitraria.

2.12. QUE DEBE ACREDITARSE COMO INFERENCIA RAZONABLE DE AUTORÍA EN EL PREVARICATO

Una vez establecido el concepto del estándar probatorio denominado *inferencia razonable* e identificados los elementos que deben concurrir para que se configure el delito de prevaricato, se pasará a exponer cuales son los aspectos que deben acreditarse para

¹⁰² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y RAMÍREZ JARAMILLO, Santiago, “¿independencia judicial por fuera de la ley? comentarios a la reciente jurisprudencia sobre prevaricación judicial en Colombia” en *Jueces para la democracia información y debate*, No. 88, Madrid, 2017, p. 139.

demostrar que a afectos de la imputación del delito de prevaricato existe inferencia razonable de la autoría respecto del mismo.

De acuerdo a lo expuesto, la fiscalía deberá acreditar en la audiencia de formulación de imputación por el delito de Prevaricato por acción lo siguiente: 1) La existencia del dictamen, resolución o concepto, emitido de manera verbal o por escrito, 2) la calidad de servidor público de quien profirió el dictamen, la resolución o el concepto, 3) la competencia del servidor público para proferir el dictamen, la resolución o el concepto, 4) la contrariedad manifiesta con la ley, del dictamen, la resolución o el concepto objeto del delito, 5) la existencia y vigencia de la norma o las normas conculcadas al momento de la comisión de la conducta y, 6) un mínimo probatorio que permita inferir la participación del indiciado en la conducta a título de autor o partícipe, este último aspecto en los términos del artículo 287 de la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

2.13. ANÁLISIS DE SENTENCIAS

A continuación, se reseñarán tres ejemplos de sentencias emanadas de la honorable Corte Suprema de Justicia, donde se analizará el manejo que se le dio al delito que aquí nos ocupa.

2.13.1. Primer caso: Proceso No. 38.146 del 18 de abril de 2012, M.P. Dr. Fernando Alberto Castro Caballero.

- Hechos: Fueron narrados en la citada providencia de la siguiente manera:

“Tuvieron ocurrencia entre los meses de noviembre y diciembre del año 2007 en el Circuito de Puerto Boyacá –anexo por jurisdicción a Caldas – cuando quiera que y una vez fuera denunciado el joven JMCR por el delito de pornografía con menor, donde figuraba como ofendida la menor EBMU al saberse que aquel iba a ser privado de la libertad, por órdenes de la fiscalía primera seccional, se presentaron conversaciones entre el hermano del indiciado señor JACN y el fiscal local CAFV, - sabido la amistad que les

unía en atención a que en el despacho del referido servidor público que era la Fiscalía Segunda Local, ya se habían tramitado asuntos penales en los que se cuestionaba su comportamiento, lo que motivó una amistad y un trato preferencial entre estos – solicitándole el primero de los mencionados, que le ayudara a salir del problema a su hermano, oportunidad en que el referido operador jurídico le hizo saber que estaría en condiciones de prestarle toda la colaboración del caso, y que sería su asesor en la sombra, siempre que le fuera facilitada una suma de dinero que se pactó en un millón doscientos mil pesos , metal (sic) que finalmente y atendiendo su pedido le fuera entregado por JMCR a su hermano JAC para que a su vez se le facilitara al operador jurídico en el mes de noviembre de 2007.

Ya en el mes de diciembre del mismo año cuando JMCR, fue efectivamente privado de su libertad en razón a este hecho y a pedido de la Fiscalía Primera Seccional, el citado FV en asocio de otras personas dentro de los que se contaba el asistente de la Fiscalía Primera Seccional de Puerto Boyacá, señor FGP, hicieron presencia y frecuentaron por varias oportunidades el lugar de trabajo y la residencia de la familia CR, contactándose con el padre del detenido para hacerle saber que en verdad estaban dispuestos a realizar todas las gestiones que estuvieran a su alcance a efecto de buscar la libertad del inculcado, logrando que MCJ en esta oportunidad, y a través de G, se desprendiera de la suma de dos millones quinientos mil pesos que le fueron entregados a éste, para y finalmente aprovechando la ausencia del titular de la Fiscalía Primera Seccional de Puerto Boyacá, donde se encontraba radicado el asunto penal y aprovechando también que FV, de tiempo atrás sabía que el viernes 28 de diciembre de 2007 iniciaría turno de disponibilidad, que asumiría el conocimiento del asunto que involucraba a JMCR, para facilitar de esa forma un requerimiento de revocatoria de medida de aseguramiento que se pactó previamente sería presentado en esa fecha por el abogado de CR Dr. RARC, pero ante el Juzgado de Garantías de La Dorada, pues se sabía que por ese fin de año y fin de semana y por disposición de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura esa sería la autoridad competente para resolver todos los temas de competencia de los Jueces Constitucionales; situación que sería aprovechada entre otros por el Fiscal FV, para en actuación revestida de aparente legalidad, coadyuvar el pedimento revocatorio que llevaba

