

FRANCISCO J. FERREIRA D.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

*Tercera edición,
actualizada*



EDITORIAL TEMIS S. A.
Santa Fe de Bogotá, Colombia
1995

© Francisco J. Ferreira D., 1995.

© Editorial Temis S. A., 1995.

Calle 17, núm. 68D-46, Santa Fe de Bogotá

ISBN 958-35-0080-1

Hecho el depósito que exige la ley.

Impreso en Talleres Editorial Nomos.

Carrera 39 B, núm. 17-85, Santa Fe de Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A la memoria de
PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA,
un juez que murió en su despacho
el 6 de noviembre de 1985, por
administrar justicia.

PRÓLOGO PARA LA TERCERA EDICIÓN

Dice José MARTÍNEZ RUIZ, más conocido en el mundo de las letras como AZORÍN, que "España es el país de los abstraccionistas, aquí es donde florece, por modo extraordinario, maravilloso, la abogacía, y no habrá en el planeta otro pueblo tan pródigo de monólogos, jurisperitos, rábulas, picapleitos y "tíos licurgos". Sabido es que la abogacía es el arte de la abstracción y el arte de reducirlo todo a fórmulas y procedimientos"¹.

AZORÍN era abogado y estudió en las universidades de Valencia y Madrid, inclusive escribió una *Sociología criminal* con algunas ideas sobre el derecho penal, que publicó en 1899. Era de esperarse en él una profunda formación sobre la espiritualidad que implica lo jurídico en la vida del hombre. No se justifica un desprecio semejante en quien era un ilustre hispanista y, además, versado en derecho. Para AZORÍN, que lo califica de "abstracto" el derecho no pasa de ser una colección de fórmulas mágicas que contienen soluciones a problemas humanos. Para él "abstracto" en relación con el derecho, significa iluso, inalcanzable, vaporoso, una mentira.

Recientemente GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, en brillante síntesis de nuestra angustia nacional, insiste en acusar abogados, empleando términos como estos: "en cada uno de nosotros cohabita la justicia y la impunidad, somos fanáticos del legalismo, pero llevamos bien despierto un leguleyo de mano maestra para burlar las leyes sin violarlas, o para violarlas sin castigo"².

El panorama que nos rodea es preocupante: un hombre sin más valores que los económicos, despectivo con la moral, de espaldas a toda idea de Dios, deslizándose en medio de una inestabilidad jurídica que lo desconcierta y que se traduce en ineficacia y, sobre todo, que no ha podido inculcarle a sus gentes el respeto por los demás, ¿cómo puede preparar un país al alcance de sus niños? Recogiendo ocasionalmente datos estadísticos publicados en los periódicos nacionales, cifras tomadas tan solo a partir de 1991 que es cuando se convoca a reformar la Constitución, y aún después de su vigencia, informa la Procuraduría General de la Nación que durante los últimos tres años se ha abierto y calificado trece mil doscientos noventa y siete procesos (13.297) por hechos punibles conocidos por el vulgo como "corrupción" (peculado, concusión, cohecho, contratación indebida, enriquecimiento ilícito), y este es el dato parcial de un solo organismo como la Procuraduría. De ellos se han proferido, hasta 1993, cinco mil setecientos sesenta y nueve (5.769) sentencias condenatorias; de los condenados, cincuenta y tres por ciento (53%) ocupaban cargos públicos de alto nivel ejecutivo, veintinueve por ciento (29%) de nivel bajo y diez y ocho por ciento (18%) de nivel medio. Calcula la misma oficina de control oficial que se han sustraído del patrimonio estatal doce mil millones de pesos en este mismo lapso.

¹ JOSÉ MARTÍNEZ RUIZ, AZORÍN, CERVANTES Y SUS COETÁNEOS. En *Obras completas*, 4ª ed., t. 1º, Introducción, Madrid, Editorial Aguilar, 1947.

² GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ, Discurso de presentación del informe conocido como "De los diez sabios". Publicación de *El Tiempo*, edición del 23 de julio de 1994.

Estas cifras resultan incompletas, porque paralelamente la Contraloría General de la República informó que, como consecuencia de la descentralización administrativa en los departamentos y municipios lograda por voto popular, se han incrementado los índices de esta misma "corrupción" en estos sectores de la administración pública. Y si a ellos se agregan los datos conocidos sobre "corrupción policiva", el cuadro es dramático: ¿Qué hemos de hacer para formar niños que sean los mejores gobernantes de esa Colombia del futuro? A mi entender, si todas las cosas gravitan dentro de un orden universal, que es obra de un Creador, que no puede violarse impunemente y si nosotros somos parte de ese orden, entonces el medio para lograr la formación del ciudadano perfecto, a partir de los niños de hoy, es enseñarle el respeto a la ley y la lección debe dársele, no solo el colegio y sus padres, sino especialmente el ejemplo de sus jueces.

La ley es una "abstracción" porque emerge del sentido moral del que está llena nuestra conciencia. ARISTÓTELES decía que "abstracción" es el resultado de un proceso lógico que separa una idea de otra. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, "abstracto" es el participio pasado de "abstraer" y este significa hacer alusión a alguna cualidad del ser, con exclusión del sujeto. Proviene del latín *abstractus* voz compuesta de dos raíces: *abs* que es la proposición separable "de", y *traho* que es retirar, arrancar, separar algo de otra cosa que la contiene.

Entonces el derecho sí es una abstracción porque ha sido arrancado de la conciencia ordenante que posee el hombre y que es su vida moral. Así que el derecho no es una mentira, ni un mito inlograble, porque su origen está en su razón y esta se expresa con lógica y crea preceptos de aceptación universal. Así que el derecho nace de la conciencia moral y se encuentra en cada cosa del universo en forma de leyes inmutables, esas dos cosas que tanto maravillaran a MANUEL KANT.

Si se pregunta, ¿qué es el derecho?, cualquier respuesta ha de tener como punto de partida al hombre mismo, porque la ley es el producto de su naturaleza y esta es, sobre todo, razón que expresa su sentido de orden moral; por eso escribía CARLOS MEDELLÍN FORERO que el derecho es "función": "función de conjunto, función de unidad en movimiento, función del «dunamis» griego, que es su movimiento" y agrega que abarca la totalidad ontológica de su carne y de su espíritu³.

Así que cuando se habla de la razón como engendradora de orden, se está aceptando que se persigue un sitio en la armonía cósmica, a la cual pertenecemos, y que se tienen unos fines que forman parte de su ontología, que, los convierte en su juridicidad que expresa con palabras, *con las que forma la sintaxis de la ley*. Ella, como ordenación racional, marcará los límites entre lo "bueno" y lo "malo", lo "lícito" y lo "ilícito", y de ello no podremos sustraernos. El contenido de la ley es el resultado de nuestra conciencia moral, entendida en la doble sustancia aristotélica: la *sustancia primera* como máxima de su voluntad que expresa su ideal de justicia; la *segunda*, como precepto emanado de la voluntad de su Creador. Pues si todos estamos sometidos a su observancia, es al juez a quien corresponde la divina misión de mantener el orden que ella implica.

Las primeras lecciones de moralidad las recibimos en la familia que, como reconoce la Constitución, "es el núcleo fundamental de la sociedad". Allí debe formarse el respeto a la ley del que deben ser ejemplo los padres y los maestros, pero sobre todo los jueces. Por ello creo que: "una educación desde la cuna hasta la tumba, inconforme y reflexiva, que nos inspire un nuevo modo de pensar y nos incite a descubrir quiénes somos en una sociedad que

³ CARLOS MEDELLÍN FORERO, *Introducción a la estética del derecho*, Bogotá. Imprenta de Cundinamarca, 1955, pág. 16.

se quiera más a si misma" debe comenzar en los adultos de hoy, que son los modelos de los niños y en los administradores de justicia, que son el modelo de "lo justo". Recuerda CARLOS MEDELLÍN FORERO que la palabra "juez" viene del latín *ius dicis* el que dice el derecho, y "juicio" de *ius dicere* lo que dijo el derecho. Esto es, que el juez toma la vocería de la ley y habla por ella, porque es su palabra. Con acierto decía HEIDEGGER que si juzgar es el acto de aplicar la razón al objeto del juicio, quien juzga debe ser genial, porque la razón judicativa es la que consigue el equilibrio armónico de todas las cosas.

La función decisoria del derecho comienza con la formulación de una duda que al juez plantean las partes en conflicto y que se desarrolla en un lapso de expectativa que se llama "la espera" y que se aplica tanto al derecho público como al privado. Se pretende la aparición de la "verdad" en un procedimiento donde se desenvuelven pretensiones contradictorias. Dice CARLOS MEDELLÍN FORERO que en él, las parten en conflicto esperan una respuesta: el juez espera la evidencia de la prueba, los querellantes la validez de sus conclusiones, la sociedad el mantenimiento del orden.

Mientras la sentencia no se pronuncie, la duda se mantendrá viva en el juicio y será el motor para la dinámica de las partes; algo así como lo que ocurría con el pensamiento de DESCARTES en que la duda mantiene en vigencia la inquietud de hacer filosofía.

Por eso la sentencia es *ius dicere* que despeja toda duda. "Sentencia" viene del latín *sententiae* que significa dar sentido o significación a los hechos sometidos a juicio. Así que si en la mente del juez se plasmó una duda, de esa misma mente emana la palabra que lo reconcilia todo. Por eso creemos que corresponde a los jueces, primordialmente, la salvación del orden jurídico en este momento de crisis de valores. A propósito, decía PLATÓN por boca de SÓCRATES que esa fuerza armonizante de la ley radica, igualmente, en el sometimiento de los ciudadanos a las decisiones de sus jueces: "¿Puede subsistir, no venirse abajo, aquella ciudad en que las sentencias pronunciadas carecen de fuerza?". Condenado a muerte SÓCRATES, Critón le recomienda huir a lo cual le contesta: "¿Huirás de la ciudad de buenas leyes y de los hombres mas honestos? Y si obras así, ¿valdrá la pena vivir? ¿Tal vez te acercarás a ellos y tendrás la desvergüenza de hablarles?"⁴.

En el presente nada parece más claro que la pérdida de los valores morales merced a la entronización de una mediocridad que lo está abarcando todo y tiene una ambición sin límites. Muy pocos se preocupan hoy por dar un sentido ordenado a su propio vivir; MARTÍN HEIDEGGER lo anotaba con angustia en obra publicada al final de su vida: "lo gravísimo de nuestra época grave es que todavía no estamos pensando", con lo que dice que el pensar de nuestra época se queda en la superficie de las ciencias, a las que considera omnipotentes, cuando quiera que estas no nos decifran el enigma del ser del hombre. El hombre de hoy perdió la fe de sus antepasados; a nuestro ver lo grave de nuestra crisis es que se ha perdido el poder de la mística que lo explicaba todo, hasta el poder emanado de la Constitución. Creemos que, además de los conocimientos científicos que impone nuestro momento, debemos reencontrar a los niños con la fe que es indispensable para resolver los problemas no resueltos por la técnica. En el límite racional entre lo teórico y lo práctico hay una fuerza intelectual que impulsa y empuja a la fe. La fe no es un fantasma que aparece en la penumbra como el fantasma del padre de Hamlet en las murallas de Elsinor y que no puede ser visto sino por él —el creyente—; la fe es una fuerza de la inteligencia del hombre, el único que piensa y que puede tener fe; nacida de la espiritualidad de su esencia, es producto de su razón. La fe es esa fuerza monadal y mística que hizo cantar a SAN JUAN DE LA CRUZ:

⁴ PLATÓN, *Obras completas, Critón o del deber*. Traducción de Francisco García Yagüe, primera reimpresión, Madrid, Editorial Aguilar, 1972. 52 b/53 c.

"Yo no supe donde estaba
pero cuando allí me ví,
sin saber donde me estaba
grandes cosas entendí;
no diré lo que sentí,
que me quedé no sabiendo
toda sciencia trascendiendo...

"Este saber no sabiendo
es de tan alto poder,
que los sabios arguyendo
jamás le pueden vencer,
que no llega su saber
a no entender entendiendo
toda sciencia trascendiendo..."

En los posibles de un escéptico todo cabe, hasta que nos equivoquemos los creyentes y que la conciencia moral que invocamos se fundamente a sí misma, sin antecedente teológico; pero lo que no podrá ser jamás es que reine el desorden, la maldad se convierta en forma de vida y el crimen quede impune, porque contra ello se subleva nuestra propia razón. Timón, en la obra de SHAKESPEARE, maldice a la República de Atenas con palabras que retratan la realidad a la que hoy se enfrenta la nuestra: "Que la piedad, el temor, la religión hacia los dioses, la paz, la justicia, la verdad, el respeto de la familia, el descanso de las noches, las relaciones de vecindad, la instrucción y los modales, los cultos, los oficios, las jerarquías, las tradiciones y las leyes se desvíen en lo contrario y reine la confusión..."³.

En su *Crítica práctica* MANUEL KANT habla de la imitación de modelos como ejemplos de conducta moral que deben seguirse, para lograr un orden en la vida. En la Colombia de nuestro tiempo los hay. Yo tuve la fortuna de encontrarme, al comenzar mi carrera profesional, con LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO, un maestro de vida iluminante, y también con PEDRO ELÍAS SERRANO ABADÍA, un martir y mi compañero de generación. Son modelos para los jueces de esa Colombia del mañana, con la que sueñan hoy nuestros sabios.

Cali, Junio de 1995.

³ WILLIAM SHAKESPEARE, *Timón de Atenas*, acto 4º, escena 1ª.

ÍNDICE GENERAL

Prólogo para la tercera edición	IX
---------------------------------------	----

INTRODUCCIÓN

DERECHO TUTELADO

	PÁG.
1. Antecedentes legales	1
2. Qué se entiende por administración pública	2
3. Quiénes están encargados de administrarlo	4
4. Sujetos activos del título	5
5. Los géneros de delitos	8

TÍTULO PRIMERO

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO I

DEL PECULADO

1. Nociones generales	13
2. Clases de peculado	14

Sección I. *Peculado por apropiación indebida*

1. La norma	15
2. La norma anterior	15
3. Características	16
4. Estructura	16
5. Los sujetos activos	17
6. El abuso de poder	18
7. Bienes o fondos parafiscales	24
8. El objeto material	26
9. La acción o hecho descrito	26
10. El uso del dinero del Estado	31
11. La cuantía	32

Sección II. *Peculado por uso indebido*

	PÁG.
1. La norma	32
2. Estructura	33
3. El abuso de poder	33
4. El objeto material	33

Sección III. *Peculado por error ajeno*

1. La norma	35
2. La norma anterior	35
3. Razones para su tipicidad actual	35
4. Estructura	36
5. Sujetos	36
6. La acción descrita	37
7. El abuso de poder	40
8. Antijuridicidad	40
9. Culpabilidad	41

Sección IV. *Peculado por aplicación oficial diferente*

1. La norma	41
2. La norma anterior	41
3. Antecedentes	41
4. Estructura	43
5. Caracteres del tipo legal	44
6. Los sujetos activos	44
7. La acción descrita	46
8. El objeto material	47
9. El abuso de poder	48
10. Culpabilidad	49

Sección V. *Peculado culposo*

1. La norma	49
2. La norma anterior	49
3. Estructura	50
4. Los sujetos	50
5. La culposidad	50
6. Abuso de poder	52
7. El reintegro en el peculado culposo	52

Sección VI. *Peculado por extensión*

1. La norma	52
2. La norma anterior	53
3. Penalidad aplicable	54

Sección VII. Los reintegros

	PÁG.
1. La norma	54
2. La norma anterior	54
3. Qué es el reintegro	55
4. Cuándo se reintegra	55
5. Cuánto se reintegra	55
6. Qué debe reintegrarse	56
7. Quién debe reintegrar	57
8. La destrucción o daño de bienes del Estado	57
9. Antijuridicidad	57
10. Eximentes de lo antijurídico	58
11. Culpabilidad	59
12. Inculpabilidad	60
13. Tentativa, participación y concursos	60

CAPÍTULO II

DE LA CONCUSIÓN

1. Nociones generales	61
2. Derecho tutelado	63
3. Clasificación	63
4. Caracteres	64
5. La norma	64
6. La normatividad anterior	65
7. La estructura	65
8. Los sujetos activos	66
9. El abuso de poder	67
10. La acción descrita	69
11. Dar o prometer	73
12. Dinero u otra utilidad	73
13. Indebidamente	75
14. Culpabilidad	76
15. Antijuridicidad	76
16. Excluyentes de lo antijurídico	76
17. Tentativa, participación y concursos	77
18. Coparticipación	78

CAPÍTULO III

DEL COHECHO

1. Nociones generales	80
2. La corrupción en los sectores público y privado	81
3. Contractualidad	83
4. Cohecho y concusión	85

Sección I. Cohecho propio

	PÁG.
1. La norma	86
2. La norma anterior	86
3. Estructura	87
4. Sujetos activos	88
5. El abuso de poder	90
6. La acción descrita	92
7. Objeto material	92
8. Elemento subjetivo del tipo	92
9. Agravación punitiva en el Código de 1936	93
10. Participación de terceros	94

Sección II. Cohecho impropio

1. La norma	94
2. La norma anterior	95
3. Estructura	95
4. Análisis de su estructura	95
5. Cohecho subsiguiente	97

Sección III. Cohecho no retributivo

1. La norma	97
2. La norma anterior	97
3. Análisis de la norma	97

Sección IV. Cohecho por dar u ofrecer

1. La norma	98
2. La norma anterior	99
3. Análisis de su estructura	99
4. Antijuridicidad	100
5. Exclusión de antijuridicidad	101
6. Culpabilidad	101
7. Tentativa, participación y concursos	101

CAPÍTULO IV**DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS**

1. Nociones generales	103
-----------------------------	-----

**Sección I. Violación del régimen de inhabilidades
o incompatibilidades**

	PÁG.
1. La norma	104
2. Estructura	104
3. Incompatibilidades e inhabilidades de orden constitucional	105
4. Inhabilidades e incompatibilidades de orden legal	106
5. Momento consumativo, antijuridicidad, culpabilidad	108

Sección II. Interés ilícito en la celebración de contratos

1. La norma	108
2. La estructura	109
3. Análisis de su estructura	109

**Sección III. Inobservancia de los requisitos legales
para contratar**

1. La norma	110
2. Su estructura	111
3. Análisis de esta estructura	111
4. Antijuridicidad	112
5. Exclusión de lo antijurídico	113
6. Culpabilidad	113
7. Tentativa, participación y concursos	113

CAPÍTULO V

DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. La norma	114
2. La norma anterior	114
3. Estructura	114
4. Nociones generales	114
5. Tráfico de influencias y cohecho	115
6. Análisis de esta estructura	116

CAPÍTULO VI

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Sección I. Enriquecimiento ilícito

1. La norma	119
2. Antecedentes	119

	PÁG.
3. Objeto de la tutela penal	121
4. La estructura	121
5. Análisis de la estructura	122
6. Enriquecimiento ilícito de particulares	123
7. La reforma que se ha propuesto al Congreso	124

Sección II. *Utilización indebida de información privilegiada*

1. La norma	126
2. Análisis de la figura típica	127
3. Conclusiones	127

CAPÍTULO VII

DEL PREVARICATO

Sección I. *Prevaricato por acción*

1. La norma	130
2. La norma anterior	130
3. Nociones generales	130
4. Estructura	132
5. Los sujetos activos	133
6. El error judicial y el prevaricato del juez	133
7. Abuso de poder	134
8. La acción prevaricadora	134

Sección II. *Prevaricato por omisión*

1. La norma	138
2. La norma anterior	138
3. Estructura	139
4. Análisis de la estructura	139

Sección III. *Prevaricato por asesoramiento ilegal*

1. La norma	141
2. La norma anterior	141
3. Estructura	142
4. Análisis de la estructura	142
5. Antijuridicidad	144

ÍNDICE GENERAL

XIX

PÁG.

6. Exclusión de lo antijurídico	144
7. Culpabilidad	144
8. Participación, tentativa y concursos	144

CAPÍTULO VIII

DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

Sección I. *Del abuso de autoridad innominado*

1. La norma	146
2. La norma anterior	146
3. Estructura	146
4. Nociones generales	147
5. Análisis de su estructura	148

Sección II. *Omisión por denuncia*

1. La norma	152
2. La norma anterior	152
3. Estructura	153
4. Análisis	153

Sección III. *Revelación de secreto*

1. La norma	157
2. La norma anterior	158
3. Estructura	158
4. Análisis	158

Sección IV. *Utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva*

1. La norma	162
2. La norma anterior	162
3. Estructura	163
4. Análisis	163

Sección V. *Abandono del cargo*

1. La norma	165
2. La norma anterior	165
3. Estructura	165
4. Análisis	165

Sección VI. *Asesoramiento y otras actuaciones ilegales*

	PÁG.
1. La norma	168
2. La norma anterior	168
3. Estructura	168
4. Análisis	169

Sección VII. *Intervención en política*

1. La norma	173
2. La norma anterior	173
3. Estructura	173
4. Antecedentes	174

Sección VIII. *Empleo ilegal de la fuerza pública*

1. La norma	178
2. La norma anterior	179
3. Estructura	179
4. Análisis	179

Sección IX. *Omisión de apoyo*

CAPÍTULO IX

DE LA USURPACIÓN Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS

1. Antecedentes	182
-----------------------	-----

Sección I. *Usurpación de funciones públicas*

2. La norma	185
3. La norma anterior	185
4. Estructura	185
5. Análisis	185

Sección II. *Abuso de función pública*

1. La norma	187
2. Estructura	187
3. Análisis	188

Sección III. Simulación de investidura o cargo

	PÁG.
1. La norma	190
2. La norma anterior	190
3. Estructura	190
4. Análisis	191
5. Utilización ilegal de uniformes e insignias	192
6. Suplantación de autoridad	192

CAPÍTULO X

DELITOS CONTRA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Sección I. Violencia contra el servidor público

1. La norma	195
2. La norma anterior	195
3. Antecedentes	195
4. Estructura	196
5. Análisis	196

Sección II. Perturbación de actos oficiales

1. La norma	198
2. La norma anterior	198
3. Estructura	198
4. Análisis	198

TÍTULO SEGUNDO

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

CAPÍTULO I

**DE LAS FALSAS IMPUTACIONES ANTE
LAS AUTORIDADES**

Sección I. Falsa denuncia

1. La norma	205
2. La norma anterior	205
3. Antecedentes	205

	PÁG.
4. Estructura	206
5. Análisis	206

Sección II. *De las falsas imputaciones*

1. La norma	210
2. La norma anterior	210
3. Estructura	210
4. Análisis	210
5. Una cuestión prejudicial	212

Sección III. *Falsa autoacusación*

1. La norma	212
2. Estructura	212

Sección IV. *Simulación de la prueba*

1. La norma	214
2. Análisis	214

Sección V. *La retractación*

1. La norma	217
2. La norma anterior	217
3. Análisis	217
4. Antijuridicidad	218
5. Culpabilidad	219
6. Exclusión de lo antijurídico	219
7. Tentativa, participación y concursos	219

CAPÍTULO II

DEL FALSO TESTIMONIO

Sección I. *Falso testimonio*

1. La norma	221
2. La norma anterior	221
3. Estructura	221
4. Nociones generales	221
5. Análisis	223
6. Circunstancias de tiempo, modo y lugar	228
7. Consumación	229

8. Antijuridicidad	230
9. Exclusión de lo antijurídico	230
10. Culpabilidad	231

Sección II. La retractación

1. La norma	231
2. Análisis	231

Sección III. El soborno

1. La norma	234
2. La norma anterior	234
3. Estructura	235
4. Análisis	235
5. Antijuridicidad	236
6. Culpabilidad	236
7. Concursos y coparticipación	236

Sección IV. Colusión.

Infidelidad a los deberes profesionales

1. La norma	236
2. Las normas anteriores	237
3. Estructura	237
4. Análisis de los sujetos	237
5. El perjuicio de la gestión confiada	238
6. La colusión en asunto penal	241
7. Antijuridicidad	241
8. Culpabilidad	242
9. Tentativa, participación y complicidad	243

CAPÍTULO III

DEL ENCUBRIMIENTO

1. Generalidades	244
2. Naturaleza del encubrimiento	245
3. Etimología de su nombre	247
4. Características	248

Sección I. El favorecimiento

1. La norma	248
2. La norma anterior	248

	PÁG.
3. Estructura	249
4. Doble aspecto del elemento subjetivo	249
5. El delito encubierto	250
6. Sin concierto previo	252

Sección II. *Receptación*

1. La norma	253
2. El nombre	253
3. Elementos del tipo	254
4. Definición	255
5. El derecho al encubrimiento	256
6. Concursos	256

CAPÍTULO IV

DE LA FUGA DE PRESOS

Sección I. *Fuga de presos*

1. La norma	257
2. La norma anterior	257
3. Estructura	257
4. Antecedentes y generalidades	258
5. Antijuridicidad	258
6. Requisitos	259
7. La fuga	261
8. La fuga violenta	262
9. La fuga en contravenciones	263

Sección II. *Favorecimiento de la fuga*

1. La norma	263
2. La norma anterior	263
3. Estructura	264
4. Análisis	264

Sección III. *Fuga culposa*

1. La norma	264
2. La norma anterior	265
3. Estructura y análisis	265

Sección IV. La presentación voluntaria

	PÁG.
1. La norma	265
2. La norma anterior	265
3. Análisis	265

CAPÍTULO V

DEL FRAUDE PROCESAL Y OTRAS INFRACCIONES

1. La norma	267
2. Estructura	267
3. Antecedentes	267
4. El dolo, la estafa y el fraude procesal	268
5. Ámbito del fraude procesal	273
6. Sujetos del fraude procesal	275
7. El engaño	276
8. Los medios fraudulentos	280
9. El objeto del fraude procesal	281
10. Facultad preventiva del fraude procesal	282
11. Fraude por comisión y fraude por omisión	283
12. Antijuridicidad, tentativa, complicidad, concursos	284
13. El fraude como elemento consumativo en varios tipos	284
Bibliografía	287
Índices	293

INTRODUCCIÓN

DERECHO TUTELADO

I. ANTECEDENTES LEGALES

La comisión redactora reunida en 1933 estaba integrada por los doctores CARLOS LOZANO Y LOZANO, CARLOS V. REY, PARMENIO CÁRDENAS y RAFAEL ESCALLÓN VILLA. Para elaborar más acertadamente su anteproyecto, distribuyó su trabajo en subcomisiones. El contenido de lo que es el título tercero de la ley 95 de 1936 fue encomendado a los doctores PARMENIO CÁRDENAS y RAFAEL ESCALLÓN, quienes habían participado en la elaboración de igual título de derechos, en la redacción de lo que no pasó de ser el anteproyecto de 1925. El texto presentado guarda, pues, gran similitud y fue adicionado con cuestiones tomadas del anteproyecto de FERRI para el reino de Italia en 1919, así como también del elaborado por JOSÉ VICENTE CONCHA y que fue la ley 109 de 1922. De pronto aparecen en él ideas tomadas del Código de Rocco de 1930, vigente aún en Italia, aunque la idea general de los comisionados fue la de rechazarlo, tildándolo de *fascista*, como quiera que obedece a la escuela fundada por Rocco y denominada *técnica jurídica*. Es más, también influye en él el ordenamiento dado a la ley 19 de 1890, Código inmediatamente anterior que era el que se trataba de reemplazar.

En aquellos textos se emplean denominaciones diferentes para señalar el derecho tutelado por la ley penal. El Código del maestro ZANARDELLI para el reino de Italia de 1889 denominaba su título tercero "De los delitos contra la administración pública", e igual denominación adoptó el guardasellos Rocco para el Código de 1930. No obstante haber copiado el Código de ZANARDELLI, el doctor CONCHA denominó su título con el pomposo nombre de "Delitos contra la cosa pública", en tanto que el Código de 1890 hablaba de "Delitos contra la hacienda pública". El anteproyecto de 1925 reprodujo el nombre de CONCHA, pero los mismos comisionados, al redactar el anteproyecto de lo que más tarde fue la ley 95 de 1936, adoptaron el texto de ZANARDELLI, que fue también el de Rocco.

La tarea para los comisionados de 1933 comenzó por dar nombre al título, y esto implicaba señalar el derecho tutelado por la ley penal. PARMENIO CÁRDENAS sintetiza el criterio con el cual se desplazan las denominaciones adoptadas por CONCHA y por RESTREPO en los códigos de 1922 y 1890, respectivamente: *Cosa pública* es "demasiado vaga y general y en esa forma puede comprender

infracciones que no deben ser tratadas en esta forma en el Código". Lo mismo puede decirse de *hacienda pública*, con la circunstancia agravante de que restringe el título de delitos a aquellos que ofendan el patrimonio económico del Estado¹.

En realidad que la crítica era acertada. Las palabras *hacienda pública* las emplean los expertos en economía estatal para señalar todo el conjunto de bienes que pertenecen al Estado y, por tanto, forman su *patrimonio económico*. Si es cierto, como lo creyeron los redactores de los códigos italianos de 1889 y 1930, que el prestigio e integridad moral del Estado y de quienes lo gobiernan también forman parte de su *patrimonio* y merecen tutela jurídica, obviamente que la denominación que se dé a un título de derechos debe comprender ambas formas patrimoniales, y los tipos que se estructuran deben abarcar formas de lesión patrimonial económica y moral. Por lo tanto, "Delitos contra la administración pública" era la denominación más exacta.

El decreto-ley 100 de 1980 adoptó la misma denominación de la ley 95 de 1936, en el título tercero de su libro segundo. Las razones expuestas por los comisionados que redactaron el Código de 1936 no merecieron objeción de los co-redactores del de 1980, como tampoco dicha denominación fue objetada por los que redactaron anteproyectos en 1974, 1976 y 1978².

2. QUÉ SE ENTIENDE POR ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Diffícil tema este, si se tiene en cuenta que no hay unidad de conceptos respecto de qué personas o cuerpos del Estado cumplen la función de *gobierno o administrativa*.

KELSEN, con su teoría de *los cuerpos autónomos*, sostiene que por administración del Estado debe entenderse toda gestión cumplida por comunidades *totales*, emanadas de la totalidad de una nación o de parcialidades de ella, pero representando a la *totalidad comunitaria*. Es así como se *administra* todo el territorio nacional y a toda la nacionalidad colombiana. *Administración pública* es administración del todo estatal. KELSEN rompe con las administraciones localizadas, a las que llama *autónomas*, como lo es la municipal, al extremo de que su independencia la aparta completamente de la *administración pública*³. Sostiene que no se puede lograr una auténtica "unidad administrativa" integrada, si cada municipio funciona autónomamente no solo respecto de los demás municipios, sino de la misma nación, lo que no deja de ser cierto. No obstante, pensamos que el concepto de *administración pública* no puede regirse

¹ *Trabajos preparatorios. Actas de la comisión*, t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1936, actas 114 y 115.

² *Anteproyectos*: de 1974, Bogotá, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central La Picota, 1974; Bogotá, Fondo Rotatorio de Ministerio de Justicia, 1976; de 1978, Bogotá, Imprenta Nacional, 1978.

³ HANS KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Edit. Nacional, 1973, págs. 240-241.

por un concepto personal sobre *unidad administrativa*, sino por el más genérico de *unidad nacional*.

MAGGIORE, quien sigue conceptos de ARTURO ROCCO, distribuye el llamado *poder político* en las tres consabidas ramas: *ejecutiva, legislativa y judicial*. Administración pública son palabras que denotan *dinámica* o actividad estatal, lo que se cumple en las ramas *ejecutiva y judicial* porque ejecutan las leyes, pero no en la *legislativa*, que se limita a hacerlas. Administrar, pues, es *ejecutar la ley*. Y si *gobierno* es sinónimo de administración pública, hay dos tipos de *gobierno* del Estado: el ejecutivo y el judicial.

Además, distingue en dos los grados o jerarquías de gobierno: un *gobierno superior* que está encargado de regirlo en su existencia total o unitaria y que debe identificarse con el régimen constitucional o legislativo; y un *gobierno subordinado*, o sea aquel al que otorga el nombre de *administrativo* o *administrador*, diciendo que *administrar* proviene del latín *minister* que es derivado de *minus* y significa *menos*, esto es, *gobierno menor*. Resulta, así, que quienes ejecutan las órdenes de gobierno son los que verdaderamente realizan la *administración pública*⁴.