*implícita la libertad del reo, adverbando que no se opondría al pedimento de la defensa, igualmente que el abogado que representaba los intereses de CR, para evitar que se les negara el requerimiento judicial, presentaría elementos materiales probatorios representados fundamentalmente en declaraciones extrajuicio de varias menores e incluso de la propia ofendida a través de los cuales se planearía que los argumentos de la Fiscalía para mantener vigente la medida de aseguramiento de detención preventiva sin derecho de excarcelación de la cual era objeto JMCR, habían cambiado diametralmente; se pactó también que allí no asistirían las abogadas representantes de la víctima para que no se opusieran al pedimento, por lo que se sugirió a los padres de la víctima le revocaran el poder a aquellas; igualmente se acordó que tampoco asistiría el detenido JMCR quien se encontraba privado de la libertad en la cárcel de Puerto Boyacá, porque (sic) su traslado de ese sitio a La Dorada, podría frustrar la audiencia que se realizaría ese fin de semana en La Dorada, para lo cual se le haría suscribir un documento donde el (sic) manifestaba su deseo de no concurrir a tal pacto procesal, lo que evidentemente aconteció, proceder que en últimas garantizaría el éxito de lo prometido por la fiscalía a la familia de CR, y sobre todo la libertad de JMCR. Libertad que evidentemente obtuvo ese 28 de diciembre del año 2007”.*¹⁰³

- Actuación procesal y decisión de primera instancia:

El 24 de noviembre del año 2011 se llevó a cabo diligencia de preacuerdo, entre la Fiscalía y el imputado FV, en la cual éste aceptó cargos por los delitos de concusión (2) en concurso con el delito de abuso de función pública, pactándose una pena definitiva de cincuenta y cinco (55) meses y quince (15) días de prisión y multa por valor de \$ 21.685.000.¹⁰⁴

El fallador de primera instancia improbió el preacuerdo suscrito por las partes, por considerar que los elementos probatorios allegados permiten tipificar en mejor forma el

¹⁰³ Corte Suprema de Justicia, *proceso No. 38.146 de 2012*, MP Fernando Alberto Castro Caballero, pp. 2 – 4. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (09.06.2017)

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 6,7.

delito de prevaricato y no el de abuso de función pública, en tanto aparece verificada la condición de servidor público de FV, y que, en dicha actuación procesal, esto es, ante el Juez Cuarto Promiscuo Municipal de La Dorada, emitió concepto manifiestamente contrario a la ley al coadyuvar la petición de revocatoria formulada por la defensa del procesado CR. Insiste el Tribunal en que no puede pasarse por alto que todo obedecía a un plan previamente concebido entre el procesado CR, su defensor RARC, el asistente de la Fiscalía Primera Seccional de Puerto Boyacá FAG, y el Fiscal FV, en el que éste último se comprometió a apoyar la liberación del procesado no oponiéndose a la solicitud de revocatoria de la medida de aseguramiento que le había sido impuesta, petición esta que de conformidad con el plan elaborado era manifiestamente ilegal y basada en pruebas falsas.¹⁰⁵

- Postura de la Corte suprema de Justicia

“...El imputado FV, incurrió en una usurpación de funciones, abusando de su condición de servidor como Fiscal Local, y asumiendo sin competencia alguna, las de un Fiscal Seccional, se materializa de esa forma el artículo 428 del código de las penas.

Le asiste razón al Tribunal de primer grado, cuando reclama la materialización del delito de prevaricato, merced a los conceptos emitidos en la audiencia pública por el Fiscal FV, los cuales resultaron manifiestamente contrarios a derecho. Y, es que, contrariamente a lo argumentado por el Fiscal delegado ante el Tribunal, al intervenir en la audiencia, avalando la petición de la defensa, el Fiscal procesado FV, emitió un concepto o dictamen, objeto material sobre el cual recae el delito de prevaricato por acción. Argumentar que los Fiscales excepcionalmente emiten resoluciones, pero nunca conceptos o dictámenes, comportaría dejar impune cualquier actuación contraria a derecho en que pudiesen incurrir los Fiscales cuando actúan ante los Jueces de la República, soslayando la preceptiva del artículo 6 de la Carta, de donde deriva la responsabilidad de todo servidor público. El delito de prevaricato, como de vieja data se tiene dicho, comporta una traición

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 8.

a la función pública encomendada, “en cuanto el empleado oficial que así obra, sustituye la voluntad de la ley para anteponer la propia, en favorecimiento o perjuicio de otro o por simple arbitrariedad”¹⁰⁶. En esa línea se comporta el imputado FV.

(...)

6. Debe precisarse que, la prevaricación no subsume como lo postula el Tribunal al delito de abuso de función pública, por ser este un tipo subsidiario, por cuanto no es el punible de que trata el artículo 428 del código penal, de carácter subsidiario, cuya realización deviene, como se tiene entendido, de la no configuración de otra conducta, que es la característica de esta clase de punibles; sino que, por el contrario, bien pueden concurrir los dos delitos, aunque en las más de las ocasiones, la mayor riqueza descriptiva del prevaricato arrastre en su tipicidad al abuso de función pública, como también lo ha admitido la Corte¹⁰⁷. Pero, para el sub iudice, más allá de la solución de un concurso aparente o efectivo de normas, el punto del concurso debió ser objeto de un expreso y aclarativo consenso en el acta de preacuerdo, de manera que, pudo haberse transigido como lo permite la ley, la más favorable adecuación típica del hecho, calificándolo como abuso de función pública y no como prevaricato. Lo que evidentemente no se hizo, pues en tal evento esa calificación más benigna del hecho sería la única compensación por la aceptación de cargos, y aquí se está otorgando como beneficio único la rebaja del 50% de la pena imponible.”¹⁰⁸

La segunda instancia confirmó la decisión del A quo, en el sentido de improbar el preacuerdo.

- **Comentarios:**

Obsérvese como en la providencia en comento, se vislumbra que el fiscal local CAFV, emitió un concepto de manera verbal en una audiencia de solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento, el cual resultó ser contrario a la ley, por basarse en

¹⁰⁶ Auto 23 julio de 1986 M.P. G. Gómez Velásquez

¹⁰⁷ Rad. 16626 29 enero 2004.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 19 – 20 y 26 – 27.

consideraciones falsas, amañadas, tendientes a favorecer al detenido CR, las cuales obedecían al cumplimiento de un acuerdo previo con familiares del mismo, el cual se logró a cambio de dinero.

En cuanto al segundo requisito es indudable que FV en su calidad de fiscal local es un servidor público; lo que se cuestiona en este ejemplo sería la competencia para emitir ese concepto, pues es claro que no era el competente para comparecer a dicha audiencia ya que se encontraba cubriendo un turno de disponibilidad, dentro del que solo podía asistir a las audiencias programadas en virtud a las solicitudes recibidas dentro de ese turno, por ejemplo, por situaciones que comportaran la captura de alguna persona, siendo claro que quien debía comparecer a dicha audiencia era el fiscal que tenía a su cargo la investigación de dicho proceso; de esta manera, no se debió imputar el delito de Prevaricato por acción, sino el de abuso de función pública, puesto que FV no contaba con competencia para comparecer a esa precisa audiencia de control de garantías de revocatoria de medida de aseguramiento y actuar dentro de la misma como lo hizo, no solo limitándose a coadyuvar la solicitud impetrada por la defensa, sino presentando una argumentación superior a la mostrada por la misma, lo que denotaba el interés indebido que tenía en que a CR se le otorgara la libertad, motivado por el dinero que a cambio recibió.