Administrar, según la Academia, es *servir*. Por consiguiente, *administración pública* es *servicio público*, que desde luego cumple el Estado por intermedio de todos sus servidores. No importa la rama, no interesa su jerarquía. *Sirven al público* en representación del Estado quienes hacen las leyes, inclusive con poder dirigente o de gobierno, conforme al art. 114 de la Constitución Política, como también lo sirven quienes las *ejecutan* o quienes las *aplican*. Razón tiene LEVENE (h) cuando advierte que es función que se cumple por todo el conjunto de órganos del Estado y por todos los sujetos empleados suyos, porque a todos se encargó la posibilidad de lograr el bienestar común. Así, dice: "Se ha empleado la expresión *administración pública* en un sentido amplio, comprensivo de los tres poderes del Estado: el poder administrador o ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial, tanto nacional como provinciales, incluso también comprende el régimen municipal"⁵.

Si el art. 115 de la Constitución actual le confiere el título de "Suprema autoridad administrativa" a la rama ejecutiva por ser, de las tres, la que cumple con las funciones de *gobierno*, no significa esto que, para efectos de señalar el objeto jurídico de la tutela penal en el título III del libro II del Código Penal, esta actividad no pueda entenderse cumplida por todo servidor público, en todas las ramas y en toda jerarquía. Gobernar es verbo que significa mandar con autoridad, y si el panorama gobernado es un Estado, esta función la cumplen tanto los integrantes del ejecutivo, como los del legislativo y el judicial. Lo que el artículo constitucional hace es destacar la representatividad nacional

⁴ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, Parte especial, t. III, trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá, Edit. Temis, 1955, págs. 126 y ss.

⁵ RICARDO LEVENE (h), *Manual de derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Edit. Víctor de Zavalla, 1976, págs. 487 y ss.

señalándola en el ejecutivo. Pero, tratándose de la comisión de delitos, el verbo indicado no es "gobernar" sino "servir", en lo que es un acierto el art. 123 de la misma Constitución.

Ninguna razón válida existe para desplazar el concepto de administración pública a los miembros de la rama legislativa, quienes además poseen funciones eminentemente ejecutivas de su propio presupuesto y hasta judiciales, así como tampoco el *régimen municipal* colocado en la devaluación kelseniana.

En consecuencia, por *administración pública* debemos entender toda actividad cumplida por quienes están encargados de poner en funcionamiento al Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos.

3. QUIÉNES ESTÁN ENCARGADOS DE ADMINISTRARLO

El interrogante tenía importancia cuando se discutía si un grupo de empleados del Estado estaría o no eximido del título de empleado público administrativo. La realidad es que entendemos por administrar el poner en funcionamiento al Estado, y no importa si quien lo hace es quien da las órdenes o quienes las cumplen. Para nuestro objetivo jurídico, que es el penal, quienes lo administran son sujetos activos posibles de los delitos que se tipifican en este título. En el Código de 1936 se indicaron con las palabras *empleado o funcionario público, la persona que desempeña transitoriamente una función pública y el encargado del servicio público*. En el Código de 1980 se usan: *empleados oficiales, funcionarios y empleados públicos y trabajadores oficiales*. A veces se habla de *toda otra persona que ejerza cualquier función pública, así sea de modo transitorio, y de encargada de un servicio público*⁶.

El art. 123 de la Constitución actual, que está colocado en el capítulo segundo del título quinto que tiene el rótulo "De la función pública", les otorga el nombre común de "servidores públicos" y los describe con estas palabras: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados, los trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que desempeñen temporalmente funciones públicas y regulará su oficio".

De la norma anterior se desprende que, para efectos de la ley penal, todo empleado al servicio del Estado, sea la nación o el departamento o el municipio, es un servidor público, lo que coincide con el concepto académico que de "administración pública" hemos suministrado. Inclusive, el texto constitucional transcrito abarca como sujeto activo de los delitos de este título al particu-

⁶ Código Penal, decreto-ley 100 de 1980, art. 63.

lar que desempeñe transitoriamente una función pública, ordenando al legislador reglamentar su ejercicio.

Por lo que respecta a los "jurados de derecho", con los que se pretendió reemplazar a los "jurados de conciencia", están suspendidos. Es más, el art. 116 de la Constitución parece haber eliminado la posibilidad de revivirlos por su exclusión al enumerar las clases de particulares que pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia; en realidad este artículo se refiere a los "conciliadores" y a los "árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad". Así que el democrático sistema de jurados desapareció.

4. SUJETOS ACTIVOS DEL TÍTULO

Usando el lenguaje dogmático-jurídico, diríamos que es un título que contiene delitos de los que CARRARA llamó propios del funcionario, porque solo él los puede cometer como autor. Es decir, contiene sujetos activos cualificados, con cualidad jurídica consistente en la investidura de funcionario y con un grupo de funciones específicamente adscritas a su labor y exigidas por el tipo legal. Esta clase de sujeto se denomina en el articulado del título con las palabras *empleado oficial*, y estas, según el citado art. 63, equivalen al de *trabajador oficial o funcionario o empleado público o persona que ejerza función pública, así sea transitoriamente o encargado del servicio público*.

El Código de 1936 incluyó en el título tercero de su libro segundo todos los tipos legales susceptibles de ser cometidos por quienes, ostentando poder público, atentan o lesionan la administración estatal y resultaren como sujetos activos posibles del tipo, a saber: *el funcionario, el empleado público, el que cumple una función pública concreta y de manera transitoria y el contratista del Estado a quien se encargó de un servicio público*. Por consiguiente, son sujetos activos cualificados, con cualidad jurídica obvia al enterarse del título que cada uno ostenta.

Es obvio que a la persona a quien la ley le otorga una función específica también le otorga el poder que implica su cumplimiento, aunque carezca de la investidura, porque esta inviste de poder y este permite el cumplimiento de la función, si se nos acepta la expresión. Es natural que sin la investidura el poder emana directamente de la designación que la ley hace de persona determinada para integrar el tribunal de arbitramento, o para servir de conjuetz. Por lo tanto, la ley suple a la investidura que no se posee. Cualquiera de ellos: árbitro o conjuetz, tienen poder para administrar justicia, en sus casos. Por consiguiente, habrá hechos típicos que pueden ser realizados por ellos, abusando de este poder, verbigracia el de *prevaricato*. Es lógico que la ley penal debía comprenderlos como posibles sujetos activos de tales hechos.

Otro de los sujetos activos de los hechos tipificados en este título es el *contratista del Estado*, a quien la ley penal denomina *encargado del servicio*.

público. Esta persona es a quien el Estado le encomienda la prestación de uno de los servicios propios de sus funciones, sin entregarle la función, ni siquiera parcialmente como al árbitro, al conjuer o al jurado, ni tampoco investirlo del título de funcionario. Simplemente, por medio de un contrato administrativo, se le encomienda la realización de una de las tareas propias de sus funcionarios, emanadas del ejercicio de la función; por ejemplo: en obras públicas, en la administración de servicios técnicos como los teléfonos, la telecomunicación, etc. De la misma manera que al árbitro, conjuer o jurado, a dicho contratista se le inviste del poder propio del funcionario, para que pueda cumplir la tarea o servicio encomendado mediante el contrato, y el ejercicio de este poder le permite ejecutar algunos de los hechos punibles descritos en los tipos de este Código. Esta es la razón para advertir que puede ser sujeto-activo en los tipos que lo señalen como apto para serlo.

La redacción del anteproyecto de 1974 comenzó a emplear denominaciones propias del Código Sustantivo del Trabajo y de las leyes laborales administrativas cuando en su tipología señalaba a los sujetos activos de su título tercero. "Delitos contra la administración pública", con frases como esta: "el funcionario o empleado público o el trabajador oficial". Los anteproyectos de 1976 y 1978, así como el nuevo Código Penal, dicen: "el empleado oficial", con lo cual se entronizó indefectiblemente el uso de valoraciones de técnica laboral en el lenguaje típico penal, de modo inaceptable.

Es que lo que debe destacarse para distinguir entre un servidor del Estado y otro cualquiera, son tres caracteres: el título o investidura que se le otorgó, la función que le es inherente y la órbita o grupo de tareas encomendadas a su actividad de tal y que se señalan expresamente en la ley que organiza su empleo público, o la ordenanza o acuerdo en igual sentido, o las reglamentaciones de estas.

Que uno de tales *agentes públicos*, como los llama JOSÉ JOAQUÍN CASTRO MARTÍNEZ⁷, desempeñe tareas intelectuales y de disposición o mando u otros cargos materiales, como los de mera tenencia de bienes a cargo del Estado; que se designen por votación popular, por nombramiento directo o mediante contrato de trabajo con el Estado; que pertenezcan a la rama jurisdiccional o ejecutiva o legislativa; que el Código Sustantivo del Trabajo los denomine *trabajadores oficiales* o *empleados oficiales*, o que se los quiera llamar *empleados públicos* o sencillamente *servidores públicos*, esto nada importa; lo que el juez debe establecer es la órbita funcional, puesto que si entre las tareas asignadas a su trabajo hay alguna que se relacione con bienes puestos a su cuidado, ya sea como ordenador de estos o como su simple tenedor, ello no importa, porque puede ser un *peculador* y, de todas maneras, es un posible sujeto activo de delitos contra la administración pública.

El art. 63 del Código Penal fue reemplazado por el art. 18 de la ley 190 de 1995 con el siguiente texto:

⁷ JOSÉ JOAQUÍN CASTRO MARTÍNEZ, *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Ediciones Siglo XX, 1942, págs. 208 y ss.

"Art. 63. *Servidores públicos*. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

"Para los mismos efectos se considerarán 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.

"*Parágrafo*. La expresión «empleado oficial» se sustituye por la expresión «servidor público», siempre que aquella sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal".

De acuerdo con la nueva norma y tan solo para efectos de la ley penal, las palabras "empleado oficial" se reemplazarán por "servidor público" tal como lo dispone el art. 123 de la Constitución de 1991. Agrega la nueva norma una lista de empleados que se asimilan a "servidor público" y que, realmente lo han sido siempre, como los del Banco de la República y las personas señaladas por el art. 338 de la Constitución, como son los de las asambleas departamentales, concejos distritales y municipales; en cambio, la lista olvidó incluir al particular "encargado de un servicio público", que es distinto de quien ejerce transitoriamente una función pública y al que pensamos incluido entre los autores de los delitos de este título por la naturaleza misma de su oficio y, además, por extensión de las palabras "y por servicios" con que termina el primer inciso de la norma nueva.

Claro está que el art. 63 contiene una norma común, en la parte general del Código y aplicable a cada tipicidad, en donde el sujeto activo está cualificado por la expresión *empleado oficial*. Pero también debe entenderse que ello no significa que a todo el personal mencionado en el artículo pueda considerársele *sujeto activo* de cualquier tipo legal en donde la norma indique: "el empleado oficial que...". Por ejemplo, el *abuso de autoridad* que tipifica el art. 152 tiene como sujeto activo al "empleado oficial..., etc.". Por tanto, ello no significa que el *abuso de autoridad* pueda ser cometido por el que "transitoriamente desempeña funciones públicas" o por el "encargado de un servicio público", porque estos no ostentan autoridad alguna de la cual puedan *abusar*. Sus abusos se concretan a los tipos en donde cabe su actuación dolosa contra los intereses del Estado; la *concusión*, por ejemplo, para el "encargado de un servicio público"; el *cohecho*, para el que "transitoriamente desempeña funciones públicas"; el *prevaricato*, para este último, etc.

Es que cuando un tipo legal dice que el autor es un *empleado oficial*, la lista de personas asimilables que da el art. 63 debe aplicarse teniendo en cuenta quiénes de esta lista son verdaderamente posibles *autores* en cada tipicidad penal. La aplicación global de toda esta enumeración de personas resulta incon-sulta y vacua, y hasta peligrosa. De todos modos, era mejor el sistema del Có-

digo de 1936, porque para cada tipicidad advertía las cualidades exigidas : sus autores, sin acudir al negligente sistema de la *asimilación de empleos* de art. 63 del Código actual*.

Admitimos que esta equiparación pueda tener la eficacia legal de evita discusiones respecto a si la norma penal se aplica a un caso y a otros no; pero en otro sentido resulta absolutamente ineficaz. Por ejemplo, una persona llamada a prestar un servicio contractual al Estado jamás podrá ser considerada ni por asimilación de tareas, como *empleado oficial*. Tampoco podrá ser empleado oficial la persona a quien la ley encarga transitoria y concreta función pública como la de *justicia*, precisamente porque al *jurado* se le llama a esta tarea por no ser empleado público. Es incuestionable que un *militar* es, ha sido siempre y seguirá siéndolo, un empleado oficial; igualmente, no creemos que jamás haya habido la menor discusión respecto a si los miembros del Senado de la República, de la Cámara de Representantes, de las asambleas departamentales o de los concejos municipales, son también empleados oficiales.

5. LOS GÉNEROS DE DELITOS

Los hechos tipificados en el título III del libro 2º del nuevo Código Penal se refieren a lesiones o amenazas a la administración pública, la cual es un bien colectivo, porque a todos interesa la corrección y la equidad en el servicio público a cargo del Estado.

Se tipifican así: en el capítulo primero, *el peculado*; en el segundo, *la concusión*; en el tercero, *el cohecho*. En el capítulo cuarto se tipifica *la contratación indebida*, que en el Código de 1936 se llamó *negociaciones incompatibles* y que fue enriquecida descriptivamente en la última parte de este siglo en Colombia.

Por consiguiente, mientras que en el capítulo V del Código de 1936 se habla de *prevaricato*, este delito se halla contemplado en el capítulo VII del Código de 1980. Y en el capítulo V de este Código se ubicó la figura conocida como *tráfico de influencias*, que en el Código de 1936 estaba contemplada en el art. 198 como uno de los tipos legales de la llamada *colusión*, delito contra la *administración de justicia*. Sobre las razones de este cambio tendremos oportunidad de hablar más adelante. El capítulo VI del Código de 1980 agregó una nueva tipicidad penal: *el enriquecimiento ilícito*, la cual no figuraba en el Código de 1936 por obvias razones sociológicas, que conciernen a la mora en este momento de nuestra historia jurídica. En el capítulo VI del Código de 1936 se tipificaron los *abusos de autoridad* puros, y también *otras infracciones* cometidas por el funcionario. El abuso de autoridad, típico en sí mismo, se estructuró en el actual Código en su capítulo VIII, al igual que las *infracciones* de que trataba el Código anterior.

* El art. 1º del decreto 1732 de 1960 dispuso la genérica denominación de *empleado público* *funcionario ejecutivo* para todo trabajador regular y asalariado del Estado, rama ejecutiva, y cualquier que sea su jerarquía, labor y categoría estatal: Nación, departamento o municipio.

La usurpación de funciones públicas aparece en el capítulo VII del Código de 1936, y en el actual en el capítulo IX, mal denominado —advirtámoslo de una vez—, pues a lo anterior se le agregó la frase *y abuso de funciones públicas*, con lo cual se está permitiendo una mezcla entre el delito de *abuso de autoridad* y el *abuso de funciones públicas*.

El capítulo VIII del Código de 1936 tipifica los *delitos contra los funcionarios públicos*, frase de mal recibo en nuestro idioma; en cambio, en el actual Código estos delitos se tipifican en el capítulo X con la denominación *de los delitos contra los empleados oficiales*.

TÍTULO PRIMERO

**DELITOS CONTRA
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

CAPÍTULO I

DEL PECULADO

1. NOCIONES GENERALES

La voz *peculado* se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa *caudal*, según reza el *Diccionario* de la Academia. No hay duda alguna de que su origen está en el derecho romano y que cualquier autor remite a su fuente que es la voz *pecus*, que significa *ganado*. De ella dijo CARMIGNANI que la palabra *ganado* se usaba porque en esto consistía la riqueza de los antiguos, e igualmente, la riqueza del Estado romano¹. De acuerdo con ello, MOMMSEN sitúa su origen en la *Lex Julia*, que llevaba por título: *Peculatus et de sacrilegiis et de residuis*², ley esta que, según CARMIGNANI, se promulgó bajo Julio César y no durante el imperio de Augusto, como lo da a entender MOMMSEN³.

Llegando más allá, sabemos que los primitivos habitantes del Lacio, que fueron los umbro-sabélicos latinos, no tuvieron casi otra forma de obtener riquezas y vivir que con las reses o *ganado*, por lo cual ellos las llamaron "riqueza que se mueve por medio de sus pies". En latín pies se dice *pes*, y por tanto el *ganado* recibió la denominación de *pes*, primero, y *pecus* después. Y *pecus* fue la primera forma patrimonial, tanto en lo individual como en lo colectivo o tribal.

Con el desarrollo de Roma, la *pes* o *pecus* constituyó el medio más común de cambio, o sea de *moneda*. Y con el tiempo, ya por la época de los reyes, se sustituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre a los cuales el Estado acuñaba la cabeza de una *pecus*, o sea de un *buey*. Y a esta moneda se la denominó con el mismo nombre que le dieron los umbro-sabélicos: *la pecus*.

Con el tiempo los romanos aprendieron a reunir riqueza y a comprender que esto es acumular *pecus*, y por consiguiente, para señalar el patrimonio de cada uno, se hablaba de *pecunia*, palabra latina que es el origen de la castellana *pecunia*. Y comoquiera que el patrimonio o *pecunia* del Estado era sagrado, por aquella fusión primitiva entre lo religioso y lo estatal, el hurto de la

¹ GIOVANNI ALESSANDRO FRANCESCO CARMIGNANI, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, págs. 494 y ss.

² TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. II, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna (sin fecha), pág. 226.

³ G. CARMIGNANI, ob. y págs. cit.

pecunia del Estado era un delito capital, de derecho público, y recibió una de nominación diferente al *furtum común*, pues se la llamó *peculatus*⁴.

La citada *Lex Julia* fue la primera en tratar de él, y refiriéndose a su contenido, el glosador Labeón definió al *peculatus* como "el hurto del dinero público o sagrado, cometido por quien lo conservaba, no por cuenta suya", frase esta que de una vez delimita las estructuras del *hurto común*, del *peculatus*, del *abuso de confianza* propio de particular y sobre bienes no estatales⁵.

El tiempo amplió este concepto: para la época del *Digesto* de Ulpiano, el *peculatus* era el hurto del dinero del pueblo romano, que era el que pertenecía al Estado romano, en su generalidad. Hurto de dinero del municipio —escribe Papiniano— no es *peculatus* sino *hurto común*. Trajano y Adriano extendieron el *peculatus* a todo hurto de dinero público, así fuera municipal. Así quedó durante la Edad Media y así llega al Código toscano, sobre el cual Carmignani escribió sus *Elementos*.

Nuestra legislación arranca del Código de 1837, y hasta el actual que inició su vida jurídica el 28 de enero de 1981, el *peculado* es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente.

2. CLASES DE PECULADO

El Código de 1936 estableció cuatro especies de peculado:

Por destinación ilegal de fondos, tipificado por el art. 150.

Por uso y apropiación indebidos, tipificados por el art. 3° del decreto legislativo 1858 de 1951, convertido en texto de la ley 141 de 1961, art. 1°.

Culposo, tratado en el tipo legal del art. 154; y

Peculado por extensión, de que trata el tipo del art. 155.

En el Código de 1980 hay seis tipos legales:

Peculado por apropiación indebida, que es básico y está contemplado en el art. 133.

Peculado por uso indebido, tipificado por el art. 134.

Peculado por error ajeno, tipo del art. 135, que recogió lo que el Código de 1936 llamó *concusión impropia*.

Peculado por aplicación oficial diferente, tipificado por el art. 136.

Peculado culposo, que se tipifica en el art. 137; y

Peculado por extensión, de que trata el art. 138.

⁴ KORNEL ZOLTAN MEHESZ, *La injuria en el derecho penal romano*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1970, págs. 20 y ss.

⁵ CARMIGNANI, ob. y págs. cit.

Sección I. Peculado por apropiación indebida

1. LA NORMA

Art. 133. *Peculado por apropiación. Modificado. Ley 190 de 1995, art. 19.* "El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que esta tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a quince (15) años.

"Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad ($\frac{1}{2}$) a las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes.

"Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad ($\frac{1}{2}$)".

2. LA NORMA ANTERIOR

El texto del decreto 1858 de 1951, que pasó a formar parte del texto de la ley 141 de 1961, decía así:

"El funcionario o empleado público, o el empleado de empresas o instituciones en que tenga parte el Estado, que se apropie en provecho suyo o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros bienes que por razón de sus funciones está encargado de recaudar, o pagar, o administrar, o guardar, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años...".

Comparativamente, difieren la primera de la segunda norma, fundamentalmente en que en esta se tipificaban dos modalidades de *peculado básico*: como apropiación y como uso simple o goce de la cosa, en una misma tipicidad. En cambio, en el nuevo Código aparece el *peculado básico* como el peculado por apropiación indebida y, por tanto, el uso ilegal de aquellos bienes es una especie del peculado, con penalidad atenuada.

En cuanto a la tipicidad punitiva, es obvio que el Código de 1980 contiene, en general, mayores penas que el Código de 1936.

Se ha observado, sin duda, que cuando regía el texto del decreto 1858 de 1951, el tipo básico de peculado se describía en una sola estructura típica que abarcaba tanto su modalidad apropiativa como por uso indebido, recibiendo ambas el mismo trato penal. La insistencia en la comisión de este delito obligó al redactor del decreto-ley 100 de 1980 a separarlos en tipicidades diferentes, con un incremento de las penas. La ley 190 de 1995 conserva la separación típica, introduce algunas palabras que modifican un poco la sintaxis típica del peculado por apropiación y, sobre todo, incrementa notoriamente las penas.

3. CARACTERÍSTICAS

El peculado es un tipo legal que, en su forma de apropiación indebida, contiene la figura básica o rectora. Hablando en el lenguaje de CARRARA, es delito propio, lo cual significa que es de *sujetos activos cualificados*, con cualidad exigida de naturaleza jurídica, como es la investidura y la función del empleado público de manejo de caudales. El verbo rector *apropiarse* indica una acción material dirigida a las cosas o bienes allí descritos, y es de acción simple. El objeto material del peculado que analizamos se indica en su tipicidad con la palabra *bienes*, que en el Código de 1936 se reemplazaba con las voces *caudales* o *efectos*, o *caudales* u *otros bienes*. Hay elementos normativos como señalar cuál es la *participación* del Estado en una empresa o institución privada, o cuándo se confían a su administración o custodia, y por razón de sus funciones, los bienes de los particulares.

De acuerdo con la caracterología italiana, diríamos que es un delito *instantáneo* en su consumación, que admite *tentativa* y que tiene como titular del derecho protegido o sujeto pasivo de la acción punible al Estado, en cualquiera de sus manifestaciones: nación o departamento o municipio. Incluye los conceptos geográfico-administrativos de "territorios nacionales".

4. ESTRUCTURA

1. La oración típica

La descripción del hecho típico se puede descomponer, gramaticalmente, en los siguientes elementos oracionales:

- a) *El sujeto*: que es el *empleado oficial* y que es su autor cualificado.
- b) *Verbo*: *apropiarse*, que es transitivo e indica un delito de resultado.
- c) *Predicado*: que tales bienes se hallen bajo su administración como mandatario del Estado, y los tome para su provecho personal o de terceras personas, con lo cual le arrebatada disponibilidad al Estado.
- d) *Complemento indirecto*: señalado por el sustantivo *bienes*, y que expresa el *objeto material del peculado*.
- e) *Complemento del sujeto*: señalado en la figura típica por la frase "cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones...". Califica tanto al *servidor público* como a los asimilados según el texto del citado art. 63 del Código Penal, tal como esta nueva ley lo redactó, son *aptos para pecular* y por lo tanto la frase indica el "abuso de poder" en que incurrir al cometerlo.

2. La cuantía

Interviene excepcionalmente en la estructuración de los tipos legales. Es elemento indicativo del procedimiento que se debe seguir, en la mayoría de los casos. Pero en el delito de peculado la cuantía forma parte de la *tipicidad punitiva*, porque sirve para graduar las penas, cuando lo peculado "encaja en

las cuantías señaladas en salarios mínimos legales mensuales vigentes, según los dos últimos incisos del citado artículo. Las calidades de "salario mínimo legal mensual" hace referencia al fijado anualmente por el Ministerio del Trabajo de acuerdo con el presidente de la república, y la de "vigente" significa que la pena por multa debe adecuarse al que se halle en vigencia al momento de cometerse el peculado".

5. LOS SUJETOS ACTIVOS

En el delito de peculado se pune la lesión sufrida por la administración pública, al ser despojada de la disponibilidad de sus bienes. Obviamente que se despoja al Estado por parte de quienes ostentan el poder administrador de tales bienes, como son los *empleados oficiales* o servidores públicos. Son ellos los que tienen el poder administrador y, al hacerlo, deberán obedecer la ley que dispone el destino que ha de darse a tales bienes. Al apropiárselos, el Estado pierde su disponibilidad y el bien no cumple su finalidad propia y legal. Es, por lo tanto, un empleado oficial de manejo del bien, y por manejo del caudal entendemos no solo la administración material o tenencia del bien, sino su disponibilidad jurídica, aunque la tenencia material corresponda a otro funcionario. De suyo, teniendo en cuenta esta diferencia entre el manejo directivo y el manejo formal o material del bien, el art. 156 del anteproyecto de 1976 incluyó entre las funciones del sujeto activo, "la disponibilidad jurídica" de tales bienes".

En consecuencia, el ordenador del gasto, el custodio del caudal, el ejecutor subordinado de las órdenes de quienes manejan los destinos de tales bienes, desde que cumplen su función como parte orbital de las que la ley o sus reglamentos les hayan asignado, son sujetos activos del peculado, y quedan comprendidos entre quienes se llaman *empleados oficiales* en el art. 133 del Código Penal.

El otro sujeto activo posible —conforme lo dispuso el art. 63 con que se complementa esta parte del tipo que estudiamos— es el empleado de una empresa o institución *en la que tiene parte el Estado*.

Ante todo, subrayemos que se trata de un empleado particular, no investido, por lo tanto, del título de *funcionario*, aunque el art. 63 lo asimile a tal. Lo es de una empresa o institución de derecho privado, en la cual el Estado participa para su vida económica. En sí mismo el peculado es delito propio, según lo dijimos con base en el concepto de CARRARA, lo cual significa que es comisible de manera exclusiva por quien ostenta la investidura de funcionario. Quizás resulte forzada la figura de peculado para hechos atribuibles a quien carece de investidura pública; no obstante, como dijo la Corte Suprema, es preciso reprimir severamente todo concepto patrimonial del Estado.

⁶ En igual sentido, auto del 2 de octubre de 1975, Corte Suprema de Justicia, *Extractos de Relatoría*, en mimeógrafo.

El nuevo art. 63 del Código Penal hace una lista de *servidores públicos* diciendo quiénes lo son y quiénes se le *asimilan* para el solo efecto de la ley penal. No importa, pues, que se trate de personas ajenas por la naturaleza de su profesión u oficio al *servicio público* si de manera transitoria o permanente y sin investidura oficial, ejerce una función pública, como el árbitro o el conjuez. Igualmente quien, sin título o investidura, presta un servicio público, como los contratistas en obras públicas, especialmente por la llamada *administración delegada* manejan dineros de interés del Estado. El *poder del Estado* se extiende a ellos en cuanto a la tarea encomendada, y de este *poder por extensión* abusan cuando se apropian de tales bienes.

6. EL ABUSO DE PODER

El art. 6º de la Constitución actual, que es copia del art. 20 de la Constitución de 1886, dispone esto: "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Así que la responsabilidad del servidor público abarca las tres ramas de lo reprochable: el penal, el político y el disciplinario; el particular solo uno, el penal, y a veces, cuando lo dice la ley, dos con el disciplinario, como ocurre con algunos profesionales, como los médicos y los abogados⁷.

Según nuestro ordenamiento positivo vigente, de dos modos se reprocha y sanciona el abuso de poder: como hechos que constituyen una violación de derechos tutelados por la ley penal, comoquiera que son constitutivos de desorden o desarmonía socio-jurídica, en cuyo caso recibirán la denominación de *abusos de autoridad específicos*, como los llamaba CARRARA; o también como hechos que sin alcanzar al grado de desorden social o jurídico, ni destruir o amenazar derechos tutelados, sí logran un desorden funcional, o sea, una mala o indisciplinada prestación de la función encomendada al empleado público. CARRARA los llamó *abusos de autoridad genéricos*. Estos son básicos para integrar los estatutos *disciplinarios*. Los abusos de poder específicos figuran en el Código Penal y forman parte de la estructura típica de los hechos punibles, unas veces como un elemento más en la estructura de un delito denominado específicamente por la ley penal, y se conocen como *abusos de autoridad nominados*. En otras ocasiones el abuso de poder no integra la estructura de otro delito, sino que aparece solo, como hecho autónomo y lesivo de derechos tutelados. Es cuando se tipifica él solo en una norma especial, que se llamará *abuso de autoridad* (C. P., art. 152) y se conocen como *abusos de autoridad innominados*.

Respecto a esta clásica diferencia entre las varias formas de darse el abuso de poder, dijo la Corte:

⁷ Ley 23 de 1981 y decreto-ley 196 de 1971.

"Los funcionarios públicos, de acuerdo con el mandato del art. 20* de la Carta Política, deben responder como particulares por infracciones de la Constitución y de las leyes, y, además, por extralimitación de funciones. El mayor ámbito de responsabilidad impuesta por la carta a los funcionarios públicos corresponde, como es natural, a las mayores funciones, acordadas a quienes tienen una especial vinculación con entidades de derecho público de cualquier orden. A mayores funciones deben corresponder mayores responsabilidades, en cuanto a que su conducta por la relación en que se hallan con la administración pública, puede lesionar ese interés público que se relaciona con el prestigio y el buen nombre de la administración..."

La Corte reconoce que existen dos maneras de quebrantar este especial deber funcional frente al prestigio de la administración que todo empleado público representa: Como hecho típico penal, "al elevar a la categoría de delitos todas aquellas infracciones contenidas en la parte especial del Código Penal y que tienen como ingredientes constitutivos precisamente una actividad funcional del agente...". O bien como acto fuera de la disciplina propia de quien ostenta el poder de administrar: "la Constitución se refiere a otro tipo de responsabilidad en que pueden incurrir los funcionarios públicos, y solamente ellos, que es la responsabilidad disciplinaria consagrada en el artículo 62 de la misma..."⁸.

De suerte que cuando el ejercicio de la función y el consecuente abuso de poder funcional forman parte de la estructura de un delito porque son —como dice la Corte— un ingrediente más en su composición, se tiene el *abuso de poder* como elemento constitutivo en su tipicidad, y es lo que ocurre con la mayor parte de los que se tipificaron en este título tercero del libro segundo del Código Penal, desde la ley 95 de 1936 y en el decreto-ley 100 de 1980.

El texto del decreto 1858 de 1951, al hablar de la función de la cual se abusa, usaba las voces *administrar*, *recaudar*, *pagar* o *guardar*. Cada una de ellas indica el poder de disposición o manejo de los bienes que ostenta el sujeto activo y del cual hace mal empleo al apropiárselos. El art. 133 del nuevo Código, al tratar de la función de la cual se abusa, emplea las palabras *administración* o *custodia* del bien, en ejercicio del empleo público; abusa de este poder, al apropiárselo.

Administrar, según enseña el *Diccionario* de la Academia, es tanto como "gobernar, regir y cuidar". Es darle al caudal que se le confía el destino legal por cuyo conducto se pretende obtener el fin de bienestar común, propio de las aspiraciones del Estado. Por ello MAGGIORE identifica esta expresión con la de *gobierno*, y RICARDO LEVENE (h) la subraya como la expresión de *poder* directriz que para Kelsen solo logra su verdadero sentido en el ámbito total, es decir, *nacional* y no en parcialidades a escala local, como son las *municipalidades*.

* Hoy art. 124 de la actual Constitución Política.

⁸ Casación del 27 de septiembre de 1976, en *Extractos de relatoría* (mimeógrafo), publicación del Ministerio de Justicia, 1977.

El administrador conduce el bien o caudal del Estado a sus fines, trazados previamente por la ley y la Constitución. Para ello se le confían, y tiene poder estatal o público para lograrlo. Al darle un destino diferente y tomarlo para sí, se lo apropia, y al apropiárselo, usa mal su poder administrador.