En el asunto bajo examen, la inferencia razonable debía referirse al ejercicio del cargo o de la función, lo que en este caso no se acreditó, y si bien surge evidente la contrariedad del concepto emitido por el procesado con la ley, debido a la existencia de un plan criminal para que el indiciado dentro de aquella causa quedara libre, también se observa el abuso del cargo en el cual incurrió FV al realizar unas funciones públicas que no le eran propias, conducta que se adecúa al tipo penal de abuso de función pública.

Se denota de la lectura de la sentencia, que el análisis realizado por el juez de primera instancia fue equivocado, le faltó más rigurosidad al momento de estudiar los términos del preacuerdo en cuanto a la imputación que realizara la fiscalía, para darse cuenta que no se vislumbraban en su totalidad los elementos normativos del tipo penal de Prevaricato por acción.

213.1.1. Segundo Caso: Proceso No. 45.981 del 19 de agosto de 2015, M.P. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

- Hechos: Fueron narrados en la sentencia reseñada de la siguiente forma:

“En diciembre de 2004, BERV, en condición de directora del Departamento Administrativo de Gestión del Medio Ambiente – DAGMA – de la ciudad de Cali, compró, por razones ambientales, el predio denominado “El Rubí”, ubicado en el parque natural Los Farallones de ese municipio, por \$2.414.566.266.00, aun cuando el valor que debió pagarse era 32 veces inferior.

El sobrecosto se ocasionó porque en el avalúo, que fue efectuado por una entidad privada y no por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, se tuvo en consideración el precio del bosque que existía en ese terreno, el cual no debió incluirse porque era propiedad del Estado y, por lo tanto, no era necesaria su adquisición.

Además de lo anterior, RV suscribió el contrato de promesa de compraventa, que finalmente terminó con la enajenación del predio, antes de remitirlo a la Oficina Jurídica de la entidad a su cargo para la respectiva revisión.

La investigación iniciada por esos hechos, con ocasión de la denuncia presentada el 17 de febrero de 2005 por un ciudadano, correspondió a la Fiscalía 92 Seccional de la Unidad de Delitos contra la Administración Pública de Cali, de la cual era titular JMC, quien el 6 de marzo de 2008, luego de agotadas las pesquisas correspondientes, decretó el cierre de la instrucción.

Mediante resolución de agosto 4 de 2008, se encargó como titular del despacho, desde la fecha y hasta el día 31 de ese mes y año, a JLÁA, que el 28 de agosto profirió la decisión por medio de la cual resolvió precluir la actuación seguida contra RV por los

supuestos delitos de peculado por apropiación y celebración de contrato sin cumplimiento de los requisitos legales.

Esa providencia fue apelada por el denunciante y revocada por la Fiscalía 8° Delegada ante el Tribunal Superior de Cali el 30 de marzo de 2009, en decisión en la que se acusó a la nombrada como autora de las conductas punibles aludidas.”¹⁰⁹

- Actuación procesal y decisión de primera instancia

A JLAA le abrieron indagación penal debido a la decisión adoptada como fiscal encargado, de precluir la actuación en contra de RV, no obstante, la Fiscalía pidió, en audiencia celebrada el 23 de octubre de 2014 ante una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali, la preclusión de la investigación seguida en su contra, con fundamento en la causal definida en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004.¹¹⁰

La primera instancia decidió no precluir la investigación.

Indico el ponente frente a lo resuelto en la primera instancia:

“Aunque la Fiscalía reclamó la preclusión de la investigación con fundamento en la supuesta atipicidad subjetiva de la conducta investigada, el Tribunal denegó dicha pretensión con soporte en consideraciones vinculadas con el aspecto puramente objetivo de la misma.

En efecto, las apreciaciones del a quo sobre la configuración de la causal invocada estuvieron referidas exclusivamente a la contrariedad entre la resolución proferida por ÁA

¹⁰⁹ Corte suprema de justicia, *Proceso No. 45.891 de 2015*, MP Eugenio Fernández Carlier, pp. 2 - 3. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (09.06.2017)

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 5.

y el ordenamiento jurídico, pero nada consideró esa Corporación sobre el aspecto subjetivo de su conducta, que es precisamente lo que la Fiscalía reclama.