No es menester que quien administre tenga, material o tangiblemente, la cosa que administra. La tenencia material del bien de que se dispone ilícitamente, es una forma de administrarlo, pero no la única, porque puede suceder que el administrador no sea quien lo *tiene*, sino quien da la orden de disposición del bien. Otros serán los encargados, materialmente, de tomarlo de un lugar y colocarlo en otro, lícitamente. Esta diferencia en la metodología de quienes administran la patentiza el art. 156 del anteproyecto de 1976, puesto que, al referirse a la función de la cual abusa el sujeto activo, agrega: "...cuya... disponibilidad jurídica le haya sido confiada en razón de sus funciones", como algo diferente de *recaudar* o *custodiar*. El art. 133 no incluye la frase anterior, pero es innecesario frente al verbo *administrar*, porque el funcionario administra si materialmente *tiene* el bien, como cuando *custodia*, o *recauda*, o *paga*, o *guarda* por cuenta del Estado. También administra quien solamente tiene la disponibilidad jurídica u ordenamiento sobre los bienes, aunque no su tenencia o contacto material con ellos.

Sobre el concepto de *administración* ha dicho la Corte Suprema lo siguiente: "Las expresiones recaudar, pagar, administrar o guardar que utilizaba la disposición recientemente derogada, equivalen a las de administración y custodia que utiliza la codificación vigente. El vocablo administración comprende las acciones de recaudar y pagar, pues tal como lo señala el Diccionario de la Real Academia, dentro de las distintas acepciones de administración está la actividad de quien «tiene a su cargo la recaudación de rentas y el pago de las obligaciones». A su vez son equivalentes las acciones de guarda y de custodia empleadas por las dos disposiciones. El delito de peculado se comete no solo por un empleado oficial sino que además es indispensable que los bienes de que se apropia el agente sean de aquellos cuya custodia se le haya confiado por razón de sus funciones. En otras palabras, no es suficiente la calidad oficial en el agente y en los bienes, sino que es indispensable la relación funcional entre aquel y estos, que supera el simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinalmente se ha dado en llamar disponibilidad"⁹.

Pero la mera *tenencia* o contacto material aun sin la disponibilidad u ordenamiento del bien, es suficiente *administración* por parte del empleado oficial, si aquella le fue conferida en el ejercicio de sus funciones y para el cumplimiento propio de los fines de su empleo oficial. La disposición de los bienes del Estado es la facultad para dar órdenes sobre ellos, y no todo empleo oficial autoriza al empleado público para ello. En cambio, casi todo empleo oficial comprende equipo o material que constituye bienes del Estado, apto para que el respectivo empleado pueda desempeñar su oficio. Así, por ejemplo, para cumplir su función, un escribiente tiene a su cargo una máquina de escribir y equi-

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de diciembre 6 de 1982.

po de oficina. Por consiguiente, basta que se le asignen unos cuantos bienes para cumplir su labor; la tenencia o simple uso de los bienes del Estado, pero conforme a su órbita funcional, aun sin prescribirlo expresamente alguna norma escrita —siempre que la índole o naturaleza misma de la función que se desempeñe lo indique—, es suficiente *administración* de ese bien, y su disposición o pérdida implican *peculado* doloso o culposo, según el caso. Por eso la Corte ha dicho reiteradas veces:

“Lo relievante para el derecho penal, en relación con el delito de peculado, no es que el sujeto activo sea *empleado de manejo* u ordenador, en el sentido de que deba dedicarse funcionalmente en forma exclusiva a recibir y pagar dineros, o que tenga bajo su inmediata vigilancia esos bienes, o, en fin, que directamente sea él quien ordene los pagos, sin mediación de otros. Lo realmente importante es que el funcionario o funcionarios públicos tengan la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico-penal. Vale decir, es entendida simplemente como la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro”¹⁰.

Quizá no sobre advertir que la facultad de disponer del bien —aunque no es preciso que surja de la norma escrita, sino de la naturaleza misma del empleo público—, puede no ser de hecho, o fáctica, sino jurídica: nacida de la órbita de sus funciones y para el necesario cumplimiento de sus fines. Si el bien está naturalmente adscrito a la función de otro, el empleado que se lo apropia o usa o deteriora, comete *hurto* o *daño en cosa ajena*, mas no *pecula*.

Reiterando su pensamiento en sentido de que la formulación de un cargo por el delito de peculado se fundamenta en la posesión jurídica del bien del Estado, por parte del servidor público, dijo la Corte Suprema: “Para delimitar el campo jurídico en que puede cometerse el peculado, deben fijarse, en primer término, dos límites negativos: que la posesión no se haya obtenido por un medio ilícito y que no esté expresamente prohibida por la norma legal. El bien debe entrar en poder del funcionario en consideración a la función en cuanto, si no la tuviera no se lo hubiera entregado”¹¹.

Otro sujeto activo del peculado por apropiación es el “empleado de empresas o de instituciones en que este tenga parte...”, es decir, cuando el Estado tenga participación en ellas. Este tipo, contemplado en el decreto legislativo 1858 de 1951, fue adoptado por los redactores de los anteproyectos de 1974, 1976 y 1978, pero de modos diferentes, e incluido de la misma manera y con excesiva generosidad en el articulado del decreto-ley 100 de 1980.

Mientras que el anteproyecto de 1974 —como lo era el texto del decreto 1858 de 1951 y lo es el actual art. 133 del Código de 1980— se limita a incluir en cada tipicidad de peculado al “empleado de empresas o instituciones en

¹⁰ Auto del 2 de octubre de 1975, en *Extractos*, cit.; sentencia del 25 de noviembre de 1976 y casación del 22 de febrero de 1979, en *Jurisprudencia penal de la Corte*, Bogotá, Lex Ltda., 1980, págs. 181 y ss.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, casación de noviembre 18 de 1980.

donde tenga parte el Estado", como un sujeto activo más, los anteproyectos de 1976 y 1978, por el contrario, fijaron normas especiales para tratar del *peculado* que puede cometer dicho sujeto, lo cual, desde luego, resulta un poco mejor.

El art. 163 del anteproyecto de 1976 advierte que "se consideran bienes de la administración pública... los de cualquiera otra entidad en la cual el aporte oficial represente más del cincuenta por ciento del capital pagado". Esta fórmula desfigura la imagen —muy concreta por cierto— de la empresa de economía mixta y de la institución de utilidad común, a las cuales se refiere el decreto 1858 de 1951. Su excesiva generalidad la hace inconveniente, pero la fórmula de excluir a dicho sujeto de la tipicidad en cada *peculado* y hacer su propio tipo de *peculado por extensión* era mucho mejor.

El art. 165 del anteproyecto de 1978 trató de hacerlo así, llamándolo *peculado por extensión*, pero al hablar sobre "auxilios o aportes recibidos de las entidades mencionadas en el art. 167, cuya recaudación, custodia, administración o disponibilidad jurídica le hubiere sido encomendada, siempre que su inversión esté sometida al control y vigilancia oficiales", la redacción del tipo se hizo mucho más nebulosa que la del anteproyecto de 1976.

En efecto, sí era preciso delinear la empresa de economía mixta y la institución de utilidad común, conforme nació en el decreto 1858 de 1951, y eso fue lo que hizo el decreto 100 de 1980, pero con un gran desacierto, a nuestro entender: en cada tipicidad de *peculado* lo nombra como uno de sus posibles *autores*, y remite, innecesaria e inconvenientemente, al empleado de tales empresas o instituciones, al *peculado por extensión*, que está contemplado en el art. 138.

Nuestro problema ahora, con respecto a este personaje, es el siguiente: comoquiera que el *abuso de poder* es un elemento que invariablemente acompaña a la acción *peculadora*, puesto que se trata de un delito *propio* del funcionario, cuya naturaleza de tal no puede entenderse sino mediante el abuso de poder, ¿cómo entender que incurra en tal *abuso* un particular empleado —particular y no oficial— de una empresa de economía mixta o de una institución de utilidad común, cuyo patrimonio está sujeto al derecho comercial, privado, no es de derecho público, y si tales trabajadores están sujetos al Código Sustantivo del Trabajo y no al derecho público?

El tráfico de la vida moderna creó un tipo de empresa en la cual participan patrimonios del Estado y de los particulares, para llenar en la mejor forma posible los vacíos industriales y laborales que existen en la sociedad, y lograr más fácilmente el bienestar común. Tales empresas se denominan *de economía mixta*. La ley que las creó¹² instituye una serie de medidas tendientes a proteger la inversión estatal en la economía privada, y la ley penal coadyuvó a este propósito mediante el decreto 1858 de 1951, al elevar a la calidad de *peculado* la apropiación o uso de sus caudales, siempre que en ellos haya invertido —*participe*, dice la ley— el Estado. Lógicamente, no es lo mismo que un par-

¹² Ley 151 de 1959, la primera de ellas.

ticular invierta en una sociedad de comercio, a que lo haga un establecimiento público o estatal, puesto que el primero es dinero de interés individual, y el segundo es dinero del público y de interés comunitario. Proteger este interés resulta obvio, y las medidas punitivas que sancionen con mayor rigor el posible delito de quien, manejándolo (el caudal), se lo apropie o use indebidamente, se justifican. Así, la Corte, para justificar dicho decreto, manifestaba:

"El objeto del decreto fue el de asegurar aquellos dineros, no como pertenecientes a persona jurídica particular, a fin de evitar que los empleados se los apropien..."¹³.

Por consiguiente, se trata de un sistema penal de protección al patrimonio económico del Estado, que es patrimonio público o colectivo. Y, también, se trata de una *empresa* que es una sociedad de comercio que, conforme lo dice la ley, se dedica a actividades económicas organizadas para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de los bienes o prestación de servicios¹⁴. La empresa tiene ánimo de lucro, le enseñan al estudiante en la facultad de derecho. Es su característica y distintivo de la *institución*. Esta es de naturaleza privada (sus empleados lo son), se sujeta a leyes y controles especiales¹⁵, e integra un capital de interés público o colectivo y no privado, pero de origen y control privados. La institución, conocida como de utilidad común, carece de ánimo de lucro, o lo tiene, pero de servicio social.

El Estado puede participar en la vida económica de los particulares y, por ende, puede invertir en la estructura patrimonial de la empresa o en la vida financiera de la *institución*. Para ello aporta el capital social de la primera y, a cambio, recibe acciones o cuotas de su interés social y percibe sus dividendos. En cambio, no recibirá dividendos de una institución, pero puede coadyuvar a su finalidad comunitaria, aportando a su capital por medio de donaciones o de cuotas periódicas. En ambos casos es obvio que el bien que el Estado aportó, entrado al patrimonio de la empresa o de la institución, dejará de ser patrimonio estatal para pasar a constituir patrimonio de la empresa o de la institución misma. Su patrimonio es privado, como de derecho comercial es la empresa de economía mixta y sus empleados están sometidos al derecho sustantivo del trabajo.

Solamente hay una cuota de *interés* estatal sobre las partes en que se divide su capital, que cuando se trata de sociedades anónimas se llaman *acciones* o en las demás *interés social*. Sobre los bienes sociales no hay interés estatal, ni siquiera fingido. De consiguiente, solo por mandato de la ley que fingió el peculado podrá decirse que el empleado de aquella empresa o de esta institución, tiene *poder público* para manejo de los *bienes sociales*. Y este poder público lo tiene a partir del contrato social mediante el cual el Estado entró a formar parte de los socios en esta empresa o institución. Es casi lo mismo que hemos dicho para el *encargado del servicio público* mediante un con-

¹³ Casación del 7 de marzo de 1969, en revista *Temas*, núm. 5, Medellín, 1970.

¹⁴ Código de Comercio, art. 35.

¹⁵ Creación de la ley 93 de 1938.

trato con el Estado: su *poder público* no nace de la investidura ni del ejercicio transitorio de una función, sino del contrato mismo, en cuanto lo habilite para prestar ese servicio.

Hemos buscado afanosamente la explicación de ese poder público en el empleado particular de una empresa de economía mixta, porque es de la esencia del delito de *peculado* que quien se apropie o use mal los caudales que administra, ostente al hacerlo el *poder estatal* para su administración y *abuse de este poder*. Si la ley *finge* la denominación de *peculado* para él, también es fingido que su *poder público*, como administrador de cuotas de interés social del Estado, nace del contrato social mismo. Definitivamente, esta es una mala figura típica, aun aceptando su buen propósito.

Otro problema estriba en la *cantidad de interés* que debe tener el Estado en esta empresa o aquella institución. Frente al decreto 1858 de 1951, que nada decía a este respecto, muchos jueces aplicaron una norma contenida en el art. 4° de la ley 151 de 1959, según la cual el Estado participa en empresas de economía mixta, siempre y cuando que su aporte de capital sea o exceda del 50% del total aportado. A este respecto, la Corte tuvo que despejar incógnitas, manifestando que la ley penal tutela todo aporte del Estado a la iniciativa privada, aun de sumas inferiores a las porcentuadas en esta ley¹⁶.

Lo anterior era lógico, si se tiene en cuenta que el interés penal no es el proteger la inversión del Estado respecto de los vaivenes económicos, sino prestar tutela al patrimonio de la colectividad para que no se desvíe de su finalidad de *bienestar común* y que cualquiera sea la *cantidad* del bien estatal aportado merece igual protección penal. No obstante, el nuevo Código, en el num. 1 del art. 138, preceptúa que solamente recibe tutela penal con la denominación y castigo correspondiente al *peculado*, cuando la participación estatal en la empresa de economía mixta o en la institución de utilidad común lo hace dueño del mayor interés social en la sociedad respectiva. No es exactamente un cincuenta por ciento del patrimonio social total, sino la mayor parte de cuotas de dicho interés, así sea suma inferior al 50%.

La cuantificación de lo tutelado no es lógica, no solo porque cualquiera que sea la suma aportada es *interés colectivo* y de *bienestar común*, sino porque, repetimos, el Estado no es dueño de dicho capital, sino una persona jurídica distinta. Mejor sería si desapareciera esta cuantificación.

7. BIENES O FONDOS PARAFISCALES

El art. 19 de la ley 190 de 1995 introdujo en el texto típico del art. 133 del Código Penal los "bienes o fondos parafiscales" cuya disposición o manejo corresponde al *servidor público*. Para es un prefijo que significa *al lado de*, por lo que parafiscal es el bien que, sin pertenecer a los que por su naturaleza son del Estado, ni ser los que por la misma lo son de los particulares, el Estado

¹⁶ Casación del 7 de marzo de 1969, en revista *Temas*, núm. 5, Medellín, 1970.

controla o administra por ministerio de la Constitución y cuyo manejo e inversión corresponde al ejecutivo, según dispone el art. 189, num. 26 de la Constitución actual.

El Estado puede intervenir, pues, como socio en empresas de derecho privado, vigilar y disponer bienes de particulares destinados a beneficio común o de organizaciones no gubernamentales destinados a beneficencia. Esta vigilancia y manejo constituye una función fiscalizadora al lado de la fiscal parafiscal.

Además, el art. 355 de la Constitución prohíbe al Estado decretar el pago de auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado y, según dice la Corte Constitucional, esto se entiende solamente a partir de su vigencia que fue el 7 de julio de 1991. Según su pensamiento, unos auxilios decretados bajo el régimen de la Constitución de 1886, que a de julio de 1991 no habían tenido ejecución o cumplimiento real, podrán retenerla aun bajo el imperio de los arts. 136, num. 4 y 355 de la nueva Constitución sin cometerse *peculado*. Así dijo: "En la medida en que el pago de tales auxilios se sujeta al programa de control y que los fondos se asignen efectivamente a la finalidad social contemplada en la ley, los efectos de este conjunto de normas provenientes del régimen constitucional anterior gozan de respaldo bajo el nuevo hasta su normal agotamiento"¹⁷.

No lo creemos así: una ley penal entra en vigencia tan pronto se promulga y si los hechos que agotan la figura delictiva aún no se había ejecutado, puede decirse que la ley o la Constitución ya derogada constituyen un manto de impunidad. Si se decretaron unos auxilios o unas donaciones a particulares en vigencia de la vieja Constitución, pero los cheques o egresos con que se debe ejecutar no se habían efectuado, el cumplimiento de estos después de entrar en vigor los arts. 136, num. 4 y 355 de la nueva Constitución agota un *peculado* por apropiación indebida, y la sentencia de la Corte Constitucional no es razón suficiente para no sancionarlo.

Al tratar de las características de esta tipicidad, dijimos que admite *tentativa*. En realidad, es muy posible que transitando por la etapa ejecutiva de su *iter criminis*, para emplear el lenguaje de los prácticos, el resultado no se logre merced a algo o alguien que lo impidió, a pesar de la voluntad positiva del autor. Por tanto, el *peculado intentado* es posible y punible como tal, siempre que los hechos ejecutados sean por sí mismos idóneos para lograr resultados. medida penal que se aplicará conforme al art. 22 del mismo Código.

Salvo los casos en que el autor sea una de las personas contempladas en el art. 63 del Código Penal, asimilados a un "servidor público", el autor de un *peculado* debe tener título de *servidor público*, estar posesionado y en ejecución de su cargo al cometerlo. Por consiguiente, un particular puede intervenir en un *peculado* solamente como cómplice. Como tal, puede ser un partícipe en hechos esenciales o accidentales o un participante intelectual, pero siempre

¹⁷ Corte Constitucional, sent. 4 febrero 1993.

cómplice. Para ser autor de un peculado siempre se exige la presencia de un *servidor público* con título funcional. Oigamos lo que dijo la Corte sobre la participación en el peculado:

"Si el hecho ejecutado constituye delito, claros principios directrices, expresamente contemplados en el Código Penal y que son fiel trasunto de la orientación científica que lo inspira, llevan necesariamente a aplicar disposiciones atinentes a la participación criminosa"¹⁸.

8. EL OBJETO MATERIAL

La acción cumplida por el empleado que pecula se expresa mediante el verbo *apropiar*, y en el articulado de la ley 95 de 1936 se refiere a los sustantivos *caudales* o *efectos* que estén bajo su administración funcional, palabras estas que en el Código de 1980 se cambian por la única de *bienes*.

La cuarta acepción dada por la Academia a la palabra *caudales* "*hacienda o bien de cualquier especie y, más comúnmente, dinero*". *Efecto*, para la misma Academia, es "documento o valor mercantil, sea nominativo endosable al portador". Quizás en el lenguaje propio de la economía del siglo XIX se emplearan estas palabras, porque lo cierto es que los códigos de comercio actuales utilizan la única de *bienes*, que es genérica y comprende todo aquello que constituye patrimonio o renta o capital a cargo del Estado, sea porque le pertenece o porque la ley le encomendó su administración. Ese cambio es sustancial y plenamente justificado.

Son bienes a cargo del Estado no solamente los que le pertenecen sino los que pertenecen al particular, pero que el Estado administra. Es el caso de un vehículo decomisado por causa de un delito culposos en accidente de tránsito; de dineros embargados en manos de los jueces, como el arma con que se cometió un homicidio; de sumas consignadas en la cuenta bancaria de un juzgado para garantizar la no malicia de un embargo y secuestro de bienes; etc.

La cuantía no interviene en la estructuración gramatical del hecho punible, sino para adecuar la gradación de las penas aplicables. La ley 190 de 1995 escinde el peculado por apropiación, en cuanto a la cuantía de lo indebidamente dispuesto por el autor, en dos grupos: a) si lo apropiado no supera el valor correspondiente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena fijada será disminuida de la mitad ($\frac{1}{2}$) a las tres cuartas ($\frac{3}{4}$) partes; b) si lo apropiado supera el valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, la pena señalada por la figura básica se aumentará hasta en la mitad de lo que se haya de imponer.

9. LA ACCIÓN O HECHO DESCRITO

Desde el Código del doctor JOSÉ VICENTE CONCHA —ley 109 de 1922, que nunca entró en vigencia—, el peculado ha sido tipificado como un hecho pu-

¹⁸ Sentencia del 8 de julio de 1960. "G. J.", núms. 2228-2229.

nible de acción compuesta y alternativa, con dos modalidades comisivas señaladas por los verbos *apropiarse* y *usar*. Así entró en la ley 95 de 1936, con la frase quizá demasiado genérica de "El funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales..., etc.". La más obvia interpretación de la frase era la de deducir de ahí que el *uso* en voz genérica que comprende tanto el goce del caudal como la apropiación de este. Pero la manía interpretativa de algunos de nuestros jurisconsultos vio ambigüedad en esta frase, y tal vez queriendo excusar aquellos en que el caudal no es apropiado, sino gozado por fuera de los límites de uso que consagra la ley, dijeron que el art. 150 del Código de 1936 solo comprometía a quienes se *apropiaban* o sustraían de modo definitivo el caudal. Para llegar a ello, ataban la frase anterior ("en cualquier forma haga uso indebido") con la del art. 151, que decía: "lo sustraído o apropiado", para desprender de ello que ese *uso en cualquier forma* era tan solo la *apropiación o sustracción apropiativa* del caudal, no su uso o goce transitorio.

Se quedaban impunes los *usos* temporales o goces transitorios, tan utilizados entonces como hoy; solo que actualmente se quedan impunes por falta de aplicación de la norma. Para obviar el problema de impunidad, el gobierno nacional creó el tipo penal correspondiente, mediante el decreto legislativo 1858 de 1951, cuyo texto, al levantarse el estado de sitio en diciembre de 1958, se convirtió en el art. 1º de la ley 141 de 1961. Este decreto, en su art. 3º, decía: "...se apropie en su provecho o de un tercero, o en cualquier forma haga uso indebido de los caudales... etc.". La frase típica hacía claridad para los intérpretes: *apropiarse*, separada del verbo *usar* por la disyuntiva *o*, significa que el peculado tiene doble posibilidad comisiva, alternativamente: o el autor se apropia del caudal, o simplemente lo usa; esto es: lo goza y lo restituye al Estado, que era lo que estaba quedando impune y llenaba de inmoralidad el uso de bienes estatales por sus funcionarios.

No obstante la aplicación de la ley, rigurosa en la mayoría de las veces, en cuanto a la *apropiación indebida del caudal*, no lo fue para el simple uso. Además, en muchas ocasiones, dentro del concepto de *uso* o *gocce* no cabían con plena nitidez otras formas de *usar* bienes del Estado, como ocupar trabajadores públicos en beneficio privado del funcionario, o la utilización de servicios oficiales, como un aparato de télex, de imprentas oficiales, etc. Fuera de esto, el trato punitivo no podía ser igual para quien se apropiaba de los caudales que para quien simplemente los gozaba, sin despojar al Estado de ellos.

Por esta razón, desde cuando se redactó el anteproyecto de 1974 se pensó en elaborar dos tipos penales diferentes, uno para el "peculado por apropiación" y otro para el "peculado por uso", desde luego con penalidad más benigna para este último. Así lo explicó la Comisión de ese año:

"Se han separado, por razones de lógica jurídica y de equidad, en normas diversas las especies de peculado por apropiación y de peculado por uso indebido, y se ha dado a cada una de ellas penalidad diversa..."¹⁹.

¹⁹ Anteproyecto de 1974, *Exposición de motivos*, Bogotá, publicación del Externado de Colombia, 1974, pág. 358.

Así fraccionado se conservó en los anteproyectos de 1976²⁰ y en el de 1978²¹, y así entró en el texto del decreto 100 de 1980; por tanto, los arts. 133 y 134 del nuevo Código Penal contendrán tipicidades diferentes para el peculado por apropiación y uso indebidos, con trato punitivo distinto y hasta con modalidades comisivas novedosas, para este último, como después lo veremos.

Como quiera que estamos haciendo exégesis del art. 133 del decreto 100 de 1980, la acción descrita en su tipicidad es simple, señalada por el verbo *apropiarse*, y el predicado de la oración típica se refiere a los posibles sujetos activos, indicados por las palabras *empleado oficial*, las cuales tiene los alcances dados por el art. 63 de la misma obra y, además, al empleado de empresa o institución en que tenga parte el Estado, según dice la misma norma.

Antes de continuar con este análisis, es preciso aclarar un caso de aparente contradicción en que incurre el redactor del Código de 1980, notorio al compararse el texto del art. 133 con el num. 1 del art. 138 subsiguiente: mientras que en el primero de estos artículos se dice: "*el empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que este tenga parte...*", el art. 138, num. 1 dice: "*también incurrirán en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas, sobre: 1º) Bienes que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a título de auxilio o aporte de este...*".

En realidad, la disposición contenida en el artículo es redundante, frente a la incluida en el art. 133, y que es la misma que se repite en los arts. 134, 136 y 137. De lo que se trató, desde la aparición del decreto 1858 de 1951, fue de incluir como un tipo de peculado la apropiación y el mal uso de caudales pertenecientes a la empresa privada, en la cual el Estado aportó como un socio más. Las instituciones financieras estatales —como el Instituto de Fomento Industrial— permiten la constitución de este tipo de empresa, a la cual se la denominó pomposamente *empresa de economía mixta*. Es obvio que el aporte de capital estatal no quita a su naturaleza el ser de derecho privado comercial, como tampoco es verdad que su capital sea del Estado. Aquel principio de que la persona jurídica desplaza a la individualidad del socio, sea este persona natural o jurídica (la sociedad socia), en la posesión y administración de su propio patrimonio sigue siendo el mismo, a pesar de tratarse de una sociedad con el Estado. Por esto la tutela de los aportes estatales debiera hacerse sujetándose a normas especiales que convirtieran la apropiación de estos capitales en un peculado. Personal de manejo de una empresa de economía mixta es personal sujeto al derecho laboral común, esto es, al Código Sustantivo del Trabajo.

²⁰ Anteproyecto de 1976, *Articulado y exposición de motivos*, Bogotá, publicación del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, 1976, pág. 13, arts. 156 y 157, respectivamente.

²¹ Anteproyecto de 1978, *Texto del articulado, exposición de motivos y aplicaciones*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1978, arts. 160 y 161.

Pero la ley, como quiera que en el capital de tales empresas hay interés estatal, lo asimiló al empleado público, sin serlo.

El peculado por extensión, tipificado en el art. 138, se relaciona con los mismos hechos punibles que se estructuran en los arts. 133, 134, 136 y 137, y, aun cuando parece más una simple reiteración de ellos, la norma específica citada hace algunas aclaraciones que no se hallan en las normas a que se refiere su texto.

Que la participación del Estado en cualquier empresa de economía mixta o institución de utilidad común debe ser mayoritaria: "en aquellas en que el Estado tenga mayor parte", dice la norma. El art. 4° de la ley 151 de 1959 dispuso que se entiende que el Estado tiene parte en una empresa o institución, cuando aportó no menos del 50% de su capital social. Sobre esta disposición, la Corte advirtió que, si se trataba de tutelar la participación estatal en dineros manejados por particulares, cualquier suma aportada merecía esta protección y por ello la cantidad aportada de capital no interesaba para denominar *peculado* a su apropiación²².

Pues bien, la norma del art. 138 del nuevo Código Penal echa por tierra esta sentencia y destruye la norma del art. 4° de la ley 151 de 1959, pues, ya es absolutamente cierto que no se tutela todo aporte estatal en empresas de economía mixta, y que tal tutela opera solo cuando el Estado es mayoritario con respecto a los demás aportes en la misma empresa. Dejando por fuera de la tutela penal los pequeños aportes, o la justicia actúa eficientemente para sancionar los *abusos de confianza* o *hurtos* que tales empleados cometan, o abundará la impunidad. De todas maneras, la diferencia de tipicidades no tiene razón de ser cuando lo único que las separa es la cuantía de lo apropiado, por lo cual el art. 138, en este sentido, no solamente resulta inútil, sino inconveniente. Además, la ley 151 de 1959 dispuso que el mínimo aportado por el Estado, para entenderse que tiene parte en la empresa o institución, debería ser del 50% en su capital. La norma del art. 138 dice que deberá ser mayoritario con respecto a los demás aportes a la misma empresa. Por lo tanto, puede no ser del 50% sino de menor suma, siempre y cuando, respecto de otros socios, su aporte resulte ser el mayor de todos. En consecuencia, repetimos, esta norma deroga la citada ley, a lo menos para su aplicación en lo penal.

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 355 de la Constitución actual, aquella parte del art. 138 del Código Penal que extiende la denominación de peculado a la apropiación o uso de empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o "recibidos a título de auxilio", queda derogada, por cuanto la norma constitucional dispone que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. Decretar un auxilio o donación en favor de personas de derecho privado es, hoy, un peculado por apropiación indebida, según el art. 133.

²² Corte, sentencia del 7 de marzo de 1969, *ut supra* nota 15.

La inflexión verbal *apropiarse* que emplea el art. 133 indica la acción que deberá cumplir el autor del peculado para agotar esta figura. Se lo apropia cuando lo sustrae de la órbita de custodia que sobre el bien tiene el Estado que lo administra, con el ánimo de hacerlo propio o suyo. La *apropiación* del peculado es algo más que el *apoderamiento* del hurto: en este es la simple sustracción, pero omitiendo restituir la cosa a su verdadero poseedor, según lo explica LEVENE (h)²³.

En el peculado, la sustracción pone al Estado fuera de la órbita de disponibilidad de sus caudales. Esto quiere decir que quien se los sustrae no necesariamente los disfruta o goza, pero comete el ilícito con el solo hecho de colocarlos fuera de su alcance dispositivo.

Al respecto, recordamos el criterio de la Corte, según el cual, para que haya *apropiación* en el peculado no es necesaria una consecuencia fenoménica u objetiva de la acción del peculador, sino que basta una simple situación psicológica de *querer hacer propio ese bien*. Dijo la Corte:

"El acto de apropiación se cumple en muchos casos mediante una actividad psicológica que opera sobre la situación jurídica concreta de tenencia, sin que inmediatamente esa conducta trascienda a una realidad fenoménica objetivamente costatable, y el consiguiente comportamiento del sujeto como dueño..."²⁴.

En efecto, la mera actividad psicológica de *querer hacerlo propio* sin que se traduzca en resultados fenoménicos que resalten esa *apropiación*, es mítica, casi imposible. De nada vale que quien maneje un caudal del Estado como empleado oficial, en un momento dado *quiera hacerlo propio*, pero siga conduciéndose en esta tarea conforme lo ordena la ley, sin sacar el bien de la órbita dispositiva del Estado. Su pensamiento no es punible, y esto desde el *iter criminis* de los prácticos. Alguna expresión fenoménica ha de tener esta voluntad de hacerlo propio, a lo menos suficiente para impedir que el Estado siga disponiendo de sus bienes. Claro que bastará con el *sustraerlo* a esa disposición. La sustracción se entiende como *apropiación*, y por eso la llamamos *sustracción apropiativa*. Que el art. 133 emplee las palabras "en provecho suyo o de un tercero", frase similar a la que emplea el art. 3° del decreto 1858 de 1951, no significa que el peculado por apropiación se agote cuando el peculador *disfrutó* o gozó del bien apropiado. Quizás esta frase indique una subjetividad en el *hecho punible* en su totalidad estructural, pero no creemos que se trate de una subjetividad de su tipicidad. Es el dolo expresado, inusualmente, en su tipicidad descriptiva. En este sentido era más prácticamente claro el viejo art. 151 del Código de 1936 que hablaba de *sustracción apropiativa*, sin agregar el beneficio del peculador o terceros. Inclusive, así lo ha entendido la Corte, cuando dice:

²³ RICARDO LEVENE (h), *Manual de derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Edit. Víctor de Zavalla, 1976, pág. 546.

²⁴ Corte, auto del 2 de octubre de 1975, en *Extractos de relatoría*, cit.

"Es un error afirmar que la frase *en provecho suyo o de un tercero* empleada en el decreto 1858 de 1951 radica en dolo específico de la infracción. En el peculado, a diferencia de lo que ocurre con otros delitos, no entra para nada el dolo específico..."²⁵.

Es evidente que un particular podrá ser autor de peculado si administra, como empleado de manejo, caudales de empresas o instituciones en las que el Estado tiene intereses económicos. La norma que se estudia lo dice así, y lo repite la del 138 del mismo Código. Pero en cualquiera otro caso el particular no podrá ser autor, mas sí cómplice. Ningún inconveniente hay para que el particular que, conociendo la vinculación jurídica del empleado oficial con el Estado y con los bienes que administra a nombre de este, y ayuda a aquel a apropiárselos, no responda por el mismo título de delito que se atribuirá al autor. La regla genérica de la coparticipación criminal le es aplicable, y sobre ello trata el art. 25 del nuevo Código.

10. EL USO DEL DINERO DEL ESTADO

Aparentemente toda sustracción de dinero perteneciente al Estado por quien tiene a su cargo su administración, implica la calificación de ese hecho como un *peculado por apropiación*, tipificado en el art. 133 del Código Penal. Quienes así piensen consideran, con razón, que del dinero, como de las cosas fungibles, "no puede hacerse uso conveniente a su naturaleza, sin que se destruya" (art. 663 del Código Civil).

No obstante, la Corte Suprema ha admitido la posibilidad de peculado por el simple uso del dinero, cuando en el autor "surge un propósito claro de devolver o reintegrar ese dinero"²⁶.

Es cierto que el reintegro marca una pauta en la diferenciación entre un peculado por uso y uno por apropiación, porque si alguien hace uso de una cosa ajena y quiere devolverla, simplemente la usa sin apropiársela, porque el uso simple no desvirtúa la naturaleza de la cosa usada, sino que después de su uso ella admite la posibilidad de ser devuelta tal como era antes de usarla. Pero, ¿cómo devolver algo que no puede ser usado sin gastarse? Aquí está la diferencia entre el uso simple y la apropiación: el objeto del simple uso se restituye en su naturaleza; el objeto de la apropiación se gasta o desaparece con el uso, y si se quiere reintegrar, será con otra cosa del mismo género o valor. Eso es lo que ocurre con el dinero del Estado, quien se lo toma y lo gasta, podrá reintegrar la misma suma en billetes y cantidades distintas, o sus valores en otras cosas, porque no se limitó a usar la cosa ajena sino a gastarla como propia, demostración más que suficiente del ánimo de apropiación.

Si se diera rienda suelta a la idea de que el uso del dinero del Estado por parte de quienes deben administrarlo como servidores públicos, se tipifica por el

²⁵ Corte, casación del 10 de abril de 1951, "G. J.", núms. 2192-2193.

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, auto de 25 de febrero de 1986. Jurisprudencia penal, primer semestre de 1986, págs. 294/6.

art. 134 y no por el art. 133 del Código Penal, cuando haya "intención restitutoria" en el autor, por una parte se desconoce la naturaleza del peculado por apropiación, y, por otra parte, se tiende un manto de impunidad sobre múltiples peculados a cuyos autores les bastará con afirmar que ese era su propósito. A nuestro entender, el *gasto* es la expresión viva de que su propósito era apropiatorio y no de simple uso.

11. LA CUANTÍA

En general, para la punición de los delitos o para su ubicación en la esfera de competencia del juez, la cuantía juega un papel muy reducido. Los delitos contra el patrimonio económico de las personas fraccionan las cuantías para disponer la competencia del juez municipal, la del inspector policivo, la del juez de circuito. En materia de peculado, la cuantía de *tres mil pesos* en lo apropiado o usado por el peculador, servía de agravación de la pena, en la ley 95 de 1936. En el art. 19 de la ley 190 de 1995 el legislador estipula distintas cuantías, por salarios mínimos legales mensuales vigentes, para agravar las penas, en tanto ellas sean mayores: hasta cincuenta (50) salarios mínimos la pena recibe un trato más benigno y desde doscientos (200) uno más severo.

De hecho, las penas de la ley 190 de 1995 son más severas y el trato penal más gravoso. Desapareció el subrogado penal inventado por FERRI y que tomó una denominación odiosa para el derecho penal: *el perdón judicial*. Desapareció la insulsa diferencia entre *presidio* y *prisión*, teóricamente inadecuada y prácticamente un fantasma. La pena aplicable es la de *prisión*. A veces aumenta los mínimos o los máximos y, en este caso, se agrava la pena accesorio, tanto en lo cuantitativo (multa) como en lo cualitativo (interdicción de derechos y funciones públicas).

Sección II. Peculado por uso indebido

1. LA NORMA

Art. 134. *Peculado por uso*. El empleado oficial que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, incurrirá en prisión de uno a cuatro años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

La misma pena se aplicará al empleado oficial que indebidamente utilice trabajo o servicios oficiales, o permita que otro lo haga.

2. ESTRUCTURA

La composición oracional contiene una sintaxis con los siguientes elementos estructurales:

- a) *Sujeto*: El empleado oficial.
- b) *Verbos*: Usar, permitir el uso ajeno, utilizar y permitir la utilización ajena. Los cuatro señalan una oración típica de *resultado*.
- c) *Predicado*: El uso o disfrute de los bienes que administra, o la permisión de que otro los use ilegalmente, tanto como la utilización del trabajo humano asalariado por el Estado o la permisión de ser utilizado por otro, despoja al Estado de su derecho al permanente disfrute de esos bienes, pero sin el ánimo apropiatorio característico del anterior peculado. La nueva tipicidad extiende el *peculado por uso* a la utilización ilegal del trabajo asalariado por el Estado, e inclusive hace de esta una tipicidad diferente del *peculado por apropiación*.
- d) *Complemento indirecto*: Indica el objeto material, que son los bienes que el Estado administra, sean propios o de particulares, y bienes de empresas o instituciones en que el Estado participe económicamente.
- e) *Complemento del sujeto*: Señalado con la frase: *cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones*, indica el *abuso del poder*.

3. EL ABUSO DE PODER

Comoquiera que el núcleo estructural del peculado por apropiación contiene los mismos elementos compositivos del *peculado por uso*, es obvio que el empleado oficial que lo comete, para usar indebidamente el caudal encomendado, debe abusar de las funciones que se le encomendaron, lo cual indica un abuso de poder, puesto que se da un *abuso funcional*. No podrá haber peculado, ni por apropiación, ni por uso indebido, cuando el empleado oficial se extralimite, para tomar bienes estatales o administrados por este, pero custodiados por otro empleado oficial y, por lo tanto, fuera de su órbita de gestión administrativa oficial. Así, pues, consideramos que en tal caso, habrá delito común de *hurto calificado*, especialmente por la *confianza depositada en el autor*, conforme al art. 351, num. 2, del Código Penal vigente.

4. EL OBJETO MATERIAL

Se trata de bienes pertenecientes al Estado, a los particulares que estén bajo administración o custodia del Estado o de empresas de economía mixta o de instituciones en las cuales aporta el Estado, así sea con auxilios económicos transitorios. En ello no hay complicación interpretativa, porque es igual al tipo anterior y similar al texto que rige desde 1951. Lo único que difiere de lo anterior es que, en cuanto al peculado por uso, la cuantía de lo usado no interviene ni para agravar ni para atenuar la pena imponible, como sí ocurría en el texto

del decreto 1858 tantas veces citado. La pena es diferente al peculado por apropiación, y menor a la imponible cuando regía el texto del año 1951.

La tipicidad en esta norma asimila el *uso* simple al empleo de trabajo humano a cargo del Estado, para beneficio del peculador o de terceros con su autorización, lo mismo que el de servicios estatales, tomados indebidamente por el empleado oficial u otras personas con su consentimiento.

En realidad, en el texto anterior cabía perfectamente esta tipicidad, puesto que la descripción gramatical del tipo del decreto 1858 decía: "en cualquier forma haga uso", y, obviamente, el utilizar trabajo humano pagado por el Estado, para obras privadas del empleado oficial, es *uso* de bienes del Estado. Igual si lo utilizado son sus servicios, como las telecomunicaciones. No obstante, la aclaración y expresa tipicidad no sobran, para obviar problemas que podrían presentarse a los intérpretes. De suyo, en la legislación argentina es materia de tipicidad especial, inclusive distinta a la del peculado por uso²⁷.

La inflexión verbal *utilice* significa que el autor goza o se beneficia con el trabajo oficial. *Utilizar* es sinónimo de *destinar*, lo cual implica que se trata de trabajos destinados al servicio del Estado, pagados y contratados por este. Se utilizan cuando, aprovechando del hecho de ser pagados por el Estado, se destinan a servicio del empleado oficial, con lo cual se despoja al Estado de la disponibilidad de sus trabajadores y se le obliga a pagar un trabajo que no lo benefició.

No importa que el trabajador oficial utilizado indebidamente no esté siendo ocupado al momento de utilizarlo. La disponibilidad del trabajo humano es lo que paga el Estado. El concepto de *trabajo* que tiene el art. 5° del Código Sustantivo del Trabajo no incluye la *exclusividad* entre sus componentes; de suerte que dos contratos de trabajo de un mismo trabajador con distintos patronos pueden coincidir, siempre y cuando que uno no impida la realización integral del otro. Cuando el art. 22 del mismo Código da los elementos que estructuran el *contrato de trabajo*, dice que son servicio personal, subordinación o dependencia y remuneración por el mismo. En esta lista no figura tal exclusividad, salvo que sea expresamente pactada en el contrato. Respecto de ella, dijo la Corte:

"La noción de trabajo que da el art. 5° del Código Sustantivo del Trabajo se halla vinculada en esencia al concepto ontológico de actividad o de esfuerzo consciente del ser humano, relacionado específicamente con su análogo de ejecución o realización. La consecuencia del principio legal del trabajo efectivo consagrado en el art. 5°, es que la llamada *disponibilidad* sea la facultad que el patrono tiene de dar órdenes al trabajador y la obligación correlativa en este de obedecerle. La disponibilidad no constituye en sí misma ningún trabajo, por no darse en ella la prestación del servicio realmente, sino apenas la simple posibilidad de prestarlo. La sola disponibilidad es en realidad un equivalente de la disponibilidad jurídica..."²⁸.

²⁷ Decreto-ley 4778 de 1963. Cita de LEVENE (h), ob. cit., pág. 547.

²⁸ Casación laboral del 11 de abril de 1970, en *El Espectador*, abril 22 de 1970.

En consecuencia, disponibilidad no es exclusividad, sino facultad de dar órdenes y estas ser obedecidas. Si esta facultad no interfiere la contratación coetánea con otro patrono, nada hay que impida el cumplimiento de doble labor por el trabajador. Por consiguiente, si el empleado oficial contrata, por su cuenta y riesgo, trabajo de trabajadores oficiales, sin usar del trabajo remunerado por el Estado ni interferir la disponibilidad de trabajo que este tiene sobre ellos, no habrá peculado por uso, según el texto de este artículo. El peculado no consiste solamente en aprovechar un trabajo remunerado por el Estado, sino también interfiriendo su potestad de disponer de este, con detrimento de sus derechos contractuales de trabajo sobre el oficio que rendiría dicho trabajador, aunque el empleado que pecule lo remunere por su propia cuenta. Sobra decir que si lo que hace el empleado oficial es apropiarse de los salarios que paga el Estado a sus trabajadores, ni siquiera sería peculado por uso, sino simple y llanamente un peculado previsto en el art. 133 del Código Penal.

Sección III. *Peculado por error ajeno*

1. LA NORMA

Art. 135. *Peculado por error ajeno.* El empleado oficial que se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiere recibido, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Cuando no hubiere apropiación ni retención, sino uso indebido, la pena se reducirá en la mitad.

(Adicionado por el art. 32 de la ley 190 de 1995 en estos términos: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, aprovechándose de un error ajeno, reciba o retenga indebidamente para sí o para otro, dinero, efectos u obtenga alguna utilidad, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y en multa de diez a mil pesos.

3. RAZONES PARA SU TIPICIDAD ACTUAL

Se dirá más adelante que el delito de *concusión* tipifica un hecho punible mediante el cual el empleado oficial extorsiona a una persona, haciendo uso

abusivo del poder que ostenta como tal, para obtener utilidad de ello. Esto fue lo que hizo el comisionado de 1974, pues en su anteproyecto incluyó este tipo de peculado, eliminando el llamado delito de *concusión impropia*. En las actas de aquella Comisión no encontramos razones; solamente las da, y en forma muy somera, la exposición de motivos, así: "Se ubica correctamente al peculado por error ajeno, que hoy, equivocadamente, forma parte del capítulo sobre concusión"²⁹.

Muchas protestas se hicieron por este tipo de delito, pero la más conocida fue la siguiente, consignada por el doctor JESÚS BERNAL PINZÓN en su obra sobre el tema:

"La *concusión* no debe confundirse con el delito que nosotros hemos denominado, siguiendo en este punto el Código italiano, «Peculado por aprovechamiento del error ajeno» (Código Penal, art. 159), porque en este tipo de peculado lo que hace el agente es aprovecharse del error ajeno, sin que lo haya determinado con su conducta, pues se trata, como vimos, de un error espontáneo. En cambio, en la concusión mediante inducción, cuando ha habido error, el agente se aprovecha de ese error que ha sido provocado y creado por su propia conducta"³⁰.

4. ESTRUCTURA

- a) *Sujeto*: El empleado oficial.
- b) *Verbos*: *Apropiarse, retener y usar*.
- c) *Predicado*: Aprovechándose del error en que se halla el tercero, el agente se apropia de caudales, o los retiene, cuandoquiera que debería reintegrarlos, o los usa indebidamente.
- d) *Complemento indirecto*: Bienes del particular que se encuentra en el error, del cual se aprovecha el empleado oficial.
- e) *Circunstancia modal*: *Por error ajeno*.
- f) *Complemento del sujeto*: La recepción o retención o uso subsiguiente al error ajeno, se causan con *abuso de poder*, que bien puede ser funcional o extralimitado.

5. SUJETOS

En relación con las personas que transitoriamente desempeñan función pública, como el jurado de conciencia, por ejemplo, no se ve cómo pueda recibir o retener o usar bien estatal alguno, aprovechándose del error de nadie. Igual cosa podría decirse de quien, como un contratista del Estado, es encar-

²⁹ Anteproyecto y exposición de motivos, Externado de Colombia, ob. cit., pág. 358.

³⁰ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, págs. 62 y ss.

gado de un servicio público, pues su trabajo no lo pone en condiciones de recibir y, por ende, retener, sino del Estado mismo, no de los particulares. Eventualmente podrá hacer subcontratos de obra, con la debida autorización, pero en este caso recibe o retiene de sus subcontratistas, como empresario particular, y en este supuesto no cabe el peculado.

6. LA ACCIÓN DESCRITA

Dos modalidades comisivas señaladas por los verbos *apropiarse* y *retener* se indican en el primer inciso de la norma. Se trata, pues, del empleado oficial que, entre sus funciones tiene la de recibir bienes de los particulares y retenerlos en cumplimiento de sus deberes. Pero llegado el tiempo en que estos deben ser reintegrados, no lo hace, conservándolos por hallarse el particular en el error de creer que puede retenerlos. Es el caso de los bancos hipotecarios que son propiedad del Estado. Al liquidarse definitivamente un crédito hipotecario y dársele el finiquito al deudor, puede ocurrir que sobre algún remanente a favor del deudor, dinero que debe restituírsele. Este no sabe que hay remanente a su favor, ni lo espera. En vez de llamarlo para hacerle el reintegro, el funcionario lo conserva para sí o para tercera persona. Igual sucede en el caso del recaudador de impuestos que cobra anticipos al contribuyente, o le retiene, en la fuente de origen de su renta, cuota de sus impuestos, aún no liquidados. Si al hacerlo sobra dinero en su favor, debe reintegrarlo, y si el contribuyente no lo sabe o cree que el recaudador puede retenerlo y este lo retiene para sí o para tercera persona, aun en caso de que esta persona sea el mismo Estado, el funcionario pecula por error ajeno.

Tal es también el caso del empleado oficial que recibe bienes de un particular, cuandoquiera que no eran debidos, pero aquel creyó que sí.

Habría peculado por error ajeno si se trata de caudales de los particulares que son entregados a la administración o custodia del Estado, por error de quien los entrega. O que entregamos lícitamente, son retenidos por el empleado a causa de error de quien los administraba.

La Academia define al error como un juicio falso o concepto equivocado. SANTO TOMÁS diría que hay error cuando hay falsa concepción de la idea. En el ilícito de que se trata hay un error por parte de la víctima del peculador al considerar que debe entregar y este recibirle cuandoquiera que no estaba obligado a hacerlo; o que puede retener su bien, cuandoquiera que el empleado oficial debe restituírlo a su posesión. Por otra parte, el autor del peculado tiene conocimiento o claridad sobre este error, y se aprovecha de él. Esto es: sabe que el particular incurre en error y quiere obtener ilícito provecho de ello. En realidad, al aprovechar un error de otro, para obtener ilícito beneficio, la acción descrita está en los límites entre lo extorsivo y el abuso apropiativo. No es una simple apropiación de bienes administrados por el Estado, sino una apropiación de ellos, con violencia casi inductiva, pues se aprovecha del estado mental de *engaño* en que está su víctima. Es un acto de violencia a su libertad moral, como la llamaba CARRARA. No importa que no haya sido puesto en el

error, según observa BERNAL PINZÓN. Es violento lo que se obtiene de una mente equivocada, si el beneficio se adquiere precisamente por ese error, del cual estaba obligado a sacar el empleado al particular.

No nos pareció equivocado el que a este hecho punible se lo hubiera ubicado como una *concusión* en el Código de 1936, como tampoco es un brillante acierto el haberlo tipificado como peculado en el Código de 1980. Bástenos considerar, además de lo anterior, esto otro: si el particular no estaba obligado a entregar su bien al Estado y el empleado oficial lo *recibió*, aprovechándose dolosamente de su error al entregarlo, es lógico que este caudal jamás estuvo bajo la administración pública, y por su esencia, el peculado es el delito que se comete cuando el empleado oficial se apropia o usa de bienes que el Estado posee como propios, o como de particulares que están bajo su administración o cuidado. Quizás el *peculado por error ajeno* sería el de *retención*, pero en cuanto a la *apropiación por error ajeno*, esta sigue siendo *concusionaria* y no ha debido desaparecer como tal en el Código de 1980.

Por otra parte, la sintaxis con que se redactó el art. 135 del Código Penal es equivocada. La norma transcrita dice: *se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiere recibido*. En realidad, el error no está en el haber recibido el empleado oficial tales bienes, cuando de *retención indebida* se trata, sino que lo errado está en haber creído la víctima que el empleado oficial *puede retener el bien que recibió lícitamente, y en ejercicio de su función*. Es que, definitivamente se trata aquí de dos formas de peculación diferentes, y no de dos modalidades de un mismo tipo de peculado: una es la peculación por *recepción indebida por error ajeno*, y otra es la *retención indebida por error ajeno*. En la primera, el error está en creer que se debe entregar un bien, que el Estado no debe recibir, pero el peculador lo recibe para su goce o el de terceros; en la segunda, el error consiste en retener bienes del particular, que el Estado recibió lícitamente y administraba según la ley, retención aquella que se logra por el error de la víctima, al creer esta que aún no se le debe devolver su caudal. El primero es una *concusión*, el segundo una *peculación*, y ambas por error ajeno.

Respecto del peculado que se tipifica en el art. 135, y que recoge el viejo tipo de concusión impropia del art. 159 del Código de 1936, el error ha sido siempre el de involucrar en una misma tipicidad, figuras típicas diferentes: una es la *apropiación indebida* y otra es la *retención indebida*, y ambas causadas por *error ajeno*. Para la primera, el art. 135 emplea el verbo *apropiarse*, y para la segunda *retener*.

Cuando el empleado oficial *se apropia* de un bien del particular que ha recibido porque este se halla en el error de creer que debe entregarlo al Estado y, en vez de rechazarlo advirtiéndolo de su error, lo *recibe* y se lo *apropia*, el bien recibido y apropiado jamás fue del Estado y no puede hablarse de *peculado por error ajeno*. La figura, a nuestro entender, se parece más al fraude del art. 361 de este mismo Código, y de todos modos, quedaba mejor como una *concusión impropia*, tal como la trataba el Código de 1936, debido a que en este hecho siempre es que interviene el factor violencia en la persona que es des-

pojada de sus bienes: el error en que hace entrega de sus bienes, es un estado coactivo del cual se aprovecha. No se tratará de una coacción inducida por el autor, pero si aprovechada por él, y por esto nosotros lo llamaríamos más apropiadamente *concusión impropia*.

Pero la *retención indebida* quedó mal redactada en la sintaxis del art. 135. Hagamos una comparación con la del art. 159 del Código de 1936. Este decía: "...aprovechándose de un error ajeno, reciba o retenga ..., etc.". El art. 135 dice: "...se apropie o retenga (!) bienes que por error ajeno hubiere recibido..., etc.". Mientras que la fórmula de 1936 hablaba de *retener, aprovechándose de error ajeno*, la fórmula de 1980 se refiere a *retener bienes recibidos por error ajeno*, y así no es la cosa; esta es como estaba redactada en 1936. El delito de *retención indebida* consiste en *retener* aquellos bienes que lícitamente y por razón de sus funciones le fueron entregados al funcionario. El error del particular aparece cuando se trata de *reintegrarlos* a su propietario: este ignora el deber de reintegro y cree que el funcionario puede retenerlos. El empleado público conoce de este error y los retiene indebidamente. No se trata de bienes retenidos por error ajeno. La mala redacción de esta tipicidad obedece al hecho de confundir en un mismo tipo dos estructuras típicas diferentes, y engendrará, necesariamente, impunidad para las retenciones indebidas.

Recalcamos una vez más que en la *apropiación indebida* no hay peculado. Los bienes recibidos por el empleado oficial nunca llegaron lícitamente a la órbita de custodia o administración del Estado, porque no los recibió por causa o dentro de su órbita funcional. La apropiación se hace por causa de una indebida recepción de lo que no corresponde al Estado y es abuso de poder por extralimitación funcional. La *apropiación indebida por error ajeno* nunca fue un *peculado*, y quedaba mejor denominarla *concusión impropia*, porque el elemento violencia que la caracteriza no se engendra por el mismo autor, sino que este se aprovecha del estado coactivo en que se halla la víctima.

Otro problema es el *uso por error ajeno* a que conduce el inciso 2º de este art. 135. De suyo, es una continuación de la sintaxis del primero: "...cuando no hubiere apropiación, ni retención sino uso indebido...". Encajándola dentro del ordenamiento del primer inciso, el precepto nos quedaría así: "*El empleado oficial que use indebidamente en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiere recibido...*". La figura está relacionada inmediatamente con la *apropiación indebida por error ajeno* y no con la *retención indebida* por error ajeno. El problema consiste en que el llamado *peculado por apropiación indebida por error ajeno* no se agota en la *recepción* de lo no debido, como ocurría en el art. 159 del Código de 1936, sino en su *apropiación*, que es un acto intelectual subsiguiente a la mera apropiación o *tenencia jurídica* de la cosa. La figura del inciso 2º aparecería solamente cuando el autor lo *recibe* pero no lo hace propio, sino que tan solo lo *usa*, o *goza*, para reintegrarlo después, quizá pidiendo y ofreciendo excusas y diciendo "me equivoqué". Por consiguiente, para saber si hubo *apropiación por error ajeno* o simple *uso por error ajeno*, es preciso investigar en la subjetividad culpable del autor: o que quiso apropiárselo, o simplemente gozar del bien.

No hay *peculación por recepción indebida por error ajeno*, como sí la hubo en el art. 159 del Código de 1936 sino que la hay por *apropiación indebida por error ajeno* al recibir lo que no se ha debido dar. La *peculación por uso por error ajeno* depende de un complicado análisis subjetivo del realizador del hecho típico: si al recibir lo que no se le debió dar, lo usó, y gozó sin ánimo de apropiación, o si, por el contrario, lo tomó y quiso y gozó como suyo. Y la diferencia no es académica, porque la pena se reduce a la mitad para el simple uso.

Sin ánimo de hacer críticas inútiles, creemos que la *peculación por error ajeno*, reducida a la *retención indebida*, es lo más técnico. Es decir, que la apropiación indebida debería volver al Código de 1936 como *recepción indebida*, y que esta es una *concusión impropia*, conforme lo vieron los cuatro excelentes redactores de la ley 95 de 1936.

7. EL ABUSO DE PODER

Queda claro que cuando el agente se apropia de los bienes de los particulares que no ha debido recibir, abusa del poder de que está investido, pero actúa por fuera de su órbita funcional al hacerlo. Es, como ya advertimos, un abuso de poder por extralimitación de funciones.

En la retención indebida, el bien se recibe dentro de su órbita funcional, y la apropiación ocurre cuando, llegado el momento del reintegro, el particular y dueño ignora que este debe producirse, y el autor del delito se aprovecha de ello y lo retiene para sí. Es auténtico *peculado por error ajeno* y hay abuso de poder por acto funcional u orbitario.

8. ANTIJURIDICIDAD

No creemos que la apropiación indebida por error ajeno sea un delito contra la administración pública, y si lo es, no como peculado. El patrimonio del particular es el ofendido y podrá tipificarse entre los ilícitos arriba citados. De todas maneras, si lo es, se trata de una concusión impropia y como tal deberá tratarse lo antijurídico de ella. La plena confianza depositada por el particular en el funcionario del Estado es traicionada por este al no advertirle a aquel de su error, sino que se aprovecha de él para obtener ilícita ganancia pecuniaria. Se ofende la administración pública en su patrimonio ético y se ataca el patrimonio económico del particular.

La retención indebida por error ajeno es un peculado por error ajeno. Ataca el derecho estatal de disponer de sus bienes, puesto que en este momento el deber del funcionario era reintegrar el bien a su dueño, y no lo hizo. Peor aún, se ofende el patrimonio ético del Estado, más que su disponibilidad de tales bienes para su reintegro.

9. CULPABILIDAD

En la apropiación indebida por error ajeno el autor comprende que los bienes recibidos deben ser rechazados y que él debe aclarar el error, y sin embargo se determina a hacerlos propios, a pesar de este conocimiento. En el uso indebido por error ajeno, la determinación que subsigue a este conocimiento no es la de hacerlo propio, pero sí gozar de lo ajeno. En la retención indebida por error ajeno, el autor conoce que ha llegado el momento jurídico del reintegro y no lo hace, reteniéndolo contra todo derecho y en su beneficio o de terceros.

Sección IV. Peculado por aplicación oficial diferente

1. LA NORMA

Art. 136. *Peculado por aplicación oficial diferente.* El empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en este, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cincuenta mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

(Adicionado por el art. 32 de la ley 190 de 1995 en estos términos: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

El funcionario público que diere a los caudales o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público de uno a seis meses.

Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá una multa de diez a quinientos pesos.

3. ANTECEDENTES

Los antecedentes de esta tipicidad no se encuentran en sus modelos italianos de 1889, llamado Código de ZANARDELLI, ni en el de 1930, conocido como Código de Rocco. Ni siquiera en el proyecto de FERRI de 1919. Es desconocido en los proyectos de 1925, de 1927 y en nuestros códigos a partir del de 1863,

hasta la aparición de la ley 19 de 1890, en la que se incluía el art. 461, que decía así: "Si la aplicación de que tratan los tres artículos anteriores se hiciere a otros usos públicos, pero diferentes de aquellos a que están destinados por la ley los caudales o efectos...". De esta manera apareció incluido en lo que fue el art. 150 de la ley 95 de 1936, gracias al comisionado doctor PARMENIO CÁRDENAS, quien lo tomó de su modelo de 1890.

Antecedente, quizás el único, al Código de 1890, es el Código español de 1885, y este fue tomado del Código de Napoleón, posterior a la Revolución Francesa, en cuyas ordenanzas se disponía la punición de esta forma de *malversación*.

De allí que sus antecedentes nos lleven a jurisprudencia y doctrina francesas, y que como razones para punirlo demos las mismas que convencieron al doctor CÁRDENAS y a los comisionados de 1936: "Los administradores de fondos públicos demoran o dilatan ciertos pagos con el fin de entrar en combinaciones ilícitas, aplicando a otros servicios públicos los fondos que tienen una clara y especial destinación"³¹. Se trataba, pues, de proteger al ciudadano contra el insano capricho del funcionario, y procurar que se aplicaran los caudales del Estado a su destino legalmente presupuestado. Tanto, que posteriormente agregara el comisionado redactor estas palabras: "El delito que allí se contempla tiene lugar cuando el funcionario da a los bienes o caudales que administra, no una destinación privada, sino una aplicación de carácter oficial distinta de aquella a que estaban destinados"³².

Es sabido que el presupuesto nacional se forma y adopta mediante la presentación que de él hace el ejecutivo del ramo, y que el Congreso lo aprueba mediante los trámites de una ley general³³. Su obediencia repercute en el orden que debe tenerse en materia de ingresos y egresos con el dinero público. Lo mismo ocurre en los órdenes departamental o municipal y si se dejara al capricho del empleado ordenador o ejecutor del presupuesto el cambiar de rubro o renglón a su antojo o personal criterio, no solamente la ejecución presupuestal, sino el desarrollo entero del país se vendría abajo. Sería tal el caos en materia de gastos e ingresos, que no habría posibilidad de gobernar al país.

Por esto, entendemos que las críticas que se han hecho por comentaristas franceses contra esta tipicidad penal, son vacuas. Se dijo, por ejemplo, que resulta inequitativo calificar como delincuente y punir como tal a un empleado oficial que no ha tenido propósito de apropiación de dineros del Estado³⁴.

La nueva tipicidad establecida por el art. 136 del Código de 1980 contempla posibilidades nuevas de aplicar oficialmente lo presupuestado, con detrimento del ordenamiento contenido en este. El art. 150 del Código de 1936 so-

³¹ *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, Parte especial, t. II, segunda edición oficial. Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, acta 36.

³² *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, t. II, acta 115.

³³ Constitución Política de Colombia, arts. 345 y ss.

³⁴ GROIZARD, cita de PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 139.

lamente contempló la posibilidad de sacar el dinero presupuestado de su respectivo renglón y darle una aplicación diferente, así sea oficial y tuviere otra partida presupuestada para ella. La práctica nos ha llevado a la convicción de que es este el peculado que más se comete en el país, debido a la manera imprudente de administrarlo con que se caracteriza el empleado público colombiano. Es demasiado frecuente ordenar un pago tomando dineros de otro renglón del presupuesto, o superar los gastos fijados en este, o hacer inversiones de dineros presupuestados, en forma diferente de la prevista por el ordenamiento presupuestal. No es infrecuente oír el informe anual de un gerente de institución pública descentralizada en que anuncie orgulloso que agotó cada renglón presupuestal y lo superó en todas sus partidas, o que ha invertido ciertos dineros en títulos de algún banco o corporación financiera, con lo cual está recibiendo intereses benéficos a su instituto. En alguna ocasión el director de un hospital del Estado ordenó un pago mediante la resolución correspondiente. Glosado él por la auditoría, debido a que se colocó mal la persona del beneficiario, el tesorero rompió el cheque respectivo y, sin resolución previa que anulara y ordenara el nuevo cheque, giró el otro. Advertidos de la necesidad de nueva resolución que anulara el acto y lo explicara, los funcionarios se opusieron, anunciando que nunca se había hecho tal cosa, y que sería extraño que apareciera ahora una resolución en tal sentido, lo cual despertaría sospechas.

Es obvio que este tipo de peculado tiene lugar en los trajines de quien dispone los gastos, de quien maneja el presupuesto y, sobre todo, de quienes elaboran los asientos contables de tales movimientos. El dinero en las cuentas bancarias es, quizás, el mismo para cada renglón presupuestado. Es difícil que se hagan diferentes cuentas corrientes para cada renglón. El peculado no está en girar el cheque respectivo, sino en dar la orden de disponer de él y de asentar contablemente esta aplicación oficial diferente de la presupuestada. Es un delito que se investiga en los libros de contabilidad, en las resoluciones de gerencia, en las actas de la junta directiva.

4. ESTRUCTURA

- a) *Sujeto*: El empleado oficial.
- b) *Verbos*: Dar, comprometer, invertir y utilizar.
- c) *Predicado*: Los bienes del Estado tienen una aplicación determinada por las normas presupuestales, ya sea en lo nacional, departamental o municipal. Si se cambia de aplicación, oficial pero no presupuestada, se hace una inversión de capital estatal no prevista en la ley, se comprometen en obras o gastos sumas superiores a las previstas en el presupuesto o se utilizan bienes en forma diferente de la presupuestada, se comete este delito.
- d) *Complemento indirecto*: Bienes del Estado o de empresas de economía mixta.
- e) *Complemento modal*: Aplicando oficialmente un bien, pero diferente de lo presupuestado, o utilizando en forma distinta de la legal o compromete-

tiendo inversiones más elevadas a las legales, son modos de comisión, esto es: de dar aplicación a tales bienes.

f) *Complemento del sujeto*: Mediante el abuso funcional, según frase igual a la de los tipos anteriores de peculado.