Ese análisis resulta equivocado, pues el examen de tipicidad subjetiva sólo procede luego de que se ha verificado que la conducta se subsume objetivamente en una descripción típica.”¹¹¹

- Postura de la Corte Suprema de Justicia

Como fallador de segunda instancia, la honorable Corte suprema de justicia consideró:

“En efecto, la resolución de preclusión proferida por AA fue revocada por la segunda instancia, que decidió por el contrario llevar a RV a juicio, no como consecuencia de su abierta contradicción con el derecho aplicable, ni en razón a que hubiera apreciado de modo groseramente equivocado la prueba, sino en virtud de una interpretación distinta del caso concreto; misma que se impuso finalmente, en razón del rol funcional que legalmente corresponde al superior jerárquico, pero que en modo alguno permite afirmar que el criterio exteriorizado por el instructor de primera instancia fuera prevaricador”.¹¹²

(...)

“Nótese, pues, que tanto AA como el instructor de segunda instancia aludieron a las mismas situaciones de hecho, examinaron iguales elementos de juicio y refirieron incluso similares leyes y decretos; cosa distinta es que uno y otro les hayan dado significados y alcances distintos, lo que escapa de lejos al juicio de responsabilidad penal, en el que no se examina el acierto de las decisiones censuradas, sino su manifiesta ilegalidad.”¹¹³.

(...)

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 13 -14.

¹¹² *Ibid.*, p. 15.

¹¹³ *Ibid.*, p. 18.

“Si la voluntad del nombrado era pervertir el ordenamiento jurídico, imponer su arbitrio sobre la Ley, actuar ilícitamente, ningún sentido tendría que se sometiera al escrutinio de sus colegas, menos aún, que permitiera la revisión del proyecto de providencia por parte de uno de ellos a efectos de recibir sugerencias sobre el contenido de la misma, lo cual revela, por el contrario, la intención inequívoca de acertar, de adoptar una decisión justa y ceñida a derecho.

Ello niega necesariamente la tipicidad subjetiva de la conducta, como quiera que ésta sólo se verifica, se insiste, al estar demostrado «que hubo una actitud consciente y deliberada de contradecir de manera rampante y ostensible el texto legal... el afán de hacer prevalecer el capricho o el interés personal a toda costa, que se obre con malicia o mala fe, esto es, que el dolo sea directo»^{114, 115}.

Por lo expuesto, revocaron la decisión de primera instancia y precluyeron la investigación por el delito de Prevaricato por acción a favor de AA.

- Comentarios:

En la providencia que se acaba de reseñar, la Corte Suprema de Justicia realiza un análisis de los elementos que constituyen el tipo punible de Prevaricato por acción, y concluye que el procesado no emitió una resolución manifiestamente contraria a la ley, ya que si bien la decisión de calificar el mérito sumarial precluyendo la investigación a favor de la señora BERV fue errada, no por ello constituyó una actuación ilegal, esto, pues obedeció a un examen concienzudo de las pruebas que obraban en la actuación, no se presentó una disparidad grosera entre las normas penales y la decisión; además, AA consultó con varios colegas la decisión que iba a adoptar con el fin de obtener un concepto previo a la emisión de la decisión, lo que es indicativo de que su actuar no iba dirigido a conculcar la ley penal,

¹¹⁴ CSJ SP, 11 nov. 2009, rad. 31.190.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 24.

compartiendo en este punto la postura de la Corte Suprema de Justicia en el sentido de considerar que la actuación del acusado es atípica por ausencia de dolo, su voluntad no iba dirigida a emitir una decisión contraria a la ley.

Se tiene entonces, que si bien JLA es un servidor público, con competencia para proferir la resolución a través de la cual se resolvió precluir la investigación a favor de la señora RV, que esta decisión vulneró normas penales en el entendido de que la misma fue ilegal, no lo fue de forma manifiesta, por lo que se reitera, no existe ese mínimo probatorio exigido para inferir que es autor del delito de Prevaricato, en cuanto su actuación adolece del elemento subjetivo de la tipicidad, tornándose su conducta en evidentemente atípica; la inferencia razonable debe incorporar el elemento subjetivo de la conducta y más en estos casos donde no se admite la modalidad culposa.