5. CARACTERES DEL TIPO LEGAL

Tipicidad de sujeto activo cualificado con cualidad jurídica; de hecho punible compuesto y alternativo, señalado por los verbos *dar, prometer, invertir y utilizar*. De actividad y sicológica, de la esfera de la voluntad, puesto que se comete disponiendo de los renglones presupuestales de bienes del Estado. Hay una normatividad incluida en el tipo, que es obvia y que consiste en saber cuáles eran las asignaciones y los renglones a que debían aplicarse dichos caudales, para conocer en dónde reside su violación. Se agota instantáneamente y no necesita que en el mundo fenoménico se produzca un desequilibrio financiero para entender agotado el delito. Es, sin embargo, de lesión o resultado, por cuanto que este se produce con desobedecer el presupuesto, y esta anomalía desposee al Estado. A este respecto, el inciso 2º del art. 150 del Código de 1936 advertía más penalidad si el hecho de sustraer el caudal de su destino presupuestado ocasionara un daño real o efectivo, aun a particulares. Nos parece difícil una tentativa en esta forma de pecular, puesto que el solo hecho de cambiar de rubro a un caudal presupuestado, aunque el nuevo gasto no se realice, ya lo agota. Desde luego es *doloso*, y este consistirá en el conocimiento y la voluntad de quebrantar el orden presupuestal del gasto público.

6. LOS SUJETOS ACTIVOS

El art. 136 del Código Penal emplea las palabras "El empleado oficial" para señalar a quienes ostentan el título de funcionario y la función pertinente, como posibles sujetos activos de esta especie de peculación.

El art. 63 de la misma obra, al dar la lista concreta y taxativa de las personas a quienes comprenden tales palabras calificativas de sus respectivos oficios, incluye a personas no investidas del título, pero ostentadoras de la función, como el árbitro, el conjuez o el jurado de conciencia, así sea de modo transitorio. O también a quien ni exhibe título funcional ni tampoco ha sido investido, ni aun transitoriamente, de función alguna, sino que se le encarga, contractualmente, de la prestación de uno de los servicios a cargo del Estado. Obviamente, estos dos personajes podrán ser autores en algunos de los delitos que se tipifican en este título, en razón del poder estatal de que se los inviste, necesariamente, para cumplir su misión con el Estado. Tal ocurrirá, por ejemplo, con la *concusión*, con el *cohecho*, con la *contratación indebida* o con el *prevaricato*. Pero nunca ni con el *peculado*, ni con el *abuso de autoridad*, ni con los fraudes que se le asimilan.

Efectivamente, el ejercicio de una concreta y transitoria función pública, otorgada por la ley al particular, no lo sitúa frente a la tenencia administradora de bienes del Estado; de suerte que pecular, para este sujeto, es imposible, a lo menos como autor y como ostentador transitorio de dicha función.

En relación con el contratista que solamente sirve al público por contrato con el Estado, el ejercicio de su convenio lo obliga a poner los medios para cumplirlo. Pero no lo coloca al frente de bienes estatales ni de particulares que por su conducto el Estado administre. Es imposible que cometa peculado, por ejemplo, un ingeniero contratista en obras públicas, cuya maquinaria es suya y administrada por él.

Nos reducimos, en este tipo, a quien ostente el título y su correspondiente función. Pero, al tratar de la *apropiación* en el peculado por uso, advertimos que no se trata propiamente de la que hace el empleado de *manejo de caudales* del Estado, al hacer suyos los que él ordena o dispone, sino de la apropiación que hace cualquier empleado oficial, de un bien del Estado que tenga jurídicamente, para cumplir su función. Por consiguiente, existen dos clases de empleados oficiales, respecto al manejo de bienes del Estado: aquellos que los administran o manejan con dedicación exclusiva de sus funciones oficiales, y aquellos que los *tienen* para mejor cumplir sus propias funciones, sin disponibilidad o manejo sobre ellos. En consecuencia, la pregunta será: ¿cuáles de estos empleados oficiales pueden cometer este peculado?

La pregunta tiene interés, puesto que la tipicidad del peculado que estudiamos advierte que el empleado oficial en cuya órbita funcional se encuentra la de cumplir con el destino dado a un caudal del Estado en el respectivo presupuesto nacional, departamental o municipal, lo cometerá cuando sustraiga este caudal del destino presupuestado y lo aplique a otro renglón oficial a su cargo, pero diferente de aquel que contempló el presupuesto; o cuando a un rubro dado en el presupuesto, invierte suma mayor de la dispuesta por el presupuesto; o cuando invierte o utiliza dineros o bienes del Estado en forma que el presupuesto no previó, aun sin sacarlos de otra destinación presupuestada. Por tanto, parece obvio que solamente podrá ser autor en esta forma de pecular quien como empleado oficial tiene el *manejo jurídico*, esto es, el poder ordenador o dispositivo de dicho caudal, con exclusividad a sus funciones, y no quien solo ostente la facultad de *tenerlo* para cumplir con él las órdenes que le pueda dar el ordenador de tales bienes. Por ejemplo, si es el administrador de la Zona Franca en Buenaventura quien ostenta el poder dispositivo de las cuentas corrientes del Estado en la sección a su cargo, y hace sin autorización legal alguna un traslado de dineros de la cuenta destinada a la construcción de cierto muelle para realizar pagos de personal portuario, será él quien responda por este tipo de peculación, y no la secretaría que escribió el cheque correspondiente sobre una cuenta, para consignarlo en la otra, sobre la cual girará u ordenará girar cheques el administrador, no ella.

Aquí el sujeto activo no solo tiene calidad jurídica de empleado oficial, sino que desplaza a cualquiera otro que no ostente el manejo exclusivo del caudal de que dispone, contrariando su ordenamiento presupuestado. El subal-

terno no podrá cambiar el destino del caudal presupuestado, precisamente porque lo que hace es cumplir órdenes³⁵.

7. LA ACCIÓN DESCRITA

Ampliada en la tipicidad contenida en el art. 136 que analizamos, si se la compara con la del art. 150 del Código de 1936, se extiende a la conjugación de los verbos *aplicar*, *comprometer*, *invertir* y *utilizar*.

Aplicar —dice la quinta acepción del *Diccionario* de la lengua española— es *destinar, apropiar, adjudicar*. Precisamente, lo que hace la ley orgánica del presupuesto es destinar los bienes del Estado al cumplimiento de los fines de interés común, por mandato del art. 345, num. 2 de la Constitución, que es aplicable a lo departamental y municipal. Obedecer el estatuto presupuestal correspondiente es un imperativo de orden común o público, y su caprichoso quebrantamiento es un hecho antijurídico, tipificado en este artículo. Por consiguiente, al sustraerse, a capricho del funcionario, dicho caudal de su destino presupuestado, para aplicarlo o destinarlo a otro rubro no previsto en el presupuesto, se consuma el delito. No importa que el nuevo destino sea prudente ni que se eviten así consecuencias funestas al propio Estado. No importa que el autor carezca de interés propio en este cambio de destinación oficial. El solo cambio de destino constituye delito de peculado.

En alguna ocasión la Corte entendió consumado este peculado tan solo cuando el cambio caprichoso de destino oficial dado al caudal se hace en forma definitiva, pues si se trata de cambios de destino transitorios, con propósito realizado de reintegrar esas partidas a su rubro original, no hay delito. Dijo así la Corte:

"Esta disposición solo reprime los casos de una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos que el funcionario administra, pero no el simple uso transitorio de los mismos"³⁶.

¡Error interpretativo de la Corte! El delito es instantáneo, según la fraseología jurídica latina, y se consuma al *aplicar* el caudal a destinación oficial no presupuestada. Si más tarde reintegra el caudal al rubro o renglón presupuestal de donde lo tomó, esto no quiere decir que el peculado no quedó consumado, y ni siquiera se entiende desistido el delito. Por esto se dijo que es de mera conducta y que el inc. 2º del viejo art. 150 del Código de 1936 advertía, sanamente, que si de la aplicación oficial diferente de la presupuestada se subsigue algún *daño* real o fenoménico, la pena se aumentará, agravante que desaparece en este artículo, pero no su cualidad de delito *formal* o de mera conducta.

La cuarta acepción de la Academia a *comprometer* dice que es hacer una cosa objeto de una obligación o compromiso. Se compromete, pues, un bien presupuestado, cuando se *aplica* a otro renglón del mismo presupuesto, y en

³⁵ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1956, págs. 148 y ss.

³⁶ Corte, sent. 26 octubre 1960, "G. J.", núms. 2230-2231.

este sentido se confunde con la modalidad comisiva anterior. Pero el sentido de *comprometer* aquí es el de aplicar el bien presupuestado en su mismo rubro o renglón reconocido en el presupuesto, mas haciendo por este renglón o rubro un gasto mayor del dinero que se le reconoce presupuestalmente. Quizás es cierto que esta modalidad, muy en boga en los medios oficiales de algunas esferas, no quedaba comprendida en la tipicidad del art. 150 del Código de 1936, y su introducción en el art. 136 actual es prudente.

Utilizar es aprovecharse de una cosa, e *invertir*, respecto de caudales, es aprovecharse o gastarlos; de manera que significan lo mismo y que la *o* intercalada entre uno y otro verbos, es conjunción copulativa, como se decía en las viejas formas gramaticales. Aquí se trata de aprovecharse o gastar caudales presupuestados, en rubros o gastos no previstos en el presupuesto, pero, obviamente, oficiales y atribuidos a la función del empleado público que los aplicó. Es fácil comprender este sentido de la norma; pero lo que no comprendemos muy claramente es la diferencia entre esta última modalidad típica y aquella que vimos primero: "aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados". Utilizar un caudal presupuestado, en gasto no presupuestado oficial, ¿no es tanto como dar a ese caudal una aplicación oficial diferente de aquella a que estaba destinado? Salvo que el artículo quisiera decir que se trata de sacar un caudal de donde está presupuestado, y se utilice en otro gasto oficial ni presupuestado, ni siquiera atribuido funcionalmente a dicho empleado peculador.

8. EL OBJETO MATERIAL

Como ocurre en los tipos de peculado en el Código de 1980, el objeto material del delito está indicado por la palabra *bienes*, bien sean del Estado o de empresas o instituciones en que el Estado participa, como en el tipo anterior.

El Código de 1936 empleaba los sustantivos *caudales* y *efectos* cuyo alcance académico fue explicado atrás. Se trata, pues, no solamente de dinero, sino de todo valor patrimonial, documentado o no, que represente lo que el Estado presupuesta para atender a sus gastos comunitarios.

El doctor LUIS CARLOS PÉREZ escribió en alguna ocasión que "no es indispensable que los bienes que tenga el funcionario o empleado bajo su administración sean oficiales. Pueden ser particulares, como cuando se trata de títulos o bonos pertenecientes a personas distintas a las de derecho público"³⁷, concepto este que nos parecía inaceptable, frente al viejo texto del art. 150 del Código de 1936, por cuanto este decía que se trata del funcionario que diere a los caudales que administra una aplicación oficial, pero diferente de la presupuestada por la ley, la ordenanza o el acuerdo. Y la realidad es que destinación oficial solo puede darse a un bien del Estado. Los bienes de particulares bajo administración del Estado no pueden ser presupuestados, ni recibir destinación

³⁷ LUIS CARLOS PÉREZ, ob. y págs. cit.

o aplicación oficial, sino que se colocan en el sitio que corresponde, según lo diga la ley. Las cauciones con que las partes garantizan libertades provisionales, depositadas en las cuentas de los juzgados penales, por ejemplo, no pueden tener destinación oficial a cubrir gastos de papelería y útiles de oficina del juzgado, ni ordenar la ley de presupuesto este gasto. Si el juez lo hace, el peculado que se le imputará será el básico del art. 133. Inclusive, el doctor BENJAMÍN IRAGORRI considera que en el caso antes supuesto, el delito imputable sería el de *abuso de confianza*³⁸.

Pero el tipo legal del Código de 1980, que es el 136 que analizamos, dice que también se comprenden *bienes* de empresas de economía mixta y de instituciones de utilidad común, en las que tenga participación patrimonial el Estado. La frase sobra, y este tipo de bienes no son susceptibles jamás de tener una destinación oficial, ni mucho menos ser materia de presupuesto. Es que se presupuestan los ingresos y los gastos públicos, al tenor del art. 345, num. 2 de la Constitución, y el patrimonio de la empresa común o de economía mixta es de naturaleza privada y no tiene por qué quedar incluido en el presupuesto del Estado, nación, departamento o municipio. Por lo tanto, al dar destinación distinta a la reglamentada por su junta directiva o asamblea de socios, ni se está violando un estatuto presupuestal, ni se le está dando destino oficial al caudal, ni tenía antes una destinación oficial dicho caudal. Lo cierto es que no vemos de qué manera un empleado de empresa o institución en que el Estado tiene parte económica pueda cometer peculado por aplicación oficial diferente de la presupuestada para esta empresa o institución. En este caso típico —volvamos a repetirlo—, la tutela penal se encamina a proteger el orden dado por el Estado al uso o empleo de sus propios caudales, por medio del presupuesto nacional, departamental o municipal. Que se cumplan los fines presupuestados y no el capricho del empleado oficial. No se tutela aquí la disponibilidad del Estado sobre sus propios bienes, cosa que sí protege el tipo legal del art. 133 y el del 134.

9. EL ABUSO DE PODER

Para que se configure este suceso criminoso es preciso que el autor tenga, como parte integral de sus funciones, la de ordenar o disponer sobre los caudales del Estado, en cumplimiento de la orden dada por el presupuesto respectivo. El art. 136 habla de "los bienes del Estado (...) cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones...", pero agrega en seguida que a tales bienes "dé aplicación oficial diferente" a la presupuestada. Por consiguiente, se tratará de un empleado oficial con manejo de caudales, como parte integral de su órbita funcional. No bastará el empleado con mera tenencia jurídica del bien del Estado. Será preciso que pueda desarrollar el presupuesto, y al hacerlo, sacar un bien del renglón presupuestal en donde

³⁸ BENJAMÍN IRAGORRI DÍEZ, *Derecho penal colombiano* (mimeógrafo), Popayán, Universidad del Cauca, 1959.

fuera colocado, para darle otra aplicación igualmente oficial, pero no presupuestada. Al hacerlo, abusa de su poder funcional. Es imposible cometerlo en acto extralimitado, y más imposibilidad hay si se trata del empleado de derecho privado que maneja caudales de empresas de economía mixta o instituciones de utilidad común.

10. CULPABILIDAD

Es delito doloso, como es obvio. El dolo consistirá en el conocimiento que tiene el empleado oficial sobre la aplicación establecida en el presupuesto a dicho caudal y, por lo tanto, de la imposibilidad de sustraerlo a esta destinación legal; sin embargo, voluntariamente lo saca del rubro presupuestado y le da otro destino que, aunque también oficial, no es el que la ley de gastos previó para él. Más todavía, es posible pecular en esta forma típica, sencillamente dando a un caudal estatal un destino no presupuestado, aunque en el presupuesto no tuviera ninguno. Respecto del dolo en esta figura, dijo la Corte:

"No exige la disposición al respecto un dolo específico ni una finalidad de provecho privado..."³⁹.

Sección V. Peculado culposo

1. LA NORMA

Art. 137. *Peculado culposo*. El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

(Adicionado por el art. 32 de la ley 190 de 1995 en estos términos: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

El funcionario o empleado público que por culpa diere lugar a que se extravíen o pierdan los caudales o efectos que tuviere bajo su custodia, incurrirá en privación del empleo y en la obligación de pagar tales caudales o efectos.

³⁹ Sentencia del 11 de agosto de 1959. "G. J.", núms. 2215-2216.

3. ESTRUCTURA

- a) *Sujeto*: Autor: El *empleado oficial*.
- b) *Verbo*: *Dé lugar*, transitivo e indica *delito de resultado*.
- c) *Predicado*: Por culpa *dé lugar* a que se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o de particulares, encargados a su administración oficial, o de empresas o instituciones en donde el Estado tiene parte.
- d) *Objeto material*: El complemento indirecto *bienes*.
- e) *Complemento circunstancial de modo*: *Por culpa*.
- f) *Abuso de poder*: Cuya administración o custodia se les hubiere confiado por razón de sus funciones.

4. LOS SUJETOS

Solamente el empleado público o empleado oficial ostenta la tenencia de bienes del Estado o de particulares, en ejercicio de empleo público y por razón de funciones adscritas a él. Se habla de *tenencia jurídica* porque es el acto de tenerlos en ejercicio de su empleo, así la disponibilidad o manejo público esté adscrito a otro empleado. Conservarlos es su deber. Echarlos a perder por su negligencia, imprudencia o impericia, su culpa.

5. LA CULPOSIDAD

La definición de *culpa* es difícil, porque su estructura es objetiva y subjetiva a un mismo tiempo: el accionar humano, que es voluntario, no persigue una finalidad típica, sino inocua, en sí misma. Pero conduce a la negligencia, a la imprudencia o a la impericia, y de este terreno surge el resultado, típico, punible, no querido en sí, pero evitable y prevenible. Por eso el art. 37 del Código Penal la estructura con estas palabras: "La conducta es culposa cuando el agente realiza el hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo". Y en aquella acción, enfrentada a un resultado no querido, se conjugan ambos casos por enfrentarse el autor a la norma de deber, que le imponía previsión y evitación del daño posible.

La ley penal exige, inclusive conminando con penas, la previsión y la evitación del resultado típico. ¿Lo anterior significa que es deber normativo el realizar la conducta humana provistos de cuidado y precaución, que son lo contrario a la negligencia e imprudencia, respectivamente? Muchos lo niegan⁴⁰, afirmando que este tipo de exigencia coacta la libertad humana, exigiendo lo

⁴⁰ ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1958, págs. 83 y ss.; HANS WELZEL, *El nuevo sistema de derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Edic. Ariel, 1964, pág. 70.

imposible: no ser negligente ni imprudente, parte de su naturaleza. La realidad es que la ley sí lo exige, al pedirles a quienes realizan tareas en las que está envuelta la seguridad común, el que WELZEL llama *deber de precaución*, y el desarrollo de este es tanto como tener cuidado, en vez de negligencia, y ser precavido, en vez de imprudente.

De manera que los terrenos culposos son la *negligencia*, la *imprudencia* y la *impericia*. Además, existen reglamentaciones de oficios o tareas que envuelven un riesgo común, y en cuyos mandamientos va presumida la negligencia, la imprudencia y la impericia de quien las viola.

La *negligencia* emanada del *Digesto* de JUSTINIANO es la *olvidanza* de don ALFONSO X, el Sabio, en su *Partida* séptima, que es la *culpa inconsciente* de VON HIPPEL y MEZGER y la *culpa in omittendo* de RICARDO NÚÑEZ, y se define como la falta de estímulo o inacción esperada en el agente, por lo cual sobrevino un daño causado por ella. La imprudencia es el *atreimiento* de la *Partida* séptima, y la *culpa consciente* de VON HIPPEL y MEZGER, y se define como la osadía o imprecavición de quien acciona, conociendo como posible la producción del resultado típico, creyendo poder evitarlo.

En relación con la culpabilidad del fenómeno de la culpa, podría decirse que la *negligencia* es la falta de anticipo, que es poner en la conciencia una posibilidad de existencia de algo que se puede pensar y precaver; *precaver* viene del latín *pre-cautio* que es anticipar el cuidado. En cambio, la imprudencia ocurre cuando el agente olvida lo ya experimentado, y que debería recordar para evitar que el suceso se repita. *Repetir* viene del latín *re-peter* que es retrotraer el suceso ocurrido a la memoria.

La impericia, producto de la tecnología moderna y denominada *temeridad profesional* —título que le da la Corte de Casación italiana—, es la falla en el saber teórico y práctico sobre la materia propia de un oficio que, sin embargo, se realiza.

Así, pues, el extravío o pérdida o daño del caudal, bajo la tutela o administración del empleado oficial, se deberán a negligencia, imprudencia o impericia, y estará colocado en el terreno culposo, del cual se desprende este resultado, que es típico. Por tratarse de exigencia normativa de cuidado, precaución o pericia, la imputación se hace como culpa.

Consideramos conveniente advertir la necesidad de revisar los conocimientos aptos para la materia en la cual debe desempeñarse el empleado oficial. Así, por ejemplo, un auditor debe tener conocimientos sobre contabilidad y finanzas, y, como un jefe de presupuesto, debe conocer las reglamentaciones sobre la contratación del crédito público. El rodaje de un banco y sus servicios de crédito interno y externo no pueden serle desconocidos; etc. Quien es contratado para este tipo de empleo, en consideración a prebendas políticas, y se sabe ignorante de estas materias, se encuentra de hecho en el terreno de la culpa, por impericia. La vigilancia del caudal que le encomendó el Estado le impone el deber de conocimiento sobre su manejo. Así dijo la Corte:

"Que se acredite abandono o negligencia inexcusables por parte del funcionario, en lo referente a sus deberes de vigilancia de lo ajeno que se le ha confiado..."⁴¹.

La acción señalada por el verbo compuesto "dé lugar" indica el nexo causal que, como vínculo objetivo, une la conducta culposa con el autor de la pérdida o extravío o daño de los bienes del Estado. Dar lugar a tan notorios efectos, no significa que el autor estuviera consciente de tales pérdidas, sino que por su negligencia o su imprudencia o su impericia o la violación de reglamentos de manejo, se perdieron o dañaron o extraviaron.

6. ABUSO DE PODER

Para serle imputado el peculado por culpa, es preciso que el funcionario tenga el manejo y custodia del caudal, como parte integral de sus funciones. El art. 137 lo dice, cuando advierte que los bienes perdidos, extraviados o dañados, se le hayan confiado *por razón de sus funciones*. Y responde por culpa no solo el que tiene la disponibilidad jurídica del caudal, sino el que lo tiene, meramente, a título legal y como parte de su actividad funcional, aunque el ordenador sea otro.

Cuando el funcionario se encarga de hecho, sin pertenecer a su órbita funcional la custodia, y ni siquiera ostenta la tenencia jurídica del bien, así se extravíe o pierda o dañe un bien del Estado, no habrá responsabilidad culposa para él, sino para quien, teniendo en su órbita funcional el cuidado de este caudal, lo confió a otro inexperto o negligente o imprudente.

7. EL REINTEGRO EN EL PECULADO CULPOSO

En el art. 154 del Código Penal de 1936 el reintegro era parte de su punición, y no tenía la potestad de atenuar la pena. En el art. 137 del actual Código no es penalidad accesoria, sino que, conforme a la norma común del art. 139, produce la atenuación punitiva expresada allí. El reintegro del capital en la culpa, se produce reintegrando lo perdido o extraviado o su valor, o reparando el daño.

Sección VI. *Peculado por extensión*

1. LA NORMA

Art. 138. *Peculado por extensión. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 20.* También incurrirá en las penas previstas en los artículos anteriores, el particular que realice cualquiera de las conductas en ellos descritas sobre bienes:

⁴¹ Casación del 6 de agosto de 1953. "G. J.", núms. 2199-2200.

1. Que administre o tenga bajo su custodia pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte o recibidos a cualquier título de este.

2. Que recaude, administre o tenga bajo su custodia, pertenecientes a asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales.

2. LA NORMA ANTERIOR

Cuando se aprobó la ley 95 de 1936, el art. 151 se refería únicamente a la apropiación o uso indebidos de bienes puestos bajo administración del Estado, hecha por el empleado oficial que los custodiaba. De tal manera que el art. 155 de ese mismo Código hizo extensiva la tipicidad de este peculado a los establecimientos de utilidad común dedicados a obras de beneficencia y, sobre todo, de instrucción pública, puesto que no quedaban comprendidas en la tipicidad básica indicada y, como dijo en la comisión redactora el doctor RAFAEL ESCALLÓN VILLA, su proponente, "se estima oportuno equiparar los establecimientos de instrucción y beneficencia a las instituciones de carácter público, porque hay un interés especial en la protección de los haberes de las instituciones llamadas de utilidad común..."⁴².

En el momento de aparecer esta tipicidad extensiva, no existía el texto del decreto 1858 de 1951, en el cual se incluyó como peculado impropio la aprobación o mal uso que hace el empleado de empresas de economía mixta o instituciones de utilidad común, en las que el Estado tiene participación económica. De tal modo que el texto del decreto 1858 entró a formar parte del articulado sobre peculado en el Código de 1936, fue la figura básica de peculados, y por lo tanto abarcó a todos los que en empresas de economía mixta o instituciones de utilidad común se comentan. Sobraba, ciertamente, la extensiva del art. 155 frente a la básica del decreto 1858, pues ambas referían idéntica tipicidad y punición a las instituciones de utilidad común, la primera en forma genérica, la segunda referida a aquellas creadas para beneficencia o instrucción pública.

El art. 155 de la ley 95 de 1936 decía así:

Las disposiciones de este capítulo se harán extensivas a los que por cualquier concepto se hallen encargados de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia.

No obstante lo dicho, la tipicidad del art. 155 coexistió con la del decreto 1858 de 1951, pero referida no al peculado por uso y apropiación indebidos, para el cual se aplicaba el texto del decreto, sino al peculado culposo del art. 154, y por aplicación indebida del art. 150.

La norma aprobada por el decreto-ley 100 de 1980 difiere de la que tipifica el art. 20 de la ley 190 de 1995 en lo siguiente:

⁴² *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, cit., acta 119.

1. En el numeral 1 del art. 138 se suprime la frase final "o recibidos a título de auxilio o aporte a este" por las razones expresadas atrás. En su lugar se incluye una expresión genérica, a título de elemento normativo de su tipicidad: "o recibidos a cualquier título de este", con lo que se refiere a bienes o fondos parafiscales recibidos por empresas o instituciones, aun cuando no se trate de *participación del Estado* en ellas, pero que tampoco se trate de auxilios o aportes a particulares.

2. En el numeral 2 se incluyen voces que señalan instituciones destinadas a servicio común, no muy lejanas a las contenidas en la vieja norma.

3. Al referirse a las penas dispuestas por los artículos anteriores, la pena se eleva considerablemente, al menos cuando de peculado por apropiación se trate.

3. PENALIDAD APLICABLE

Técnicamente, el art. 138 contiene una tipicidad subordinada por incompleta, por lo que debe complementarse con los arts. 133, 134, 135, 136 y 137, tanto en lo preceptivo como en lo punitivo.

Sección VII. *Los reintegros*

1. LA NORMA

Art. 139. *Circunstancias de atenuación punitiva.* Si antes de iniciarse la investigación, el agente, por sí o por tercera persona, hiciere cesar el mal uso, reparare lo dañado o reintegrare lo apropiado, perdido, extraviado, o su valor, la pena se disminuirá hasta en las tres cuartas partes.

Si el reintegro se efectuare antes de dictarse sentencia de segunda instancia, la pena se disminuirá hasta en la mitad.

Cuando el reintegro fuere parcial, el juez podrá en casos excepcionales y teniendo en cuenta las circunstancias previstas en el art. 61 disminuir la pena hasta en una cuarta parte.

2. LA NORMA ANTERIOR

La ley 95 de 1936 tipificó la circunstancia de atenuación punitiva, como pomposamente la denomina el Código de 1980, llamada *el reintegro*, en los arts. 152 y 153. Posteriormente y al entrar en vigencia el decreto 1858 de 1951, *el reintegro* quedó estructurado como un segundo inciso del art. 3° que tipificaba el peculado por uso y apropiación indebidos, por lo cual la circunstancia indicada solamente atenuaba los casos de reintegrar en los peculados citados, mas no en los casos de aplicación oficial diferente, ni en los culposos

ni en los extensivos. La norma sustituida por el art. 139 del Código actual, era la siguiente:

Esta pena será reducida hasta en la mitad si antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente, el funcionario o empleado responsable restituyese lo apropiado o su valor, o hiciere cesar el mal uso, resarciendo todo perjuicio, pero si tal no hiciere sino después de iniciada la investigación, la pena solo se reducirá hasta en una tercera parte siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia.

3. QUÉ ES EL REINTEGRO

Etimológicamente, reintegrar es devolver a su sitio lo que el peculador se sustrajo, usó o empleó ilícitamente. Volver a integrar el patrimonio estatal, sujeto a su disponibilidad.

El reintegro tiene como resultado la atenuación punitiva, debido a que significa: por una parte, el arrepentimiento por la conducta realizada en detrimento de los derechos del Estado sobre sus bienes sujetos a su administración, y por otro lado, que se trata de un incentivo de que se vale la ley para lograr la recuperación del caudal perdido por causa del delito de sus propios empleados manejadores de sus bienes. Por esto mismo la ley no otorga consecuencia atenuativa al reintegro que se cumpla después de dictada sentencia en primera instancia, cuando ya medie una condena, así sea revisable, puesto que sería ocasionado por el temor a la pena, no por el arrepentimiento del mal causado.

4. CUÁNDO SE REINTEGRA

La norma consagra dos momentos para hacerlo con poder atenuante: antes de iniciarse la investigación correspondiente, o a partir del auto cabeza de proceso, con el cual se inicia toda investigación en lo criminal, y hasta antes de dictarse la sentencia en primera instancia, aun dentro del juicio y mediando resolución de acusación.

Antes de abrirse la investigación podrá ser consecuencia de la correspondiente investigación fiscal realizada por la contraloría o por la auditoría interna del instituto descentralizado, o podrá ser espontáneo, aun sin conocerse la existencia de tal investigación administrativa. La pauta entre uno y otro momentos procesales para ser reintegro la indica la existencia del auto cabeza de proceso, para estar a lo cual, bastará con mirar la fecha de su expedición no a su real o supuesta ejecutoria.

5. CUÁNTO SE REINTEGRA

De acuerdo con el texto del inciso 2° del art. 3° del decreto 1858 de 1951, que al respecto decía que se reintegrara "lo apropiado o su valor", la interpre-

tación lógica del *quantum* de lo reintegrable, era decir que *todo* lo apropiado, sin admitirse reintegros parciales para efectos de la atenuación de pena. La realidad es que el decreto 1858 decía *lo apropiado* y ello significa, en castellano morocho, como dicen por ahí, *todo lo apropiado*. Más aún, el decreto 1858 jamás admitió el reintegro parcial que sí se estipulaba en el art. 152 de la ley 95 de 1936, con lo cual es claro que la norma sobre reintegro parcial quedaba derogada tácitamente por ese decreto. Se necesitó del art. 453, numeral 3, del Código de Procedimiento Penal de 1971, para que el reintegro parcial tuviese acogida en la atenuación del peculado, pero, obviamente, a partir de la vigencia de esta norma.

El último inciso del art. 139 del Código de 1980 admite el reintegro parcial para atenuar las penas, inclusive sin diferenciar entre el reintegro antes de iniciarse la investigación criminal y el que se realice cuando esta ya viene cumpliéndose. Solamente que la deja a prudente criterio del juez; si, dadas las advertencias del art. 61 de la misma obra, considera que los hechos y la persona del autor no merecen la atenuante por reintegro parcial, la negará con invocación de esa norma y sus razones.

Sabia advertencia del artículo mencionado, no obstante habíamos sido enemigos de los reintegros parciales en cualquiera de los momentos procesales en que ocurran: primero que todo, porque la ley nunca dijo cuál era el tope mínimo reintegrable, y la suma reintegrada podría ser írrita en relación con el caudal apropiado. El arbitrio judicial que consagra el art. 139, combinado con el 61 del Código, puede ser insuficiente para atajar la atenuación por sumas irrisorias, que sean a la postre una burla a la ley penal. Además, porque los abusos jurisprudenciales respecto del reintegro parcial ya han sido notorios; recordamos el caso de un reintegro hecho en letras de cambio o pagarés, lo que es una auténtica burla al Estado y a la ley penal, máxime si el obligado por este título-valor jamás piensa pagarlo⁴³.

6. QUÉ DEBE REINTEGRARSE

La cosa apropiada o usada o su valor, según el texto de la ley, por lo menos es lo equitativo y lo mejor para entender exactamente lo que es un reintegro.

No obstante, es posible reintegrar cosas del mismo género, especialmente si lo apropiado era fungible y, con su uso, se consumió. Porque la expresión "su valor" significa no solo su equivalencia monetaria sino de cambio. Pero de algo que signifique un bien en manos del Estado, a cambio del que perdió. La letra de cambio o el pagaré no cambian la disponibilidad jurídica de una cosa por otra, sino que el Estado perdería su disponibilidad sobre un bien tangible, por una expectativa que no tenía antes y que no es justo hacérsela padecer, cuando es producto del delito del supuestamente obligado.

⁴³ Sentencia del 14 de mayo de 1968, en revista *Temas de Derecho Penal*, núm. 5, Medellín, 1970.

7. QUIÉN DEBE REINTEGRAR

El texto del art. 139 lo dice: "el agente, por sí o por tercera persona". Puede reintegrar, pues, el propio peculador o una tercera persona, siempre y cuando lo haga por voluntad comprobada del *peculador*, porque el reintegro significa arrepentimiento y mal podría indicarse con la acción aislada del tercero.

8. LA DESTRUCCIÓN O DAÑO DE BIENES DEL ESTADO

Agrega el tipo culposo del art. 137 una modalidad no contemplada, al menos expresamente, por su tipicidad en el Código de 1936, como es el deterioro o daño de los caudales que administra el empleado oficial. Es así como menciona el *extravío* y la *pérdida* al lado del *daño* de ellos.

Dañar, según la segunda acepción académica, es maltratar o echar a perder una cosa. Y algo se echa a perder por descuido, que es negligencia, o precipitación o abuso, que es imprudencia. Sobraba la inclusión del *daño* entre las formas de culposidad del *peculado*, porque bastaba la genérica expresión de *por culpa*, para entender que se incluye la pérdida del bien, por *daño* imprudente o negligente. Que, además, serían las únicas formas de punir el daño del caudal del Estado, porque si la echada a perder es producto del tiempo y desgaste por el uso, o si las circunstancias de un pésimo mantenimiento de los equipos, cosa de común ocurrencia con el Estado, obliga al uso abusivo de sus bienes, es obvio que el *peculado* por *daño* no es punible. O quizá sí lo sea: serían punibles por *peculado por daño* quienes desde los puestos de mando para mantenimiento de equipos y demás bienes del Estado, no cumplen con este deber, por negligencia, tan vistosa en las oficinas públicas.

Sobre este tema dijo la Corte Suprema: "La atenuación punitiva por el reintegro total o parcial, no puede operar sino cuando ha habido devolución voluntaria de lo apropiado o de su valor, porque este evento no puede, en sana lógica, beneficiar a quien no lo procuró por sí o por tercera persona"⁴⁴.

Consecuentemente, la reparación del daño ocurrido por negligencia o imprudencia, es la forma de *reintegro* en esta modalidad culposa. De suyo no era extraño al texto del viejo decreto 1858 de 1951, fenecido con el Código de 1936 al cual se incorporó. En este se advertía que, una vez reintegrado todo caudal objeto de *peculado*, el autor debería resarcir todo perjuicio, y el art. 154 obligaba a pagar el caudal perdido por su culpa.

9. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad, entendida como un choque entre el hecho típico y el interés jurídicamente tutelado por la ley penal, en los tipos de *peculados* que acabamos de analizar, está señalada por lo siguiente:

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de febrero 17 de 1981.

a) La agresión o amenaza a la integridad patrimonial de contenido económico y ético, de la administración pública del Estado.

b) El arrebatamiento de la disponibilidad de sus bienes, que debe tener el Estado en todo momento.

c) El desconocimiento de su derecho a organizar su presupuesto de gastos.

d) La agresión sobre sus aportes transitorios o permanentes, en establecimientos paraestatales.

El decreto 1858 de 1951 contemplaba la obligación de resarcir todo perjuicio ocasionado indirectamente a terceros. En realidad, no son sujetos pasivos del *peculado* pero sí víctimas inocentes de él y la ley obliga, con las normas procesales sobre constitución de parte civil, a este resarcimiento. Con lo cual el daño a terceros, víctimas del peculador, constituye un elemento más de lo antijurídico en el peculado.

10. EXIMENTES DE LO ANTIJURÍDICO

Teóricamente analizadas las cinco causales de justificación del hecho, emanadas del art. 29 del Código Penal, tan solo la quinta, que corresponde al estado de necesidad, sería aplicable a los peculados. Por sustracción de materia no puede justificarse un auténtico peculado, ni por cumplimiento de un deber legal, porque la ley no obligará jamás a este delito; ni por orden legítima de autoridad competente, pues nunca un superior podrá emitir formalmente la comisión de un peculado; ni hay ejercicio de un derecho a pecular, ni hay actividad lícita, ni función en cargo oficial que permitan pecular. Tampoco entendemos cómo puede existir *defensa justa* cometiendo peculado. Pero sí comprendemos que un empleado oficial pueda, amenazado por un peligro actual o inminente, que ataque la existencia propia o de sus familiares, tomar bienes del Estado para contrarrestarlo, si no fue causa de aquel peligro, ni este se produjo por su imprudencia, ni es su deber funcional afrontarlo.

Una providencia de la Corte despertó la inquietud de si en el empleado oficial, y más exactamente en los jueces, la causa de justificación aludida era sostenible, jurídica y moralmente. En aquella oportunidad la Corte la rechazó, aduciendo razones más de orden ético que jurídico. La providencia decía así:

"Hurto famélico o hurto necesario, llaman los autores al cometido para proveer a la propia subsistencia del autor o de la familia, cuando no hubiere tenido otro medio de satisfacer sus necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas. Este es un caso *sui generis* de aplicación de la causal tercera del art. 25 del Código Penal, especificado en los arts. 430 y 431, *ibidem*, pero que está circunscrito a un solo género de delitos y, más propiamente, al *hurto* (...). Pero el peculado, como bien se sabe, no es un delito contra la propiedad, sino contra la administración pública. Valdría para rechazar la excusa invocada. Es cierto que debe analizarse la situación del empleado público y de sus precarias condiciones económicas; su sacrificio de las más elementales comodidades de la vida y el esfuerzo que realiza para

subsistir con decoro. Todo ello, sin embargo, no lo excusa cuando compromete la dignidad de su misión con actos que están reservados a quienes, si faltan a la honestidad, por lo menos no manchan una investidura. Y ciertamente, si a alguien le está vedado echar mano de ese recurso extremo, dispuesto como pasadizo de emergencia en el Código de las penas, es a quien administra justicia, porque parecería que conociendo esa salida, la usa en la confianza de que no será sancionado..."⁴⁵.

La realidad es que la Corte presenta una argumentación romántica, pero inútil. El viejo art. 430 del Código de 1936, que desaparece en el de 1980, para dejar paso a la circunstancia genérica de justificación arriba indicada, no era más que el desarrollo específico, y sin necesidad, de la norma genérica del art. 25, numeral 3, del Código citado. Su aplicación al *hurto* no era obstáculo para aplicar a otros títulos de delitos la norma general sobre estado de necesidad. Así que nada hay que impida, teóricamente, considerar la situación de peligro actual o inminente que amenace la vida del empleado oficial o de sus hijos o cónyuge, no evitable de otra manera diferente a tomar caudales del Estado puestos bajo su administración o custodia funcional, para obviar la amenaza. Si el art. 430 no lo permite sino para el *hurto*, el 25, numeral 3, lo permite para todo delito en cuya estructura encaje la excusa de estado de necesidad. Más aún frente al Código de 1980, como acabamos de anotarlo.

Que no sea correcto que el empleado oficial, máxime si trabaja en la administración de justicia, lo alegue, porque parecería que, conociéndolo, lo usó expresamente para quedar impune en su falta, es cierto. Tanto, que este argumento es exhibido por empresas que captan el dinero ahorrado por el público, como las corporaciones crediticias, para prohibir por reglamento interno el uso de sus servicios crediticios y de cuentas de ahorros a sus propios empleados. Pero de allí a que una razón de orden ético subrogue la ley penal, haciendo diferencia que la misma ley no hace, hay un abismo. No es verdad, por lo demás que quien halla *justificada* su conducta, haya obrado deshonestamente; si al satisfacer una necesidad vital, se choca contra el derecho ajeno y la ley lo *justifica*, quien así obró no solamente debe ser sobreseído de cargos, sino que tiene derecho a que no se le catalogue de *deshonesto* porque no lo es. Si lo fuera, no lo justificaría la ley, porque la ley penal no puede justificar lo deshonesto.

Por lo demás, si se reconoce que la necesidad de dominar un peligro actuante contra la vida del empleado público lo pueda poner frente a la necesidad de chocar contra el derecho ajeno para salvar el propio, no es equitativo obligar al empleado público, por el hecho de serlo, a adoptar actitud de héroe.

11. CULPABILIDAD

Atrás observamos que para entender el sentido de la *apropiación* o del *uso* indebidos, en el peculado, es necesario identificar la acción de sustraerse

⁴⁵ Auto del 7 de mayo de 1955, "G. J.", núm. 2154, págs. 498 y ss.

el caudal, con el ánimo de hacerlo propio o de gozarlo ilegalmente. Y este *querer*, atado al *sustraer*, integran el *dolo* en el peculado. De nada vale que un empleado oficial quiera la sustracción apropiativa o de uso, si nunca toma materialmente el caudal, y ni siquiera lo usa ilegalmente. El ánimo solo no señala su dolo. Es menester tomarlo de donde lo pone el Estado, y hacer acto apropiativo o de mal uso. La frase "en provecho suyo o de un tercero" no significa, pues, que el peculado se agota cuando el peculador *usufructuó* o sacó beneficio del caudal. Indica que el dolo en el peculado será el propósito de disfrute, por él o por terceros, al sustraerlo. Pero la sustracción con ánimo de tal, lo agota, aunque el disfrute jamás llegara.

Por lo demás, el peculado por "aplicación oficial diferente" tiene su dolo en la voluntad de violar el orden presupuestado del caudal. Es un desconocimiento al derecho de presupuestación, por decirlo así, que tiene el Estado. En el fondo es un desprecio a la potestad de presupuestar suya.

Basta con que conozca el orden presupuestal, el renglón al que se destina el caudal y la disposición desordenada de este, para que haya dolo.

12. INculpABILIDAD

En los peculados son aceptables todas las causales de ausencia de culpabilidad, a lo menos como regla. Por fuerza mayor es posible que se dañen o pierdan o extravíen caudales del Estado. Es el caso de un robo cometido por extraños en oficinas públicas, siempre que no medie negligencia o imprudencia en su custodia. Por insuperable coacción de un superior, puede un subalterno pecular y no en su beneficio. Por convicción errada e invencible se puede usar ilegalmente caudales del Estado, creyéndolo justificado, con lo cual hay "error de prohibición". Por convicción errada e invencible, dada su cultura, puede un empleado oficial usar o apropiarse de caudales del Estado, creyendo atípica su conducta, y habría "error de tipo".

13. TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSOS

Al tratar de las *características* del peculado por apropiación, hemos dicho que admite *tentativa*. En realidad, tanto el tipo de apropiación, como el de uso, por error ajeno, por aplicación oficial diferente y las formas extensivas de *peculado*, dan cabida al grado de tentativa.

De igual modo, se manifestó la creencia de que, salvo expresa disposición de la ley, el autor del peculado debe tener cualidad de empleado oficial, en sentido de poseer un título funcional y un grupo de funciones adscritas a su cargo. El particular podrá ser un *cómplice*, mas no un autor, excepto los casos arriba analizados. El autor da denominación al delito: será peculado aunque intervenga un particular, si conocía su investidura.

Por último, el peculado puede concursar con otros delitos, tenidos como medios para su agotamiento. Por ejemplo, es usual el concurso con la "falsedad en documentos públicos".

CAPÍTULO II

DE LA CONCUSIÓN

1. NOCIONES GENERALES

La palabra *concusión*, según enseña el *Diccionario* de la Academia, se deriva de la voz latina *concussio* y esta de *concussionis*, que significan conmoción o sacudimiento. CARRARA, lo mismo que CARMIGNANI, sostienen que se desprendió de *concutere*, que es tanto como *sacudir*. De acuerdo con el primero de ellos, *concusión* tiene un sentido que "reduce la idea al temor infundido mediante el poder público, debido a que representa la idea de sacudir un árbol para hacer caer sus frutos"¹.

Sin lugar a dudas, el origen de la concusión está en el derecho romano. Según escribe BRUCHI², en la época de los reyes la concusión era imposible en Roma, debido a la pequeñez del reino, a la constante vigilancia del Senado y de los tribunos, y a la severidad de costumbres de los primeros latinos. Pero Roma creció y la conquista hizo necesario el envío de gobernadores al territorio conquistado, y fue entonces cuando el exceso de poder y la decadencia en los controles permitió la extorsión del particular realizada por el funcionario romano. Ya, para la República en decadencia, conforme asevera CARMIGNANI³, el Senado romano debió afrontar las continuas quejas sobre las rapiñas y extorsiones del funcionario de Roma en la provincia conquistada, y apareció la *Lex Julia* como parte de la legislación conocida como *Las Doce Tablas*, que con respecto a la concusión, tuvo el título de *pecuniis repetundis* o *crimen repetundarum*, porque como única sanción consistía en obligar al funcionario punido a devolver el valor duplicado de lo recibido mediante la extorsión⁴.

Según escribe TEODORO MOMMSEN durante la dictadura de Sila, al final de la República romana, este y los colaboradores en el gobierno extorsionaban a los súbditos en busca de dádivas, a veces voraces; con el predominio de los "patricios" sobre la "plebe", esta no tenía acceso a los mandos del Estado, por

¹ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961, § 2566 y notas 1 y 2, pág. 115; CARMIGNANI, *Elementos de derechos criminal*, trad. de A. Forero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág. 343.

² Cita de ENRIQUE RAMOS MEJÍA, *El delito de concusión*, Buenos Aires, Edit. Roque Depalma, 1963, pág. 13.

³ CARMIGNANI, ob. y págs. cit.

⁴ TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. II, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna (sin fecha), pág. 179.

lo que aquellos romanos llegaron a convencerse que para ellos existía un "derecho natural al gobierno". Entre quienes obtuvieron enormes beneficios estuvo el ciudadano Craso, célebre por su riqueza poseída a base de corrupción⁵.

A esto agrega el historiador WOLFGANG KÜNKEL, que la falta de un control eficaz sobre el gobernador de las provincias, y el sistema de conceder la recaudación de los impuestos a los particulares, favorecían al explotador sin escrúpulos en beneficio de las castas superiores romanas, lo que contribuyó grandemente a la decadencia moral de Roma⁶.

Con el gobierno de Tiberio Graco aparece una reacción contra la corrupción, y es cuando el senador Lucio Calpurnio Pisón hace aprobar la *Lex Calpurnia de repetundis*, que establece cuerpos de vigilancia, investidos de poderes judiciales especiales, autorizados para reprimir toda corrupción con la obligación para el punido de restituir lo percibido extorsivamente duplicado; pero la "repetición duplicada" de lo extorsivo no era pena única, sino accesoria. Con el correr de los siglos, NAPOLEÓN, según su biógrafo EMIL LUDWIG, recordó el saneamiento que logró Tiberio Graco y recomendaba la designación de un comité compuesto por tres incorruptibles prohombres de su gobierno, con poder soberano para investigar y fusilar a los concusionarios. Quizás es hora de que en el país aparezca nuestro NAPOLEÓN.

No obstante, *Las Doce Tablas* ignoraron la diferencia entre *concusión* y *cohecho* o *corrupción*. Cuándo se hace la concusión, es cosa que algunos autores ignoran⁷. Recurriendo a CARMIGNANI, sabemos que durante el Imperio el pretor reprime con la muerte tanto al magistrado que extorsiona como al particular que ofrece la dádiva que recibirá el corrupto magistrado, y por ello la distinción en dos tipicidades diferentes aparecerá en el *Digesto*⁸, pero con la advertencia de que la pena aplicable ya no era la repetición de lo extorsionado o indebidamente pagado, sino la muerte; de allí que glosadores como MATHEUS⁹ criticaran a quienes dieron a la concusión y a la corrupción el mismo nombre de *crimen repetundarum*, alegando que en la misma Roma la diferencia era notable. CARMIGNANI observó, respecto de esta glosa, que nadie sabe cuándo se hace la diferencia entre uno y otro delitos, y que el uso jurisprudencial del pretor era el de darles la misma denominación. De todas maneras, concusión y corrupción tienen su origen en Roma, y cuando el glosador DONELLO define la primera, ya se hace diferencia entre ella y la corrupción. La noción de DONELLO fue esta:

"Delito que consiste en la extorsión de cualquier cosa por medio de temor injustamente infundido por una potestad o decisión nuestra o ajena, de

⁵ TEODORO MOMMSEN, *Historia de Roma*, trad. de José A. García Moreno, t. 2º, Madrid, Editorial Aguilar, 1956, pág. 389.

⁶ WOLFGANG KÜNKEL, *Historia del derecho romano*, trad. de Juan Miguel, Barcelona, Ediciones Ariel, 1982, pág. 50.

⁷ Tal el caso de ENRIQUE RAMOS MEJÍA, ob. cit., pág. 14.

⁸ CARMIGNANI, ob. cit., pág. 339.

⁹ Citado por CARMIGNANI, ob. cit., págs. 339-340, nota 30.

manera que la persona aterrorizada, no por otra causa sino por sustraerse al mal con que se le amenaza, se presta a la indebida prestación de la cosa"¹⁰.

El concepto anterior delinea con precisión la estructura de la concusión y la separa correctamente del cohecho. La concusión es una extorsión cumplida por quien ostenta el poder y se vale de él para hacerlo, de suerte que su autor debe estar investido de la autoridad que ejerce dicho poder. La víctima de su extorsión debe prestar la cosa que se le exige, como exclusiva consecuencia del terror infundido, "y no por otra causa". Si otra causa fuera, lo habría hecho por conveniencia o para su provecho, y no sería entonces concusión sino corrupción.

2. DERECHO TUTELADO

Se dice que la concusión es un delito contra la administración pública, cuando en realidad tiene una estructura compleja: por una parte, ataca a la administración del Estado, porque como dice SEBASTIÁN SOLER, "afecta el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado"¹¹, y por otra parte, lesiona intereses de los particulares víctimas de la extorsión del magistrado, para usar el lenguaje del maestro CARMIGNANI. Para encajarlo en el Código se escoge el derecho tutelado y ofendido de mayor jerarquía, que es el del Estado. La sociedad necesita de una administración pública equitativa, oportuna y eficaz, y ello solo se logra por medio de la honestidad de sus empleados. Por esto su ubicación en este título¹².

3. CLASIFICACIÓN

CARMIGNANI sostiene que el miedo puede ser infundido por quien ostenta una verdadera autoridad o poder político, y la concusión se llamará *propia*; o por quien simula tenerla, y la concusión será *impropia*. Y diferencia a esta de la *extorsión*, en que el temor infundido por invocación del poder estatal es algo muy especial y distinto del que infunde otra causa de miedo¹³. La diferencia existió hasta los prácticos. Fue FARINACCIO quien redujo la concusión al ámbito de la función pública y al magistrado que ostenta el poder para realizarla, introduciéndole el elemento *metus publicas potestatis*¹⁴. La extorsión cumplida por quien no tiene título de funcionario, quedó como delito contra el patrimonio, al lado de las estafas. Además, nuestro Código de 1936 distinguía entre una concusión que tipifica la extorsión causada por el funcionario a su víctima, y otra presumida al recibir o retener bienes de otra persona, aprove-

¹⁰ CARMIGNANI, ob. cit., pág. 343.

¹¹ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, Buenos Aires, Edit. Tea, 1951, pág. 100.

¹² CARRARA, *Programa...*, § 2567.

¹³ CARMIGNANI, ob. cit., págs. 343-344.

¹⁴ Citado por CARRARA, ob. cit., § 2567, nota I.

chándose del error en que esta se encuentra al entregarlos; dicha figura fue tipificada por el art. 159 del viejo Código, y en el actual, en el art. 135, se la denomina *peculado por error ajeno*. A la primera se la llamó *concusión propia* y a la segunda *concusión impropia*.

Otra clasificación se debe al Código toscano de 1853, sobre el cual escribió CARRARA, en cuyos arts. 182 y siguientes se distinguía entre una concusión cometida cuando el empleado oficial constriñe a su víctima, a la cual llamó *concusión explícita*, y otra que sucede cuando el agente induce a su víctima a dar u ofrecer la dádiva, y a la cual denomina *concusión implícita*¹⁵. Tanto en el Código de 1936 como en el actual, implícita y explícita se estructuran en una misma tipicidad, como dos modalidades diferentes de un mismo delito.

4. CARACTERES

Empleando el léxico dogmático, la concusión es delito propio del funcionario y, por consiguiente, tiene sujetos activos cualificados, con las notas que establece el art. 63 del Código Penal vigente. Es de acción sicológica de la esfera de la voluntad, pues el agente obliga a su víctima a realizar actos que no haría si aquel no abusara de su poder funcional para lograrlo. Tres verbos rectores indican triple modalidad comisiva, y es alternativa. El sujeto pasivo es, obviamente, cualificado, porque es el Estado colombiano, al ser agredido en uno de sus derechos vitales: la administración pública. Es instantáneo en su consumación: al exigir mediante constreñimiento o inducción. Es de mera conducta, pues nada se espera del mundo exterior para entenderlo agotado. Tentativa nos parece difícil, ya que la sola exigencia lo agota, sin esperar respuesta de la víctima.

Concluimos este aparte advirtiendo que en el Código de 1936 se consagraban cuatro tipos de concusión, en obediencia a la tipicidad nacida del Código italiano de 1889, el cual distinguía entre la *concusión* y la *exacción*, que es la concusión aplicada al indebido cobro de impuestos. Así, pues, en el viejo Código se hablaba de una *concusión propia* tipificada en el art. 159; de una *exacción propia* tipificada en el art. 158, y de otra *exacción impropia* tipificada en el art. 157. Los cuatro tipos quedan reducidos a uno, que está en el tipo del art. 140 del Código de 1980.

5. LA NORMA

Art. 140. *Concusión. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 21.* El servidor público que abusando de su cargo o de sus funciones, constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo servidor o a un tercero, dinero o cualquier otra utilidad indebidos, o los solicite, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales men-

¹⁵ CARMIGNANT, ob. cit., § 1837, pág. 344; CARRARA, ob. cit., § 2572.

suales vigentes, o interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

6. LA NORMATIVIDAD ANTERIOR

El delito de concusión en el Código de 1936 adoptaba cuatro descripciones típicas distintas en los arts. 156 a 159. El tipo fundamental o básico similar al que acabamos de reproducir, se encontró en el art. 156 y era la conocida *concusión propia*. El art. 159, reproducido antes, contemplaba la *concusión impropia*, que ahora quedará como *peculado por error ajeno*, con la impropiedad que ya analizamos. Los arts. 157 y 158 contenían descripciones de dos formas de exacción ilegal. Reducidos estos últimos a la concusión propia, se reducen también a un solo tipo en el Código actual. La tipicidad desaparecida era esta:

Art. 156. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones constriña o induzca a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquiera otra utilidad, incurrirá en prisión de uno a seis años.

Art. 157. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, y con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, constriña o induzca a alguien a pagar impuesto o contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento que legalmente no se deba, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período.

Si empleare intimidación o invocare orden superior o mandamiento judicial, se aumentará la pena hasta en la mitad.

Art. 158. Si al cometer el hecho de que trata el artículo anterior, no obrare el agente con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, se le impondrá multa de ciento a mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por dos años.

Se observa que el art. 21 de la ley 190 de 1995 conservó la misma sintaxis típica del viejo art. 140, con la salvedad de denominar al autor *servidor público* como ordena la nueva Constitución.

7. LA ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los *servidores públicos*, palabras que señalan un valor normativo que cualifica al autor y cuyos alcances los determina la misma ley penal en el art. 63.

b) *Abuso de poder*. En ejercicio del cargo público y del respectivo contrato con el Estado, se hallan investidos de poder público. Al hacer la solicitud, constrictiva o no, abusan de él. Es abuso funcional, generalmente, pero bien puede ocurrir en acto extralimitado.

c) *Acción descrita*: Señalada con los verbos *constreñir, inducir y solicitar*. Es, por lo tanto, compuesta y alternativa e indica actitud psicológica de la esfera de la voluntad.

Hay una subjetividad indicada en su tipicidad con las palabras *dinero o cualquier otra utilidad indebidos*, que es lo que se propone el autor, aunque no lo consiga.

8. LOS SUJETOS ACTIVOS

Hemos dicho que la valoración que debe darse al sujeto activo señalado por las palabras *servidor público*, la establece el mismo Código Penal en su art. 63. En realidad, las cualidades que exige la tipicidad del autor del hecho descrito es una normatividad del hecho típico mismo, y como tal debería hallar respuesta en normas distintas a las del propio Código Penal. No es muy ortodoxo que los valores normativos de la tipicidad penal hallen sus respuestas en su mismo articulado, pero en este caso específico cumple una misión importante, como es la de despejar toda duda respecto de quiénes son los sujetos activos de este título, y a quiénes se les debe aplicar la ley penal.

Uno de los posibles autores de la concusión es el contratista que presta un servicio público, a quien el Código de 1936 se refirió con estas palabras: "el encargado del servicio público", y al que el art. 63 del Código actual se refiere con similares vocablos. Su presencia en esta tipicidad fue tomada del anteproyecto de Rocco, Código de Italia a partir de 1930, y que desde entonces ha sufrido severa crítica. Uno de sus más ilustres enjuiciadores dijo de él: "La importancia limitada y la modestia de las atribuciones de un servicio público, aun cuando tuvieran la calidad de empleados, excluye la posibilidad de que ellos puedan cumplir una conducta de coacción que es el elemento esencial de este delito"¹⁶.

No es cierto en lo absoluto. La modestia de la tarea encomendada mediante contratación con el Estado, no obsta para que al encargado de un servicio público no se le haya investido de *poder estatal* suficiente como para prestar ese servicio, propio del Estado por su esencia. Y comoquiera que el contratista con él tiene o maneja bienes del Estado, pues se dan los elementos precisos para que pueda extorsionar al súbdito del Estado, al prestarle o abstenerse de prestarle sus servicios. Entre las extorsiones comunes, este tipo de hechos no tendría la misma protección que recibe si se la ubica como una concusión.

Criticando a este tipo de autor, ENRIQUE RAMOS MEJÍA observa que la concusión es una extorsión cumplida por quien es funcionario, pues su modo de obrar es el abuso de su autoridad, que solo quien lo es, puede realizar¹⁷. No

¹⁶ STEFANO RICCIO, *Relación ministerial*. Cita de JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 61.

¹⁷ ENRIQUE RAMOS MEJÍA, ob. cit., pág. 53.

vemos contenido en la crítica porque, como acabamos de advertirlo, para realizar la tarea contratada el Estado no solo se desprende de su potestad para prestar el servicio público, sino del *poder* de gobierno que necesite el contratista a fin de prestar un servicio que por su naturaleza pertenece a los poderes públicos. Es justamente la diferencia que existe entre el contratista de derecho común y otro que contrata con el Estado.

El particular concurre como víctima a la acción del empleado oficial que lo extorsiona. No es el sujeto pasivo del hecho punible, por cuanto este es el Estado colombiano en su derecho a una administración pública eficaz. En último término, lo somos todos, porque es un derecho colectivo de quienes convivimos en un mismo país y sometidos a un orden jurídico. Pero la víctima sí es una persona que tiene derecho, como lesionada con el delito, a utilizar procesalmente esta cualidad.

El tercero que concurre a la realización del hecho punible es un cómplice o partícipe. Coadyuva a la ejecución de un hecho que pertenece al autor o empleado oficial, porque es *suyo*. Y podrá no tener el carácter de empleado oficial, más ello no obsta para su complicidad. El título se requiere para ser autor del hecho, pero las reglas comunes a toda participación le son aplicables, sin duda alguna. El art. 25 del Código despejará toda posible duda respecto de si la cooperación de un tercero en la extorsión del empleado oficial a su víctima era conocida por el cooperador, incluyendo su calidad de funcionario; porque si la conocía, las circunstancias que tipifican el hecho o lo agravan, le son comunicadas al cómplice.

Cosa distinta es que un tercero no investido en modo alguno del título de empleado oficial tenga, no obstante, el suficiente poder sobre un funcionario como para obligarlo a extorsionar a los súbditos que acuden a sus funciones. En este hecho bien puede concurrir aquella causa de inculpabilidad contenida en el num. 2 del art. 40, conocida como la "insuperable coacción ajena", alegable por el funcionario, y en tal caso el ejemplo no pasa de ser un tipo común de extorsión a cargo del particular, y en el cual el funcionario y sus súbditos fueron las víctimas. El ejemplo lo trae RAMOS MEJÍA como prueba de que los no investidos de cargo público no pueden concusionar, y, francamente, este ejemplo no le sirve de mucho¹⁸.

9. EL ABUSO DE PODER

El mismo texto presenta las dos formas en que el autor puede lograr su propósito: abusando de su poder funcional en ejercicio de sus propias atribuciones, o invadiendo arbitrariamente la órbita ajena. El artículo, desde su antecedente de 1936, dice: "abusando de su cargo o de sus funciones". Con la primera expresión se indica que se abusa tanto de la investidura como de la función que ella envuelve; con la segunda se dice que se abusa tan solo de las funciones encomendadas a su investidura. Con la primera se habla de una arbitrarie-

¹⁸ ENRIQUE RAMOS MEJÍA, ob. cit., pág. 55.

dad, por cuanto el acto extralimitado es el que se indica, y con la segunda se habla de una injusticia, puesto que se refiere al abuso funcional. Son dos terrenos diferentes, separados en la gramática del tipo con la disyuntiva *o*. Sobre estos dos valores dijo alguna vez la Corte lo siguiente:

"Resulta evidente que la muy sutil antinomia establecida en ellas sobre lo que se ha denominado abuso del cargo y abuso de funciones, diferenciándolos, conduce a deducciones un tanto ilógicas, pues no se ve ciertamente cómo puede abusarse del cargo sin abusar al tiempo de las funciones que le son inherentes. Es posible que un funcionario actúe particularmente sin abuso del cargo y sin extralimitar sus funciones. Pero es imposible abusar de la investidura de funcionario sin hacerlo al tiempo de las funciones que le son propias. La diferencia entre el acto particular y el del funcionario, cuando se trata de privar de libertad a una persona, radica justamente en que el acto por medio del cual el funcionario priva arbitrariamente de su libertad a alguno, es acto de autoridad (...). Cuando este priva de libertad a una persona, como un simple particular, sin identificarse, sin ejercitar autoridad que se concrete, a lo menos aparentemente, en acto propio de los que son inherentes a su cargo, entonces sí cometerá delito de secuestro, y su proceder, por ser ajeno a sus funciones, caerá dentro del ámbito de lo simplemente particular..."¹⁹.

La Corte no vio en la frase contenida en el artículo que se transcribe: "abusando de su cargo o de sus funciones" sino una antinomia entre *cargo* y *funciones*. Por ello dedujo que se trataba de un error, porque es imposible abusar del *cargo*, esto es, del título de funcionario, sin abusar de la función al mismo tiempo. Pero la realidad es que la frase, ambigua si se quiere, indica otra antinomia diferente: el empleado público que abusa al tiempo del título y su función e invade la órbita de otro funcionario, y el empleado público que no abusa de la función adscrita a su título, porque hace uso legítimo de su investidura, es decir, se mueve dentro de sus límites, pero sí abusa de la forma o manera como debe utilizar su poder funcional, esto es, abusa de la función adscrita, no del título que ostenta, no invade la órbita de otro funcionario, sino que, moviéndose dentro de la propia, desobedece la ley que le dirá cómo realizar su tarea funcional²⁰.

La Corte Suprema ha insistido en hacer la diferencia entre el "abuso de funciones" y el "abuso del cargo", empleando el verbo "desbordar" como indicativo de lo primero, y "extralimitar" de lo segundo:

"No solo cuando el empleado oficial abusa de sus funciones puede cometer concusión, sino también cuando abusa del cargo, situaciones que son de suyo diferentes: se abusa de la función, cuando se desbordan o restringen

¹⁹ Sentencia del 15 de febrero de 1972, en *Derecho Colombiano*, núm. 123, págs. 323 y ss.