2.13.1.1.1. Tercer caso: Proceso No. 44.960 del 22 de junio de 2016, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar.

- Hechos: Se plasmaron así:

“Los hechos objeto de investigación se contraen a la indagación preliminar iniciada con fundamento en la denuncia instaurada por AJOB en contra de la fiscal 31 seccional, doctora SEGD, los cuales considera constitutivos del delito de prevaricato por acción, en cuanto ordenó al Juez 8 Civil Municipal de Santa Marta suspender el proceso ejecutivo de FBU contra DH y JMB, hasta tanto concluyera una investigación penal que cursaba en su despacho, por los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado, en la que figura como denunciante DH.

En desarrollo de la indagación, se conoció que efectivamente a la fiscalía dirigida por la doctora SEGD, se asignó la indagación preliminar iniciada por la denuncia instaurada el 13 de agosto de 2010 por DMH en contra de su esposo, a quien acusaba de haber falsificado su firma en un título valor –letra-, presentado para el cobro ejecutivo en el

*Juzgado 8 Civil Municipal. Como petición especial, el apoderado de la denunciante, requirió la aplicación de la prejudicialidad penal.*¹¹⁶

- Actuación procesal y decisión de primera instancia

“El 7 de julio de 2014 el Fiscal 5° delegado ante el Tribunal de Santa Marta, radicó solicitud de audiencia de preclusión de la investigación, la cual celebró el Tribunal Superior de esa ciudad el 8 de septiembre siguiente, en la que se sustentó la pretensión con fundamento en la estructuración de la causal prevista en el numeral 4° del artículo 332 de la Ley 906 de 2004, “atipicidad del hecho investigado”.

*Escuchadas las partes e intervinientes, el 1 de octubre se resolvió favorablemente la petición. Contra el anterior proveído interpuso y sustentó recurso de apelación el apoderado del denunciante, quien se considera víctima de la orden impartida por la fiscal indiciada.*¹¹⁷

- Postura de la Corte Suprema de Justicia

“El delito de prevaricato por acción, previsto en el artículo 413 del Código Penal, comporta, en su estructura objetiva, el proferir o dictar una (i) resolución, (ii) dictamen o (iii) concepto manifiestamente contrario a la ley. De manera que, ante la ausencia de uno de estos pronunciamientos, no es factible la configuración del mencionado tipo penal.

Oportuno resulta recordar, que por resolución debe entenderse aquella providencia emitida por autoridad judicial o por funcionario administrativo, en ejercicio de sus atribuciones, «y no necesariamente ha de presentar los caracteres formales de auto

¹¹⁶ Corte suprema de justicia, *Proceso No. 44.960 de 2016*, MP Patricia Salazar Cuellar, p. 2. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (09.06.2017)

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 4.

interlocutorio o de sentencia, lo que importa es que en ella el servidor público decida algo en ejercicio de su función» (CSJ SP21 ago.2013. Radicado 39751)”.¹¹⁸

(...)

“Del contenido del oficio surge que: (i) se encuentra dirigido al despacho judicial, no al juez; (ii) se informa la existencia de una investigación preliminar por los delitos de fraude procesal y falsedad en documento privado; (iii) la denunciante es DMH; (iv) se comunica que se recibió un dictamen de grafología, y, (v) por tanto, se requiere el restablecimiento de sus derechos a través de la suspensión de un remate.

Véase cómo, el asunto de la referencia titulado ‘ORDEN DE SUSPENSIÓN DE REMATE’ no coincide con lo que realmente se plasmó en el contenido del mencionado oficio, ya que la Fiscal 31 Seccional no adoptó decisión alguna y tampoco impartió ordenes al Juez 8 Civil del Circuito, consecuentemente, no existe conducta que pueda ser catalogada como prevaricadora.”¹¹⁹

(...)

“En síntesis, la Fiscalía demostró que la conducta desplegada por la doctora SEGD, en cumplimiento de sus funciones como Fiscal 31 Seccional de Santa Marta, es objetivamente atípica, en cuanto no se aparta de la ley, por lo que se impartirá confirmación al auto recurrido.”¹²⁰.

- Comentarios:

¹¹⁸ *Ibíd.*, p. 14.