²⁰ Fue la diferencia que el comisionado doctor CÁRDENAS quiso plasmar en la frase dicha. Sus palabras fueron: "Puede suceder que el abuso cometido por el funcionario no sea en el ejercicio de las funciones que le son adscritas por la ley, sino porque el abuso se refiere únicamente al cargo de que está investido...". *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, t. II, segunda edición oficial, Bogotá. Imprenta Nacional, 1938, págs. 17 y ss. En este sentido, casación del 7 de junio de 1979, en *Jurisprudencia penal de la Corte*, Bogotá, Edit. Lex Ltda. 1980.

indebidamente sus límites o se utiliza con fines protervos y se abusa del cargo cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que este puede tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones"²¹.

Según ello, la Corte identifica "abuso de funciones" con el desbordamiento, el uso indebido de sus límites funcionales; y el "abuso del cargo" con la invasión arbitraria de otras órbitas, que es la extralimitación.

Desbordar es un verbo que significa salirse de los bordes o derramarse, y se aplica a lo líquido o viscoso, por lo que resulta inadecuado; pero aunque el desbordamiento se aplique a lo funcional del servidor público, significa que se extralimitó, precisamente porque se salió de los límites que bordean el ámbito de sus funciones. Desbordarse, por lo tanto, es abuso del cargo y no funcional.

El hecho es que la exigencia de la dádiva por parte del funcionario debe ocurrir en el ámbito de su función: bien como empleado público, para invadir la órbita de otro y extralimitar su poder, o bien para aplicar ilegalmente las funciones que le han adscrito. En la exigencia hay una implícita promesa de retribuir, por parte del funcionario extorsionador. Se exige o se solicita dádiva a cambio de acto funcional o facilitado por su título de funcionario, aunque corresponda a otro empleado oficial. No se entendería que un particular pudiera ser extorsionado por el poder público de quien lo ostenta, sino es porque, a cambio de la dádiva que ofrece o promete por miedo, va a recibir algún efecto funcional de quien echa mano de su poder para lograrlo. En este caso tendremos el cuadro que presenta el elemento *abuso de poder* en la concusión: ostentando poder público, que realmente tiene, le exige a su víctima una dádiva a cambio de un acto funcional o extralimitado pero facilitado por su investidura, la cual empleará en contra de la víctima si esta no da u ofrece la dádiva.

BERNAL PINZÓN advierte que el poder del cual se abusa se debe tener en el momento de la extorsión, porque si se trata de alguien que lo tuvo y dejó el cargo, obviamente su conducta constituye una extorsión común, simulando autoridad que no se tiene²².

10. LA ACCIÓN DESCRITA

Los verbos *constreñir* e *inducir* señalaban la dualidad comisiva en el art. 156 del Código de 1936. A estos dos se agrega el verbo *solicitar* en la tipicidad del Código de 1980. El *Diccionario* de la Academia dice que *constreñir* es "obligar, precisar, compeler por la fuerza a que uno haga o ejecute alguna cosa". *Inducir* es "instigar, persuadir o mover a uno". MAJNO, citado por RAMOS MEJÍA, define al constreñimiento como la coacción de la cual se hace nacer el temor por el cual se pretende la oferta o la entrega de la dádiva²³. Complemen-

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de 24 de noviembre de 1987.

²² JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 61.

²³ ENRIQUE RAMOS MEJÍA, ob. cit., pág. 65.

tando este concepto, ANTOLISEI dice que este es tanto como "ejercitar con violencias o amenazas una presión sobre una persona, de tal modo que se altere el proceso formativo de la voluntad y determinarla a una acción u omisión diversa de aquella que de otra manera habría cumplido"²⁴.

De suerte que quien hable de *constreñir* emplea voz sinónima a la violencia, y esta puede dirigirse a la persona misma, en su físico o en su psicología. Si lo primero, será la violencia física de que hablaban los romanos. Si lo segundo, la violencia moral. De modo que el constreñimiento comprende las dos formas clásicas de violentar a la persona e infundirle temor. La inducción, en cambio, es la convicción. Según la Academia, es instigar o persuadir, y ello, si no es violento, se logrará mediante la convicción. Pero respecto de la inducción, hay dos cosas para aclarar: la primera es que *inducción* es algo distinto de *constreñimiento*, según la gramática con que se redacte el tipo, que entre uno y otro verbos coloca la disyuntiva *o*, e indica doble modalidad comisiva de una misma tipicidad. La segunda es que *inducción* no puede significar *convicción*, porque si el agente de la concusión logró *convencer* a su víctima de la entrega de la dádiva a cambio de su función o acto extralimitado, la víctima —por así llamarla— no será tal víctima, no habrá ofrecido o entregado la dádiva por miedo, sino por *convicción*. Y si es convicción lo que movió a la supuesta víctima, será un *cohecho*. Por consiguiente, *inducción* es algo diferente de constreñir y de convencerse de las razones dadas por el agente.

La Corte Suprema ha expresado el mismo pensamiento en sentencia de casación de octubre 8 de 1993, diciendo que, tratándose de constreñimiento o inducción o solicitud constrictiva, el *metus potestatis*, como elemento subjetivo exigible en la víctima, es indispensable para configurar la concusión. Si no lo hay, la dádiva es libre acto de su voluntad y, por lo tanto, un cohecho.

Inducir, si es algo que debe diferenciarse de *constreñir*, y si es algo parecido a *persuadir*, no puede significar otra cosa que mover a la víctima a que entregue u ofrezca la dádiva, creyéndolo conveniente o prudente, por error en que la hará caer el agente concusionario. El error es producto del engaño, y el engaño o mentira que utilice el autor de la concusión constituye los medios de que se vale para *inducirle* a dar u ofrecer la dádiva. Por esto decía ANTOLISEI, respecto de este verbo, que "el significado de la expresión inducción es más amplio que el de constreñimiento, pues comprende todo comportamiento que tenga como resultado determinar al paciente a una cierta conducta. Opera sin duda el engaño, sea en la forma más grave de artificios o engaños, sea en la forma de simple mentira..."²⁵.

Respecto de la inducción, dijo cierta vez la Corte:

"Es de destacar que el concusionario no solo puede valerse de la coacción moral, amenazando francamente con abusar de sus poderes, sino también del engaño —que es lo más frecuente— mediante un hábil y sutil procedimiento para atrapar a la víctima e inducirla a dar o prometer lo que se le pide

²⁴ FRANCESCO ANTOLISEI, *Manuale...*, cita de BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 66.

²⁵ ANTOLISEI, cita de BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 69.

sin justa causa. Por eso la concusión puede ser explícita o implícita. Explícita cuando la amenaza es manifiesta y el funcionario pone de bulto sus dañados propósitos de lucro. Implícita cuando se los oculta y mañosamente hace caer en error o engaño al ofendido (...). En este orden de ideas, como dicen los autores, todos los medios son buenos para caer en el error, comenzando por la simple afirmación y persuasión y acabando en artificios, engaños y maquinaciones..."²⁶.

Cosa distinta es si esta forma de concusionar mediante engaño o inducción no es una manera más de violencia síquica. En realidad, colocar a una persona en error para obtener de ella beneficio es violentarla, por lo menos moralmente, porque de no haber empleado aquel sistema, no habría hecho lo que de ella se obtuvo.

La inducción se ejerce mediante la palabra, hablada o escrita. Es por conducto de ella como se consigue el engaño a la víctima. El constreñimiento consiste en la presentación del funcionario como alguien investido de poder suficiente como para hacer daño. O, como dice la Corte, basta el temor genérico que suscita la autoridad, sin necesidad de expresión física sobre el cuerpo de la persona o de sus cosas o demás seres queridos²⁷. No es usual que el funcionario amedrente directamente, ni tampoco que exija descaradamente. "El empleado venal no pide, sino que se hace comprender que recibiría, no amenaza, sino que hace nacer el temor de su poder. El particular comprende, teme y ofrece el dinero..."²⁸.

Hay otra modalidad indicada en el art. 140 por el verbo *solicitar*. Desconocida en el Código de 1936 y en sus modelos de ZANARDELLI y de ROCCO, tampoco fue incluida en el anteproyecto de 1974, pero sí aparece como un inciso del art. 164 del anteproyecto de 1976 y en igual redacción a la del actual art. 140, en el art. 168 del anteproyecto de 1978.

Solicitar, según la Academia de la Lengua, es "pretender o buscar una cosa con diligencia y cuidado". Así, pues, solicita quien se vale de su simple razón, sin violencia, sin engaño, porque cuenta con la aquiescencia de quien va a dar u ofrecer lo que se pretende. Ciertamente, es una modalidad interesante y que ofrece perspectivas nuevas. Si un particular ofrece dádiva al funcionario a cambio de un acto de sus funciones, el hecho se tipifica en el art. 143 del Código Penal de 1980 y se denomina *cohecho activo*, estructurado en el art. 164 del Código de 1936. Como el funcionario comete cohecho cuando acepta la promesa o recibe la dádiva ofrecida por el particular, solo habrá *cohecho pasivo* si hay convenio o acuerdo entre corruptor y corrompido funcionario, según la tipicidad de 1936. Por consiguiente, quedaba por fuera el caso nada improbable del funcionario que sencillamente ofrece en venta su propia función, y es este el caso que se tipifica con el empleo del verbo *solicitar*,

²⁶ Casación de 1955, "G. J.", t. LXXXI, cita de DOMINGO SARASTI, *Jurisprudencia penal de la Corte*, t. I, pág. 625.

²⁷ Auto del 25 de mayo de 1948, "G. J.", núms. 2066-2067, págs. 100 y ss.

²⁸ CARRARA, ob. cit., § 2575.

aplicado al empleado oficial que pide dádiva a cambio de acto funcional. Es así como esta modalidad constituye una verdadera *concusión* implícita o supuesta, o, si se quiere, impropia.

Solicita quien se vale de sus propias razones para pedir algo, sin acudir a la violencia (que es constricción), ni al engaño (que es inducción); la solicitud implica una posición intermedia entre la constricción pura y simple y la inducción, porque su naturaleza es constrictiva, y al tiempo sinuosa, como el engaño. Ha dicho la Corte Suprema que para analizarla como componente de la concusión, "se parte del supuesto lógico de que toda solicitud de dinero no debido, es obligante por sí misma, es decir, comporta constreñimiento"²⁹.

La solicitud en la concusión tiene un "alma constrictiva" porque va implícita en la solicitud misma, constricción que emana, no del hecho oral de solicitar, sino de la investidura oficial de quien solicita lo no debido. No tiene equivalente en el "aceptar" u "ofrecer" del cohecho, porque estos tienen la característica de ser emanados de la libre determinación contractual de ambos coautores: el funcionario que vende su función y el particular interesado en comprarla. En la concusión, en cambio, cuando el servidor público solicita lo que no se le debe, no pone en venta la función que se le ha atribuido, sino que pone en juego el temor que su autoridad suscita, prevalido de lo cual sabe que obtendrá un beneficio. Por eso cuando solicita no precisa de la violencia burda del constreñimiento, ni de la farsa de la inducción, sino de su investidura que es lo que CARMIGNANI llamaba *metus publicae potestatis*.

La esencia de la concusión había sido la *extorsión* que el empleado oficial hace a sus víctimas, las cuales, por miedo o por error, entregan u ofrecen la dádiva. Pero la liberalidad abusiva de los tiempos modernos llevaron al legislador a comprender que la solicitud de compra de la función no es exclusiva del particular frente al empleado oficial, sino que puede ofrecerla en venta el funcionario, con aquel descaro que CARRARA se negaba a creer que existe. De suerte que entendemos esta nueva modalidad como una conquista del legislador actual, ante el descubrimiento de nuevos tipos de concusionar.

Y hemos dicho que *solicitar* es urgir, respecto de la voluntad de quien dará o se espera que dé, u ofrecerá o se espera que lo hará, sin apremios, ni constreñimiento alguno, ni menos con engaño. Porque si *solicitar* significase lo mismo que *inducir*, el art. 140 no tendría necesidad de agregar este verbo a su descripción de hecho. Lo mismo sucedería, pues, si solicitar fuera igual a *constreñir*. Es urgir, en el sentido de "buscar con diligencia y cuidado" que el dador del dinero lo entregue voluntaria, convencidamente. Y no se crea que en aquella solicitud hay *cohecho*, porque se trata de la simple solicitud, obviamente no aceptada por el supuesto dador del dinero o la cosa. Desde que la acepte, hay cohecho; pero si la rechazó, la sola solicitud del funcionario integra una *concusión*, no punible en la tipicidad del Código de 1936, puesto que, repetimos, la solicitud ni es constreñimiento ni inducción.

²⁹Corte Suprema de Justicia. Sala penal, auto de septiembre 24 de 1985. *Extractos de Relatoría*.

quien está investido del poder funcional. A propósito, recuerda a Hamlet, cuando dice a la reina —su madre— que “en la grosera sensualidad de nuestro tiempo, la virtud misma ha de pedir perdón al vicio”. Es apenas natural que cuando el empleado oficial ofrece en venta su propia función, el comprador se vea presionado por el poder que el oferente ostenta, y no se trate de una simple oferta, como sucede con el *cohecho*. Si se niega a comprarla, sobreviene el furor de un empleado ofendido o herido por el rechazo, y, lo que es más, la venganza. La virtud del particular debe pedir perdón al vicio, y al aceptar la oferta, ciertamente no hay en ello una voluntad libre de pactar o comprar. Es *concusión impropia* y no *cohecho*. Tal vez sea mejor llamarla *concusión implícita*.

BERNAL PINZÓN dice que aquel tercero para quien el empleado oficial pide constrictivamente la dádiva no podrá ser el propio Estado, pero lo afirma en presencia de las figuras típicas contenidas en los arts. 157 y 158 del Código Penal de 1936. Estos tipos desaparecieron en el Código actual, pero no como entidades delictivas, porque quedan incluidas en la tipicidad básica de concusión contemplada por el art. 140 de este Código. En realidad, no deja de ser extorsivo el constreñir o inducir a un súbdito colombiano para que engrose indebidamente, y con conciencia de lo no debido, las arcas públicas. De suyo, en los tipos mencionados, la estructura de concusión era la misma, con la salvedad de que aquí el dinero o utilidad exaccionado al bolsillo del particular se aplicaba a impuestos, rentas, réditos, contribuciones, tasas, salarios o recargos que se sabía no debidos por quien los cobraba. La tipicidad en los arts. 157 y 158 era atenuante de punibilidad. Al desaparecer, queda incluida en la tipicidad básica, sin atenuante alguna. En efecto, no hay razón alguna para que el hecho quede impune, ni menos para que pase a engrosar los tipos de *abuso de autoridad*, como lo manifiesta el citado maestro³³.

“La cuantía de la dádiva exigida por el autor no interesa; cualquier suma o cualquier cosa que se pida constituye concusión, porque la sola exigencia extorsiva del servidor público ofende la administración pública. Al respecto dijo la Corte Suprema: «la norma no exige que se establezca la magnitud exacta de la utilidad indebida que fue solicitada, dada o prometida»”³⁴.

13. INDEBIDAMENTE

Este calificativo faltaba en la redacción del art. 156 del Código de 1936. Con ello se está advirtiendo que cuando el empleado oficial utiliza su poder funcional para cobrar lo que se le debe, obviamente extralimitando su función, no hay concusión sino abuso de autoridad. Por esencia, la concusión es el enriquecimiento sin causa del funcionario, cuando emplea métodos extorsivos para lograrlo. Si lo que enriquece al funcionario le era legalmente debido, habrá empleado abusivamente su poder, pero no habrá concusionado.

³³ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 74.

³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, auto de mayo 23 de 1985. *Jurisprudencia Penal*, Editorial Jurídica de Colombia, págs. 149 y ss.

Por esto es bien venida a esta tipicidad la advertencia que califica el enriquecimiento por parte de su autor³⁵.

14. CULPABILIDAD

La concusión es un delito doloso, sin admitir la hipótesis de la culpa. Respecto de la frase "al mismo empleado o a un tercero", significa, como dice la Corte, "que el objeto de esos hechos sea obtener una ventaja para el agente o terceros"³⁶. Obviamente que no importa que lo consiga; la norma no lo exige. De acuerdo con CARRARA, consideramos que es delito *formal* o de mera conducta. El hecho de contar entre sus servidores a un funcionario corrupto, no es daño consecuente al hecho de exigir la dádiva, que es el concepto *materialista* de MANZINI. Por el contrario, la exigencia de la dádiva la hace el funcionario porque ya era corrupto. El hecho típico en sí, se completa con la amenaza actual sobre el bien tutelado, no sobre condiciones personales del autor, con independencia de su hecho típico.

15. ANTIJURIDICIDAD

Al extorsionar a su víctima, el concusionario choca con el patrimonio ético del Estado, exponiéndolo al menosprecio de los asociados. El empleo del *poder público* para infundir temor, es de por sí un acto lesivo de la equidad con que debe administrarse el Estado. Y si se agrega a ello que por este medio se pretende despojar de sus bienes al particular, haciéndolo víctima de la función pública, a la que más bien debería gratitud y respeto, se comprende en su plenitud lo antijurídico del hecho que se pretende punir.

No es —repetimos— un delito de daño en el sentido en que lo entiende MANZINI: la administración pública se ofende con un empleado corrupto capaz de extorsionar, porque cuando él infunde temor a su víctima, con propósitos de lucro, ya está corrompido y ya pertenece a la administración pública. Su acto extorsivo es una ofensa más a la administración pública en su patrimonio moral, y es una amenaza al patrimonio económico de su víctima.

16. EXCLUYENTES DE LO ANTIJURÍDICO

Ninguna de ellas es válida para justificar el constreñimiento o la inducción, mediante abuso del poder público, para obtener injusto beneficio. Ni siquiera parece aceptable la posibilidad de sostener un *estado de necesidad*, circunstancia esta tan adaptable a todo tipo de delincuencia.

³⁵ CARRARA, *Programa...*, § 2570; STEFANO RICCIO, citado por BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 74-75.

³⁶ Casación de 1950, "G. J.", t. LXV, cita de DOMINGO SARISTI, *Jurisprudencia penal de la Corte*, cit., t. I, pág. 622.

11. DAR O PROMETER

El art. 140 también emplea los verbos *dar* o *prometer*, para señalar el objeto material pretendido por el autor. *Dar* es entregar, según la Academia, y *prometer* es "obligarse a hacer, decir o dar alguna cosa", conforme a la misma Academia. Se entiende pues, que se trata de obtener mediante el constreñimiento, engaño o simple oferta funcional, que se haga entrega material y tangible de dinero u otra cosa. La promesa significa que la concusión se agota aun cuando la cosa no sea solicitada de cuerpo presente, sino como bien o expectativa futura. La promesa, decían SALTELLI y ROMANO DI FALCO³⁰, debe ser "cosa seria"; de modo que cuando el art. 140 dice *dar*, es porque el autor espera que se le entregue inmediatamente la dádiva, y cuando dice *prometer*, es porque se contenta con la expresión oral o escrita, real o entendida en la conducta de quien promete, en sentido de que sí dará en un futuro acordado. Obviamente que el dar u ofrecer son acciones sencillas y claras, sin los formulismos aptos para el perfeccionamiento de contratos en el Código Civil, y que basta con que sea algo *serio*. Por esto hemos subrayado que la oferta podrá ser sin palabras, mediante conducta que la simbolice, máxime hoy, en que el lenguaje simbólico se apoderó de nuestra negligente juventud.

Si lo prometido es *imposible* para quien lo promete, ello no significa que el empleado oficial no haya agotado su concusión con la solicitud. La concusión es un delito de mera conducta, y se agota con exponer a peligro un bien tutelado. No necesita de la real entrega del bien, ni de la clara manifestación de que cumplirá lo prometido.

Por último, *dar* y *prometer* se refieren a cosa cierta, tangible, no algo nebuloso, turbio o impreciso. La concreción de lo que se espera recibir es parte del dolo con que obra el agente al constreñir, inducir o solicitar la dádiva, y no puede haber dolo sobre finalidades turbias o confusas.

12. DINERO U OTRA UTILIDAD

El art. 140 habla de "dinero o cualquier otra utilidad indebidos". La frase resulta similar a la que empleaba el art. 156 sin el *indebidos* final.

Dinero, según la Academia, es "moneda corriente". Una de esas cosas que no define la ley, es qué se entiende por dinero. Por eso la acepción académica resulta insuficiente.

Dinero es el representativo legal que en cada país existe, del *patrón oro*, que es valor de cambio internacional. De suerte que el *dinero* representa *oro*, porque tiene un respaldo en la cantidad de oro que cada país tiene reservado en los bancos de depósito internacional.

En cada país la "unidad representativa" de oro que le asigna su propia ley, según depósitos de oro internacionales, recibe un nombre. En Colombia

³⁰ Cita de BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 72.

se llama *peso oro* según nuestras leyes³¹ y un peso representa cincuenta mil seiscientos treinta y siete cienmilésimos de gramo de oro, entendido el valor internacional de novecientos milésimos de *fino*, esto es, del valor dado al gramo puro.

De manera que *moneda legal* sería el verdadero nombre otorgado al *dinero nacional*. *Moneda corriente* resulta tanto como decir la *moneda que corre*, esto es, la que circula entre comerciantes y demás coasociados, porque tiene aceptación popular con poder de cambio. Hubo una época en nuestra naciente economía en que se aceptaba la circulación de monedas foráneas, al lado de la moneda legal. Entonces quizá la diferencia era útil, pero a partir de la constitución del Banco de la República, la única moneda que corre, legalmente, es la nacional, que es *moneda legal* y que tiene como unidad de cambio el *peso oro*.

Empero, es obvio que el autor podrá exigir como dádiva dinero extranjero y comete concusión. Por eso dice el texto legal: "o cualquiera otra utilidad indebidos".

Utilidad es el provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de una cosa, según la Academia. En tal sentido, *utilidad* es cualquier beneficio o goce o satisfacción personal o patrimonial del autor, y ello significa que lo es: desde un bien valorable económicamente, hasta una satisfacción meramente sensible, siempre que le agrade o beneficie a quien la exige o espera. MANZINI dice con acierto que *utilidad* es "cualquier bien que represente un interés jurídicamente valuable por el funcionario; de cualquier ventaja para el patrimonio o para la personalidad, porque en este caso la ley no restringe ni siquiera explícitamente el sentido de utilidad a las ventajas exclusivamente económicas"³².

La entrega real y tangible o la promesa de hacerlo en un futuro, será hecha al empleado oficial como una consecuencia del temor infundido por el constreñimiento, o por el engaño mismo a que conduce la inducción, y puede tener como finalidad el indebido enriquecimiento del propio empleado oficial o de terceras personas. La entrega del dinero o de la dádiva ofrecida no es precisa para entender agotado el delito, ni realizado el daño efectivo a la ética propia de la administración pública. Para que el dolo quede integrado, basta la exigencia extorsiva hecha por quien ostenta el título y la función estatal. Constriñe o induce, porque apetece el enriquecimiento; este es su dolo.

En la *solicitud* la conducta extorsiva va implícita en la *oferta de venta* que de su función hace el particular al propio empleado oficial. Parece obvio que cuando quien ostenta el título de empleado público y hace uso de la función adscrita a este, ofrece en venta su poder funcional, quien recibe la oferta tema mortificar o herir con su rechazo y se vea compelido a aceptarlo, con lo cual el constreñimiento o inducción van implícitos en la oferta misma y por razón de

³¹ El artículo 1º de la ley 90 de 1948 dispone: "La unidad monetaria y moneda de cuenta nacional es el peso oro, que pesa 0,50637 (cienmilésimos) de oro a la ley 0.900 milésimos de fino. El peso se divide en cien centavos".

³² VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, Ediar, 1952, pág. 171.

Quizá la fácil estructuración del *estado de necesidad* y la total ausencia de fundamentación jurídica para sostenerla como causal de justificación del hecho típico, permiten creer que es viable alegarla, aun para un caso de concusión. Comoquiera que el *estado de necesidad* es un hecho que, al decir de KANT, se sale de la órbita del derecho, no podríamos presentar un argumento que no fuera destruible. Pero nos basta con la consideración de que el poder político y la investidura que lo ostenta se encomiendan a alguien para proteger y servir al asociado, y que nada justifica —ni la salvación de sus propios derechos, vulnerados o amenazados sin culpa del ciudadano— que un empleado oficial violento a las personas para obtener frutos que lo pondrán a salvo de la amenaza. Es una cuestión de índole puramente moral, como la institución misma a que nos referimos. Es que lo que se lesiona por el concusionario no es el patrimonio económico de su víctima, sino la pureza y equidad del servicio público que prestan los administradores del Estado, y la lesión la ocasiona el concusionario a un bien colectivo. Inclusive, este delito tiene poder suficiente para destruir completamente la existencia misma de un sistema de derecho.

Por ello, creemos que para salvar un derecho propio, cualquiera que este sea, no se justifica una *concusión*, puesto que el derecho que lesiona o amenaza el *concusionario* es mucho más importante que el que pretenda salvar el autor, aun tratándose de su propia vida, porque se trata de la estabilidad moral del Estado, que es tanto como su existencia en su sistema de derecho.

17. TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSOS

Comoquiera que el delito de concusión se agota con la exigencia extorsiva, y que la primera cosa que en tal sentido diga el empleado oficial lo agota, parece obvio que la *tentativa* no sea posible. No se necesita que el sujeto violentado dé u ofrezca cosa alguna. La sola exigencia, no contestada y, más aún, rechazada estoicamente por él, agota la concusión. Por consiguiente, creemos que cualquier acto idóneo dirigido a su consumación, o mejor aún, el primero de ellos que haga el autor, ya consuma concusión.

El autor de una concusión debe tener investidura pública, funciones adscritas y poder político para realizarlas. La cualificación del autor es de su esencia, y no es posible que un particular concusione. CARRARA, decía que “para tener el título de concusión es preciso que el *metus publicae potestatis* —miedo al poder público— haya sido la causa directa por la cual el particular se resignó a permitir que lo despojara de sus derechos”³⁷. Quizá como partícipe si, por ejemplo, sirvió de portador de la violencia o del fraude emanado del poder político de aquel.

CARRARA hablaba de una concusión cometida por un particular, a la cual llamó *concusión impropia*, que se verifica cuando alguien que no ostenta poder público, lo simula para amenazar a otro a que le dé u ofrezca valores de

³⁷ CARRARA, ob. cit., § 2585.

cualquier clase. Es evidente que se trata de una *extorsión* pura y simple, que adecua su tipicidad en el art. 355 del Código Penal³⁸.

Lo que sí es evidente es que un contratista del Estado, que presta sus servicios públicos emanados de este, puede extorsionar utilizando el poder que le confiere el contrato para prestarlos, y por esto el encargado del servicio público a que alude el art. 63 del Código Penal es otro posible sujeto activo de la concusión.

Siguiendo las reglas generales sobre concurso de hechos punibles, la concusión puede concursar con otros que sirven de finalidades propuestas a su designio criminoso, conforme decía el viejo Código de 1936. Tal el caso de la *falsedad documental* para la cual se compromete el empleado oficial que concusiona, o la *detención arbitraria* cometida por la misma razón.

No podrían concursar una *concusión* y un *cohecho* por tratarse de dos tipicidades, no distintas, sino opuestas: aquella es una extorsión del empleado oficial; este, un convenio con el usuario de la función pública que él ejerce. Lo uno excluye la posibilidad de lo otro. A propósito, decía CARRARA que el funcionario rara vez usa de medios demasiado bruscos para su exigencia de dádiva: "No siempre el oficial se dirige a cara descubierta contra el particular para decirle: o me das cien pesos, o te hago poner preso (...). El empleado venal no pide, sino que da a entender que recibiría, no amenaza, pero hace que se tema su poder. Entonces el particular comprende y teme y ofrece el dinero"³⁹. La realidad es que CARRARA está esbozando un claro caso de concusión: es cierto que solo una extraña vulgaridad y pérdida del pudor a que nos estamos viendo abocados últimamente, explican los casos en que el funcionario exige francamente y sin ambages. Pero por esto justamente la exigencia constrictiva es sutil y hasta se reviste de cierta cortesía. Si, como dice CARRARA, el autor "da a entender que recibiría" y "hace que se tema su poder", es obvio, que está constriñendo con una máscara de prudencia y bondad, por lo cual su exigencia es absolutamente extorsiva.

Bueno es advertir, en este momento, que sí comete concusión el empleado oficial que constriñe al usuario de su servicio público, para que le pague lo debido con anterioridad. El Código toscano, sobre el cual escribía CARRARA, hablaba de la exigencia de dádivas no debidas. Por esta razón, afirmó que si lo exigido violentamente le era debido, el delito no se calificaba como *concusión* sino como *abuso de poder*⁴⁰. El art. 140 de nuestro Código Penal da cabida como concusión a este tipo de cobro por quien ostenta poder político al hacerlo.

18. COPARTICIPACIÓN

Sin duda se puede presentar el caso de un tercero extraño o no a la administración pública, que instigue al servidor público a cometer concusión, y

³⁸ CARRARA, ob. cit., § 2587.

³⁹ CARRARA, ob. cit., § 2575.

⁴⁰ CARRARA, ob. cit., § 2570.

también que, merced a esta provocación, el servidor público concusione, lo que haría no por insuperable coacción ajena, sino como acto de su voluntad. El extraño a la acción cumplida por el servidor público, respondería por su incitación, pero no como coautor, como dice la Corte Suprema, sino como copartícipe por complicidad. Piensa la Corte Suprema que, en un caso como este, el "determinador" a la concusión del servidor público, responderá como dice el art. 23: "se le acusa de haber actuado como determinador de un delito de concusión, es decir, que no se le atribuye la comisión material de la conducta descrita en el art. 140 del Código Penal, sino de haber logrado que otro realizara tal comportamiento Tratándose de la determinación de un hecho punible previsto en un tipo penal compuesto como es la concusión, hay lugar a deducir responsabilidad penal al determinador, cualquiera sea el verbo rector al cual se adecue efectivamente la conducta del autor material; ya que en todo caso, se incurre en comportamiento descrito por la norma respectiva"⁴¹.

Disentimos de lo anterior por considerar que el particular que determina a la concusión al servidor público, no puede ser punido como autor, toda vez que la concusión es un tipo legal que exige un sujeto activo cualificado, cualidad que es incommunicable al tenor del art. 25 del Código Penal, puesto que no es una cualidad personal que agrave la punibilidad del autor, sino un elemento del tipo que califica al sujeto.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, auto de mayo 23 de 1985, ob. y t. cits.

CAPÍTULO III

DEL COHECHO

1. NOCIONES GENERALES

Si hemos de seguir en esto a MOMMSEN¹, en los primeros años de Roma sus límites se extienden a la península, sus gentes tienen las costumbres patriarcales de los primeros umbro-sabélicos, su Senado vigila y sus tribunos cumplen su misión saneadora. Se paga salario al trabajador manual del Estado, pero a los funcionarios de alta jerarquía no se les retribuye porque servir a Roma es un honor suficiente. El abogado ejerce su profesión como un servidor público y no recibe honorario por ello. "Noble costumbre" que se debilitará con las anexiones de ultramar. El funcionario romano en la provincia conquistada se vuelve ladino, extorsionador, ambicioso y los controles de Roma no le alcanzan. El procurador judicial recibe *regalos* a cambio de su profesión de servicio público. Es justamente este fenómeno lo que alarma a Roma en primer lugar. Combatir la recepción de la dádiva ofrecida por el espíritu corruptor del particular que necesita de la función profesional o administrativa. Fue a finales de la República cuando un tribuno del pueblo, Marco Cincio Alimento propone la primera *lex* que se llamará *Cincia* y que hace nula toda donación que no se haya realizado entre parientes, a fin de combatir este tipo de *regalo* por servicios profesionales de abogado o por actos de funcionario romano.

El procurador judicial, en época del Imperio, podrá recibir los estipendios que señalará la *lex* que al efecto hace expedir Nerón, pero el funcionario no debe recibir regalo alguno. El pretor tiene potestad de sancionar como *delicto privado* la recepción de regalos por el funcionario romano por ejercicio de su función, y la sanción pertinente será la repetición de lo donado. Con anterioridad, desde la república de Tiberio Graco, el tribuno Lucio Calpurnio Pisón había hecho sancionar la *Lex Calpurnia* sobre procesamiento criminal para el magistrado que recibió la corrupción y tras esta suceden varias leyes que agravan la penalidad, hasta llegar a la *Lex Acilia*, debida a Cayo Graco, que convierte toda pena por una indemnización que condena al magistrado a pagar a su víctima el doble de lo pagado en la corrupción.