¹¹⁹ *Ibíd.*, p. 16.

¹²⁰ *Ibíd.*, p. 23.

En el anterior pronunciamiento, la Honorable Corte suprema de Justicia enfatiza en el término resolución contenido en el artículo 413 del Código Penal, indicando que esta no necesariamente tiene que comportar la forma de un auto interlocutorio o una sentencia, solo debe tener carácter decisorio, lo que no se verifica en la situación planteada en la sentencia, pues el escrito emanado de la fiscal SEGD es un simple oficio, en el que se limita a informar al juez civil que tenía bajo su conocimiento el proceso ejecutivo donde figuraba como demandada DMH y, el resultado de un dictamen grafológico realizado a la misma, con el fin de que este determinara si suspendía o no el proceso ejecutivo, no se vislumbra que haya sido ella quien ordenó la suspensión del proceso, de donde se colige que GD no emitió dictamen, resolución o concepto contrario a la ley, adoleciendo su conducta de uno de los elementos normativos del tipo penal de Prevaricato por acción, por lo que la conducta es atípica.

En el asunto bajo examen, el análisis acerca de la inferencia razonable recae principalmente sobre la naturaleza de la providencia emanada de la fiscal GD, concluyendo que esta inferencia no se configura, considerándose acertadas las decisiones de primera y segunda instancia en ese sentido.

Los casos aquí planteados, denotan diversos aspectos en los que se debió concretar la inferencia razonable al momento de realizar la imputación de la conducta punible, en la primera decisión, en el ejercicio del cargo o función, es decir, en la competencia, en la segunda en el dolo y en la última sobre la naturaleza de la providencia; de lo que se concluye que realizar el proceso de inferencia de forma correcta es una forma de garantizar los derechos del indiciado y evitar desgastes en la administración de justicia; pues si la fiscalía y los jueces de control de garantías son rigurosos en este aspecto, se puede evitar que muchos casos lleguen a la etapa de juicio sin necesidad, pudiendo, en los eventos que así lo ameriten, archivar las investigaciones en fase de indagación o solicitar la preclusión de las mismas.

CONCLUSIÓN

A continuación, se plasmará la conclusión a la que se llegó luego de elaborar el presente trabajo, la que si bien se encuentra esbozada en el desarrollo del mismo, es necesario recapitularla para mayor claridad en cuanto a la posición asumida en el presente escrito acerca del tema tratado.

Para que se configure el delito de Prevaricato por acción, se requiere un sujeto activo calificado, esto es, el servidor público, quien debe proferir una resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley; es un delito de mera conducta, razón por la que no admite la tentativa.

Los móviles que pueden dar lugar a la materialización del Prevaricato por acción, pueden ser variados, es decir, un servidor público puede incurrir en este delito, motivado por razones discriminatorias de carácter racial, social, de orientación sexual, por una venganza personal, o para favorecer intereses propios o ajenos motivado por un ofrecimiento dinerario o de algún otro beneficio, sin que se acoja la posición adoptada por la Honorable Corte Suprema de Justicia en las sentencias 46.688 del 25 de noviembre de 2015 y 39538 del 23 de octubre de 2014, donde afirma que la configuración del Prevaricato solo se da cuando la emisión de la providencia contraria a la ley, obedece a la realización de un acto de corrupción.

Para poder afirmarse que se está en presencia de una inferencia razonable de autoría o participación del delito de Prevaricato por acción, se tienen que acreditar 1) la existencia del dictamen, resolución o concepto, emitido de manera verbal o por escrito, 2) la calidad de servidor público de quien profirió el dictamen, la resolución o el concepto, 3) la competencia del servidor público para proferir el dictamen, la resolución o el concepto, 4) la contrariedad manifiesta con la ley, del dictamen, la resolución o el concepto objeto del delito, 5) la existencia y vigencia de la norma o las normas conculcadas al momento de la comisión de la conducta y, 6) un mínimo probatorio que permita inferir la participación del

indiciado en la conducta a título de autor o partícipe, este último aspecto en los términos del artículo 287 de la ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Juan Carlos y RAMÍREZ JARAMILLO, Santiago, “¿Independencia judicial por fuera de la ley? comentarios a la reciente jurisprudencia sobre prevaricación judicial en Colombia” en *Jueces para la democracia información y debate*, No. 88, Madrid, 2017.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, *Sentencia radicado 46688 de 2015*, MP José Luis Barceló Camacho. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (15.09.2016)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 39.419 de 2015, MP José Leonidas Bustos Martínez. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 49.622 de 2017, MP Fernando Alberto Castro Caballero. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 47.802 de 2016, MP Fernando Alberto Castro Caballero. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 45.310 de 2015, MP Fernando Alberto Castro Caballero. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, *proceso No. 38.146 de 2012*, MP Fernando Alberto Castro Caballero. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (09.06.2017).
- Diccionario de la lengua española, real academia española, 22ª edición, Bogotá, Ed. Espasa.
- CASTRO CUENCA, Carlos G., *Manual de Derecho Penal*, Bogotá, Editorial Temis S.A, 2011.

- Corte suprema de justicia, Sala de casación penal, *Proceso No. 45.891 de 2015*, MP Eugenio Fernández Carlier. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (09.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación penal, *Sentencia SP14499-2014 de 2014*, MP Eugenio Fernández Carlier. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (15.06.2016)
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1995.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, “Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos”, en *DOXA Cuadernos de filosofía del Derecho*, No. 28, Madrid, Marcial Pons, 2005.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal, *sentencia No. 24.469 de 2008*, M.P. María del Rosario González de Lemos. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos Contra la Administración Pública*, 3ª edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Sobre argumentación probatoria y su expresión en la sentencia (penal)”, en *Jueces para la democracia información y debate*, No. 88, Madrid, 2017.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “La razón de ser de la presunción de inocencia” en *InDret revista para el análisis del derecho*, No. 1, Barcelona, 2016.
- NIEVA FENOLL, Jordi, “Los sistemas de valoración de la prueba y la carga de la prueba: nociones que precisan revisión” en *Justicia revista de Derecho Procesal*, No. 3, 4, Barcelona, Bosch Editor, 2011.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Fundamentos Tomo I*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996.
- Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-396 de 2007*, MP Marco Gerardo Monroy Cabra (www.corteconstitucional.gov.co) (23.06.2017)

- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos Contra la Administración Pública*, 4ª edición, Bogotá, editorial Leyer, 2003.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 45.699 de 2015, MP Eyder Patiño Cabrera. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 42.516 de 2014, MP Eyder Patiño Cabrera. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 39.291 de 2013, MP Eyder Patiño Cabrera. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- PEÑA OSSA, Erleans de Jesús, *Delitos Contra la Administración Pública estudio Histórico y Dogmático*, 2ª edición, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, Jaime y DEL VILLAR DELGADO, Donaldo Danilo, *Responsabilidad Penal y detención Preventiva*, Barranquilla, Universidad del Norte, 2013.
- REYES ALVARADO, Yesid, “Bien jurídico prevaricato y abuso de autoridad”, en *Revista Derecho Penal*, No. 3, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2003.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, proceso No. 40.120 de 2017, MP Patricia Salazar Cuellar. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (22.06.2017)
- Corte suprema de justicia, Sala de casación penal *Proceso No. 44.960 de 2016*, MP Patricia Salazar Cuellar. Disponible en (www.cortesuprema.gov.co) (09.06.2017)
- SUÁREZ, José Leonardo “Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable”, en *Revista Principia Iuris*, No. 16, Tunja, Universidad Santo Tomás, julio-diciembre 2011.
- TARUFFO, Michele, “Verdad negociada” en *Revista de Derecho*, No. 1, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2008.
- TARUFFO, Michele, “Consideraciones sobre prueba y motivación”, en *Jueces para la Democracia información y debate*, No. 59, Madrid, 2007a.

- TARUFFO, Michele, “Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa” en *DOXA cuadernos de filosofía del derecho*, No. 29, Madrid, Marcial Pons, 2007b.
- TARUFFO, Michele “Conocimiento científico y estándares de prueba judicial” en *Jueces para la Democracia información y debate*, No. 52, Madrid, 2005.
- URIBE GARCÍA, Saúl, *Delitos Contra la Administración Pública*, Medellín, Ediciones UNAULA, 2012.