Fue solamente en el reinado de César en el año 695 de Roma cuando la *Lex repetundarum* procesa y sanciona como crimen público tanto la recepción de regalos o cohechos, como la extorsión que el magistrado de provincia cum-

¹ TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. II, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna (sin fecha), págs. 174 y ss.

ple sobre sus súbditos; confunde tipicidades y sanciones, pues en ambos casos la pena es la de *repetere* hasta el doble de lo extorsionado.

En esta forma, TEODORO MOMMSEN presenta el nacimiento del *cohecho* o *corrupción* como primer hecho que preocupa a Roma, y a las *lex* que lo sancionan, como primeras que ocuparon al Senado romano. CARMIGNANI sostiene, en cambio, que a partir de la *Lex Calpurnia* todas se preocuparon de la *concussio* con prescindencia de la *corrupción*, que solo tendrá cabida en épocas del *Digesto*². Lo cierto es que como ocurre con la *concussio*, el cohecho o corrupción nace en Roma y en su legislación se cobija por la misma *Lex de pecuniis repetundis* que obliga a devolver lo recibido, elevado al doble. Por lo demás, según enseña CARRARA, en tanto los romanos lo llaman *crimen repetundarum*, los ingleses le denominan *bribery*, los portugueses *peita* o *soborno*, los itálicos *corrupción* y los españoles lo conocen, como lo hacemos nosotros desde el Código de 1936 como *cohecho*³.

La denominación actual la sugiere el Código de 1890⁴, al introducir la palabra *cohecho* en medio de su articulado y fue traída a la comisión que redactó el anteproyecto de lo que fue el Código de 1936, por el doctor CARLOS LOZANO Y LOZANO. En realidad, tanto el Código de CONCHA de 1922, como el anteproyecto de 1925, denominaron esta tipicidad con el nombre que le diera ZANARDELLI: *corrupción*, pero predominó el pensamiento de LOZANO respecto del gran valor castellano de nuestra denominación vigente.

2. LA CORRUPCIÓN EN LOS SECTORES PÚBLICO Y PRIVADO

Anotaba un jurista norteamericano⁵ que al hablar del *cohecho*, es preciso distinguir la corrupción en el sector público de la corrupción en el sector privado, porque, probablemente de la una se deriva la otra. Si por corromper se entiende ofrecer retribución o recompensa, o aceptarla, bien para eludir deberes nacidos de la ley o de los compromisos contractuales, bien para otorgar beneficios no existentes según esa misma ley o aquel contrato, entonces es obvio que haya corrupción tanto en la vida pública como en la actividad privada.

El soborno o corrupción en el sector privado, ha aparecido con el industrialismo y el gigantismo económico de nuestros días. La competencia entre los grandes centros de producción de cada país, la ocupación de los mercados de consumo, la consecuente inflación, el endeudamiento de los países en desarrollo, ofrecen como medio de combate, la corrupción en ambos sectores de

² GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág. 339.

³ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961, § 2543.

⁴ El capítulo II del título 10 del libro 2º de la ley 19 de 1890 se denominó así: "Personas que, ejerciendo algún empleo público, admiten cohechos o regalos".

⁵ MICHAEL REISMAN, *Remedios contra la corrupción*. Traducción de Mari Luz Caso, Mexico, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1979, págs. 140 y ss.

la vida de un Estado. Desde 1942 la jurisprudencia norteamericana se ha ocupado de la figura típica penal denominada *soborno comercial*. Para aquel entonces se procesó y se condenó, en una Corte de la ciudad de Nueva York, a cuatro altos empleados de la firma *Proctor & Gamble Co.* por haber sobornado a científicos de la *Lever Brothers Co.* para que entregaran las fórmulas de procedimientos industriales secretos. La corrupción privada en EE. UU. tiene su máxima expresión en el escandaloso caso *Watergate* que costó la carrera política del presidente Richard Nixon.

Si se hiciera un análisis criminológico de sus antecedentes e incidencias, la corrupción del sector privado resultaría ser la causa matriz, por decirlo así de la corrupción del sector público. La fama de pulcritud y exactitud de que ha gozado el sector privado, resultan hoy, míticas, y es algo que nadie aceptaría, especialmente con el derrumbamiento del sector financiero en nuestro país.

En relación con el sector privado, la corrupción adopta las formas de la codicia sofisticada, el lenguaje tecnificado que hace más difícil la comprensión de las múltiples maniobras fraudulentas y corruptoras para despojar a los demás de sus bienes. Esto se ha convertido en parte de la "manera de ser" en la estructuración financiera de un ejecutivo bien informado. La astucia es tenida como rasgo de inteligencia, y la audacia de su dinamismo. Incluso se ha llegado a decir en los tribunales norteamericanos, que la corrupción es un elemento constitutivo de la vida financiera actual.

Según dice REISMAN la corrupción se ofrece y acepta, para:

1º) Comprar el aceleramiento con que ha de ejecutarse una función o actividad, conforme a la ley o al contrato. El daño que produce, no será el de violar la ley o las obligaciones contractuales, sino que, en adelante, la tarea encomendada y acelerada, no se ejecutará sino en la medida en que la dádiva se ofrezca y se pague. Por eso se la llama "lubricante" o "azúcar";

2º) obtener la suspensión o no cumplimiento de determinada tarea obligatoria, conforme la ley o el contrato. No se compra la función o labor en sí misma, sino la no función o no labor del corrupto;

3º) violar la ley o el contrato, ejecutando labores o funciones en forma distinta o contraria a como se previenen en ellos. Es el caso en que sí se compra la función o la labor contractual;

4º) se compra al individuo mismo, para que siga funcionando dentro del organismo estatal o privado, pero al servicio de quien lo compra, aparentando servir a quien lo contrató. Es el espionaje industrial, que también se monta en organismos del Estado y constituye una especie de estado permanente o continuo de corrupción o cohecho. Esta forma de corrupción es más frecuente de lo que suele imaginarse, por cuanto que los sistemas políticos de elección de funcionarios, o de selección de personal en la empresa privada, ponen de manifiesto una personalidad, en cuyo transcurso síquico hay un manejo de motivos de lealtad para con la persona o grupo de personas que lo compran, distintas a las que lo emplean, y, merced, a esta falsa lealtad, se crea una sumisión que degenera en un funcionario o empleado corrompido y desleal.

En nuestro Código Penal no existe una figura que reproche directamente el llamado "soborno comercial" que trataría de la corrupción en el sector privado de las finanzas de nuestro país. Encontramos dos normas que reprimen el fraude en las operaciones financieras del sector privado, aunque no se refieren directamente al "soborno" del que estamos tratando, a saber: en el art. 232 el llamado "pánico económico", y en el art. 238 el denominado "violación de reserva industrial".

El primero de estos se refiere a la utilización de maniobras fraudulentas en la actividad financiera del campo privado, con el propósito de alterar las fluctuaciones normales del mercado en lo referente a precios, salarios, mercadeo de materias primas, acciones y valores negociables. Ello circunscribe la acción delictiva a los hechos taxativamente enumerados en el tipo. Si bien es posible que el soborno o corrupción en el sector financiero privado, sea utilizado como maniobra fraudulenta para variar precios en acciones de la bolsa, por ejemplo, también es verdad que la corrupción del sector financiero es posible mucho más allá de estos posibles cuadros tipificados.

En el caso tipificado por el art. 238 se reprocha el empleo, la revelación, la divulgación o el descubrimiento de procesos industriales que deban permanecer en reserva, conforme a la ley. Es cierto que la tipicidad no elimina la corrupción como posible medio para obtener la revelación de la reserva industrial, pero también es cierto que el corruptor sería punido, no como corruptor, sino como cómplice o coautor intelectual de la violación de la reserva industrial.

Quizás la única norma que contiene figuras que, en su concepción generalizada, incluyen el llamado "soborno comercial", sea el art. 75 del Código de Comercio, bajo la denominación de *competencia desleal*. Según este artículo constituyen *competencia desleal* los siguientes hechos: utilizar medios y sistemas para crear confusión al competidor comercial o industrial, utilizar medios y sistemas para desacreditarlo, para desorganizarlo internamente y en relación con el mercado donde opere, para desviar su clientela, para privarlo de sus propios técnicos y empleados de confianza y, en general, cualquiera otro procedimiento similar en detrimento de los competidores. La normatividad tipifica hechos que incluyen, suficiente y claramente, la corrupción en el sector financiero privado. No obstante su generalidad, la norma permite concretar cualquier medio o sistema corrupto para perjudicar las actividades industriales y financieras de los competidores del corrupto. Pero la norma en cuestión no va más allá de un proceso de carácter privado que concluirá con el pago de la indemnización económica correspondiente al daño causado. La corrupción en el sector financiero particular se quedó sin tipificación penal.

3. CONTRACTUALIDAD

Decía CARRARA que la *corrupción* o *baratería* es "la venta que de un acto perteneciente a sus funciones, y que por regla general debería ser gratuito, le

hace un oficial público a una persona privada" y agrega a su noción el maestro: "en este delito los delincuentes son siempre dos: el que vende la justicia y el que la compra"⁶.

El concepto carrariano sobre el cohecho es el de un verdadero *contrato* que se ha elaborado con objeto y causa ilícitos. Según palabras de CARRARA, es una compraventa, en la cual el funcionario vende y el particular compra. El objeto de la compraventa es la función y su causa es un lucro inmoral.

En esta forma, es obvio que el cohecho resulta ser un delito plurisubjetivo ("los delincuentes son siempre dos") y su agotamiento no podrá suceder mientras corruptor y corrompido no hayan pactado la compraventa. El acuerdo de voluntades marca la pauta para su consumación. El funcionario que admite la corrupción, hace las veces del "demonio femenino", conocido en la demonología como *Súcubo* y al que los romanos llamaron *intra-neus*. El agente de la corrupción es el "demonio masculino" o *Incubo* y que en Roma se denominó *extra-neus*. "Las denominaciones provienen del latín *intra* que significa interior, y *extra* que es exterior, y de la conjunción latina *neve* que es negación o rechazo; por lo que *intraneus* es aquella fuerza que emerge del interior del ser del hombre que debe rechazarse por maligna, y *extraneus*, su correspondiente expresión exterior. En el derecho de ULPiano se denominó *extraneus* al extranjero al que se repudia en el culto a los dioses del hogar, pero al que se someterá al *ius gentio* del pretor. Más adelante las denominaciones las herederá la criminología para señalar la «pareja criminal». En el delito de corrupción el *extraneus* es el extraño que lleva la corrupción al sector público, e *intraneus* el funcionario que se deja corromper".

ENRICO PESSINA presentaba un criterio adverso al de CARRARA. Para aquel, "Puede darse una corrupción sin pacto o convenio alguno. No nos parece que la corrupción incluya siempre un individuo corruptor y un individuo corrompido"⁷. Según PESSINA, el delito se agota en la acción cumplida por cada una de las dos partes indispensables para esta figura: el funcionario comete cohecho cuando acepta la corrupción ofrecida o prometida. Es el cohechado. El elemento pasivo de esa acción corruptora. Comete su propio, personal cohecho, que se denominará *cohecho pasivo*. El particular lleva la corrupción a la administración pública estatal: es quien corrompe al funcionario o, a lo menos, lo intenta, con la oferta o promesa de dádiva. Asalta su moral, y en su acto hay delito pleno. Es *su cohecho*: el pretender dañar la administración pública con su personal inmoralidad. Es el cohechador que acciona. Se le llamará *cohecho activo*. El cohecho pasivo se agota con la aceptación de dádivas. El cohecho activo con la sola oferta y, más aún, con la simple promesa. Para nada intervendrán las voluntades.

La corriente de PESSINA fue seguida por ZANARDELLI en su Código de 1889. Igualmente fue la que recogió el Código español de 1822, y hasta hoy día, los

⁶ CARRARA, *Programa...*, § 2545.

⁷ ENRICO PESSINA, *Elementos de derecho penal*, Madrid, Editorial Reus, 1936.

cohechos se dividen en activos y pasivos⁸. De ella se tomó por nuestros redactores de la ley 95 de 1936, pues lo cierto es que el Código de Rocco de 1930 sigue el criterio contractualista de CARRARA, al extremo de que la acción unilateral del particular que pretende la corrupción, al final rechazada por el funcionario, recibirá la denominación de *instigación a la corrupción*⁹.

Heredamos, pues, el criterio separatista de ENRICO PESSINA, y por ello el capítulo tercero del libro segundo del Código de 1980 consagra el cohecho dividido en dos grupos: cohechos pasivos, en los arts. 141 (cohecho propio) y 142 (cohecho impropio). Cohecho activo en el 143. El cohecho *no retributivo*, que la ley 95 de 1936 tipificó en su art. 165, se tipifica en el Código de 1980 como un segundo inciso del art. 142, con la denominación inadecuada de *cohecho impropio*.

4. COHECHO Y CONCUSIÓN

En la estructuración de uno y otro delitos hay una similitud que la Corte subraya, diciendo que "ambos ilícitos reprimen al funcionario o empleado público que abusa de sus poderes con un fin de lucro o enriquecimiento. El ser comunes a las dos infracciones la investidura del agente y la avaricia como objetivo de la acción criminal, llevó en un principio a confundir la concusión con el cohecho..."¹⁰. Pero lo cierto es que son diferentes, y las causas estructurales de esta distinción son estas:

a) En la concusión la iniciativa criminal es del funcionario; es este quien "con abuso de calidad o de sus funciones, constriñe o induce a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero u otra utilidad"¹¹. En el cohecho la iniciativa es del particular; es él quien lleva al funcionario la corrupción y la acción delictiva; para el funcionario el cohecho es "la aceptación (...) para sí o para un tercero de dineros, dádivas y promesas remuneratorias, no debidos, con el fin de ejecutar, omitir o retardar un acto propio del cargo..."¹².

b) En la estructura de la concusión está la violencia señalada con el verbo *constreñir*, o el engaño, indicado con el verbo *inducir*, y de todos modos la entrega u oferta del particular no es libre acto de su maligna voluntad. La estructura del cohecho es de libertad contractual, aunque perversa. No hay violencia sino acuerdo: "requiere un acuerdo perfecto, sin vicio alguno de la voluntad, entre el sobornador y el sobornado: Hay un verdadero contrato ilícito en que

⁸ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, t. II, Parte especial, 9ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1955, pág. 401.

⁹ Código Penal italiano, arts. 318 a 332. Edición agregada a la obra de GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, t. V, Bogotá, Edit. Temis, 1956.

¹⁰ Casación de 1955, "G. J.", t. LXXXI. Cita de DOMINGO SARASTI, en *Jurisprudencia penal de la Corte*, t. I, pág. 625.

¹¹ Casación, *ibídem*, pág. 625.

¹² *Ídem*.

ambos sujetos son codeficientes. Uno y otro protagonistas actúan dolosamente en daño de la administración pública"¹³.

c) En la concusión el abuso de poder adopta sus dos formas clásicas: puede ocurrir por abuso funcional o por acto extralimitado. El cohecho es siempre y por su naturaleza contractual, abuso de funciones.

En realidad, la teoría de su contractualidad no ha podido desterrarse completamente, ni aun recogiendo una tipicidad que traslade a nuestro Código el pensamiento de PESSINA. La misma Corte se ve obligada a reconocer que el cohecho es contractual, que se consuma, a lo menos en sus formas pasivas, cuando hay acuerdo de dos voluntades, puesto que no podrá haber un cohechador pasivo sin otro activo que ofreció y consiguió la corrupción. Queda de PESSINA una inquietud: ¿qué hacer con el particular que ofrece la corrupción y el funcionario lo rechaza? El Código de Rocco estableció una tipicidad francamente inadecuada en su art. 322, al punirlo como "instigador al cohecho", cuandoquiera que este delito ofende la "seguridad pública"¹⁴ y no tiene nada que hacer metido entre los *cohechos*. Para solucionar un tanto más científicamente su punición, y, evidentemente, para no dejar impune un acto verdaderamente destructor del ordenamiento sociojurídico en que debe vivir el país, como es este de quien se acostumbró a corromper todo lo que toca, así sea lo más dulce y lo máspreciado como la función pública de justicia, aceptó el redactor del Código para 1980 que se conservara la posición separatista de PESSINA, castigando a cada actor de este sucio tráfico, como autor de su propio *cohecho*.

Sección I. *Cohecho propio*

1. LA NORMA

Art. 141. *Cohecho propio. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 22.* El servidor público que reciba para sí o para otro, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria, directa o indirectamente, para retardar u omitir un acto propio de su cargo, o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

2. LA NORMA ANTERIOR

Corresponde al tipificado por el art. 161 de la ley 95 de 1936, conocido como "cohecho por acto ilícito", denominación a todas luces más adecuada. En realidad, hay cohecho cuando dos personas contratan la compraventa de la función o actividad de servicio público. De un lado, el funcionario cede la que

¹³ Casación cit., pág. 626.

¹⁴ Código Penal de 1980, título V, libro 2º, art. 188.

le corresponde, y por otro, el particular la compra en su beneficio. Acordadas las voluntades, el cohecho se agota, aunque fenoménicamente el acuerdo no se convierte en una realidad; esto es: aunque el funcionario no realice aquello que vendió y el particular no entregue esto que ofreció. Cohecho significa eso: acuerdo de dos, hacer con otro. Y si lo que el funcionario vende es función que corresponde a su trabajo oficial, solo que no debe cobrar por ello, ya que es parte de su trabajo remunerado por el propio Estado mediante su salario, ¿por qué llamarlo *cohecho impropio* como lo hace el art. 142 en su denominación típica? ¿En dónde está lo impropio para un cohecho, en esta estructuración fenoménica? Más acertado es distinguir entre quien compra celeridad en la administración pública, y por ende quienes venden la rapidez oficial en sus actuaciones, calificándolo como *cohecho por acto lícito* y que es lo que tipifica el art. 142, de aquel que compra el poder decisorio del funcionario y, por tanto, este vende su decisión final, que estructura el art. 141 y que denominamos *cohecho por acto ilícito*¹⁵.

El art. 161 de la ley 95 de 1936 decía así:

"Si la admisión del dinero o de la dádiva, o la aceptación de las promesas, se verificare para omitir o retardar un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales, la prisión será de uno a ocho años. Si el responsable fuere un juez o un magistrado del orden judicial o administrativo, la prisión será de dos a diez años"¹⁶.

Como ocurre con casi todas las figuras típicas reformadas por la ley 190 de 1995, la sintaxis del viejo artículo 141 se conservó por el art. 22 de la nueva ley, con lo que su análisis estructural es el mismo.

3. ESTRUCTURA

La gramática típica en esta figura, se puede descomponer en los siguientes elementos oracionales, que coinciden con su estructura delictiva:

a) *Sujeto*: Indicado por las palabras *empleado oficial* y que se refiere a la concreción recibida por el art. 63 del mismo Código.

b) *Complementos del sujeto*: Señalado por las palabras "para retardar u omitir acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales" y que indican el *abuso de poder por acto funcional*.

c) *Predicado*: El cohecho se comete recibiendo o aceptando promesas remuneratorias a cambio de actos de omisión de sus deberes o de ejecución de alguno contrario a su *deber oficial*. Vale decir, se compra la decisión funcional a su favor.

¹⁵ El art. 318 del Código italiano de 1930 denomina al primero de los cohechos *corrupción por acto del cargo*, y el 319, *corrupción por acto contrario a los deberes del cargo*, más apropiado que el de nuestro Código.

¹⁶ Auto del 15 de septiembre de 1955, "G. J.", núms. 2157-2158.

d) *Verbos: Recibir y aceptar*, este último como verbo compuesto o frase verbal: "acepta promesa remuneratoria", pues no se trata de algo que se da y se recibe, sino de una oferta lucrativa que se acepta.

e) *Complemento indirecto*: Que señala el objeto material del delito y que en este caso son el *dinero u otra utilidad* cualquiera.

f) *Complemento circunstancial de causa*: De la acción verbal, indicado por la frase que sigue a la preposición *para* y que indica el propósito que guía al sujeto al realizar el hecho indicado en el predicado, así: "para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales". Señala un *elemento subjetivo del tipo*.

Un elemento subjetivo del tipo como el que se analiza, lo hay en la advertencia de que la recepción de dinero o utilidad o la aceptación de oferta remuneratoria, corresponden a la manifestación de voluntad por el funcionario, de hacer u omitir acto funcional, ilícitamente, o retardarlo sin motivos. La preposición *para*, antes de la frase *retardar u omitir...*, etc., indica que es la subjetividad del funcionario que recibe o acepta promesa remuneratoria.

4. SUJETOS ACTIVOS

El significado de la expresión *empleado oficial* fue objeto de análisis especial, y dijimos al respecto que el redactor del Código de 1980 adoptó la medida que contiene el Código argentino de consagrar una definición tipificada de lo que este vocablo expresa, inclusive concretando taxativamente quiénes tienen este título, para todo efecto de la ley penal, y por esto existe el art. 63 en este nuevo Código. De suyo, la cualificación de los sujetos activos se elabora adicionándole normatividades que podrán valorarse en normas o ciencias por fuera de la ley penal. De manera que despejar elementos normativos del tipo con otro tipo de la misma ley penal, no es adecuado.

No obstante esto, es aceptable que el propio legislador despeje algo tan nimio y que se ha prestado a tanta confusión en la aplicación del Código, como es esto de saber quién es *funcionario* y si un funcionario es lo mismo que un *empleado público*. Si lo llamamos *funcionario* o *empleado público* o *empleado oficial* o *trabajador oficial* o *miembro de corporación pública* o *miembro de las fuerzas armadas*, es lo mismo. Se adiciona a este concepto y por semejanza se le da el mismo tratamiento legal penal, al contratista que presta un servicio público, y al particular que, sin el título de empleado oficial, sin embargo cumple una concreta y transitoria función estatal. Los primeros forman un grupo de *empleados oficiales, propios*, los segundos otro al que denominaremos *empleados oficiales, impropios*. Este segundo grupo se integra por los dos últimos renglones de la lista que acabamos de hacer*.

Pues bien, no hay dificultad en que un empleado oficial propio cometa cohecho. Puede ser comprada su función y él aceptar la venta, ya sea un fun-

* El art. 123 de la Constitución de 1991 les otorga la denominación genérica de *servidores públicos*.

cionario, un empleado, un militar o un miembro de corporación pública, o un trabajador oficial. Pero, se dirá un empleado oficial impropio no es tan fácil cohecharse. Así como se vende un juez que recibe un sueldo, ¿por qué no puede venderse el juez sin sueldo, como lo es el jurado, según explicaba CARRARA? Y de igual manera ocurre con el árbitro y el conjuer. Pero el contratista del Estado, ¿cómo? Su labor está reducida a la prestación del servicio contratado; su interés colectivo lo enfrenta al Estado. No es intangible el cohecho. Por ende, por imposibilidad física de realizarlo, a pesar de lo genérico del art. 63, no podrá cometer cohecho.

Hablando de las personas que transitoriamente desempeñan una función pública, decía MAGGIORE que también la desempeñan el testigo desde cuando es juramentado hasta cuando termina su declaración, el querellante en iguales condiciones al testigo, el depositario judicial en la misión de tenencia encomendada por el juez, el guardador de la quiebra en ejercicio de su función judicial, y el administrador judicial¹⁷. No faltaron autores nacionales que incluyeron "personas que transitoriamente desempeñan función pública", extra-yéndolas de este listado MAGGIORE¹⁸.

Siempre hemos sostenido que solamente tres de estas personas realizan, por expreso mandato de la ley y autorización de la Constitución, una función pública, por una parte sin investidura de funcionario, y por otra, muy concreta y de manera transitoria: los miembros del jurado de conciencia que juzgarán a los procesados por el delito de homicidio y los que le concursen; los abogados que ejercen de conjueres en un tribunal de distrito y en la Corte Suprema de Justicia, y los árbitros designados según leyes comerciales, civiles o laborales, en presencia de cláusulas compromisorias. Ellos administran justicia. Y es la única función pública de que se ha desprendido el Estado para entregarla a un particular con los límites anotados.

El *testigo* cumple con un deber legal, que es deber cívico¹⁹. De suyo, "toda persona", sin límite de edad, debe declarar aquello que el juez quiera que le relate. Si es esto así, no podría ser más absurdo que se considerara *empleado público* a un testigo cuando está declarando.

Los *depositarios judiciales*, como los peritos o los administradores judiciales, los curadores e intérpretes, etc., son "auxiliares de la justicia". El texto del art. 8º del Código de Procedimiento Civil es claro cuando califica su tarea o labor encomendada como la prestación de un *servicio público* por persona no investida de título funcional²⁰.

¹⁷ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, t. III, trad. de José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 151.

¹⁸ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 182.

¹⁹ Código de Procedimiento Penal, arts. 224, 236 y 237.

²⁰ Este artículo dice: "Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos que deben ser desempeñados por personas de conducta intachable... La función de los auxiliares no constituye una profesión...".

Lo mismo podría decirse del *depositario judicial* o *secuestre*, persona que recibe el título de auxiliar de la justicia; pero es más: el secuestre cumple una misión encomendada por el juez, presta servicio a la justicia, y continúa su labor personal o privada, que no choque con su encargo. Es imposible, pues tenerlo jamás como un empleado oficial en desempeño de tarea semejante²¹.

5. EL ABUSO DE PODER

El abuso de poder lo subraya la tipicidad dada por el art. 141, con esta frase: "para retardar u omitir un acto propio del cargo o para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales". El abuso de poder como elemento que integra esta tipicidad, es comentado por SEBASTIÁN SOLER con estas palabras: "Además de la calidad de funcionario, la figura toma en cuenta la naturaleza del acto corrupto. Para que exista cohecho, es preciso que este corresponda a un acto relativo a las funciones: acto de la competencia funcional y territorial, esto es: regularmente posible o debido, de parte del funcionario"²², concepto que ratificó la Corte cuando advirtió que el cohecho "comienza y concluye con el abuso de autoridad, constituido por la exigencia"²³.

Este elemento, pues, está subrayando la obligación que adquiere el empleado oficial, de realizar un acto propio de sus funciones, como retribución al dinero o dádiva entregados u ofrecidos por quien compra su función pública. Este espera de él el acto funcional abusivo, cumplido malamente pero dentro de su órbita. Si lo que vende es un acto que corresponde a esfera ajena, será *tráfico de influencias*²⁴, y si propuso al verdadero funcionario la venta de su propia función, será autor de un *cohecho activo*²⁵, pero no será cohechador pasivo conforme a esta tipicidad que analizamos²⁶.

La retribución a que se compromete el funcionario corrupto está señalada por los verbos *retardar*, *omitir*, y *ejecutar*. Resulta, pues, que su compromiso puede ser comisivo u omisivo. Lo primero, si se pretende de él que retarde un acto funcional que le corresponde en términos. Igual, si lo que se busca es que no lo realice, pero "contrariando sus deberes oficiales".

Bastante material de estudio ha suscitado esta frase: "contrario a los deberes oficiales", tomada del Código de ZANARDELLI por los redactores del Código de 1936. La Corte expresó su concepto de que las palabras indicadas comprenden no solo el conjunto de funciones que, orbitariamente, le son propias al empleado oficial, según la ley, sino también aquellos *deberes* que se imponen sin una norma legal precisa, y sencillamente por el uso o costumbre al

²¹ Sobre auxiliares de la justicia y su naturaleza, decretos 2204 y 2265 de 1969.

²² SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. V, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina (reimpresión total), 1951, pág. 179.

²³ Sentencia del 13 de septiembre de 1965, "G. J.", núms. 2157-2158.

²⁴ Según el art. 147 del Código Penal nuevo.

²⁵ Según el art. 143, ibídem.

²⁶ En igual sentido, SEBASTIÁN SOLER, ob. cit., t. y págs. cit.

aplicar otras de sus propias funciones, siempre y cuando se hayan impuesto por su notorio beneficio comunitario²⁷.

A nuestro entender, si por cohecho entendemos la compra y venta de la función que le corresponde al empleado oficial que la vende, obvio es que no haya tal, cuando lo que se pretende comprar es la tarea *no funcional* que es aquella a que se refiere la Corte. La labor comprada no ha sido asignada a otra función, por lo cual no se trata de invadir la órbita ajena. Tampoco está asignada a la propia. Ni siquiera se encarga de ella la ley, al no encomendarla a funcionario alguno. Es tan solo nacida del uso funcional y facilitada por las que su propia órbita le asignan. Por consiguiente es tarea, no función, y *no funcional*, no extralimitada. No realizarla en cierta ocasión, o realizarla de manera distinta a como viene cumpliéndose, por dádiva o promesa de remuneración, no cabe dentro de su denominación de *cohecho*. Sería un *abuso de autoridad*²⁸ o quizás *abuso de la función pública*²⁹. Tan solo sería aceptable el criterio de la Corte si la tarea que viene cumpliendo el funcionario por fuera de su propia órbita funcional es de tal naturaleza, que es asimilable o fusionable a sus propias funciones, que se entienda como una parte o emanación de ellas. Pero no, si se trata de labores completamente ajenas a sus propias funciones y que en nada puedan asimilárseles.

Por deberes oficiales solo pueden entenderse aquellos que derivan de la órbita funcional que le imponen al empleado oficial la ley o sus reglamentos, la ordenanza o sus reglamentos, o el acuerdo y sus reglamentos. Esto quiere decir que hay *cohecho* cuando el empleado oficial se comprometió a realizar un acto contrario a su órbita funcional pero emergido de esta órbita. Es lógico lo anterior, si se tiene en cuenta que al cohechador precisamente le interesa entregar dinero o dádiva y ofrecerlos, para que se cumpla de cierta manera ese acto, pues sabe que, si no lo compra, le será adverso de todos modos. Por eso paga por él: para que sea contrario a *sus deberes oficiales*, que es como le conviene.

Los deberes oficiales surgen de la norma que regula la función respectiva, si se trata de un empleado público. Pero si se trata de una persona que transitoriamente desempeña una función pública, como lo es el conjuer o el árbitro, por ejemplo, el *deber oficial* que la ley le impone nace para él al momento en que la ley lo entiende atado a su función y le obliga como tal. Respecto de este momento, observa JESÚS BERNAL PINZÓN que es cuando toma posesión de su cargo: "antes de tomar posesión del cargo... no se puede decir que puedan ejecutar actos contrarios a los deberes oficiales, porque... antes de asumir la investidura de tales no tienen «deberes oficiales»"³⁰.

²⁷ Sentencia del 18 de abril de 1942.

²⁸ Código Penal, arts. 152 y 153.

²⁹ Código Penal, art. 162.

³⁰ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 132.

“Si la pregunta es si se puede prometer en venta una función pública que aún no se tiene impunemente, la respuesta es positiva, salvo que se calificara como una *estafa*, porque el sujeto activo del delito de *cohecho* es cualificado y esta cualidad es la investidura del cargo público. Antes de la posesión del cargo no tiene «deberes oficiales», ni aun en caso de particulares que ejerzan transitoriamente una función pública”.

6. LA ACCIÓN DESCRITA

Señalada por los verbos rectores *recibir* y *aceptar promesa* de remuneración. *Recibir* es acción pasiva, respecto de quien *da* o entrega el bien o la dádiva o utilidad. El empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, toma la dádiva o el dinero que se le ofrece, como contraprestación a la venta de funciones que ha convenido. *Ofrecer* es prometer, y aplicada al dinero u otra utilidad, es la promesa de remuneración futura, tras el acto funcional que se pretende comprar.

La sola oferta aceptada consuma el delito, sin necesidad de que el empleado oficial cumpla su parte del contrato. Quien así hace no agregará más al delito ya agotado por la recepción de la dádiva y aceptación de la promesa. Es el convenio lo que consuma el delito, y este se expresa o exterioriza, por parte del funcionario, al recibir la dádiva y aceptar la oferta de remuneración.

7. OBJETO MATERIAL

El dinero u otra utilidad, parte económica que motiva al empleado oficial a ofrecer la venta de su función, contrariando sus deberes funcionales o comprometiéndose a retardarlos u omitirlos, es el objeto material de su convenio ilegal. En realidad, si es un contrato con objeto y causa ilícitos, la remuneración recibida o aceptada como compromiso futuro, es el objeto ilícito en el mismo. El art. 1495 del C. C. dice que el contrato es un convenio por medio del cual dos personas o grupos de personas se comprometen recíprocamente a algo. Aquí a comprar y vender la función, y el precio pagado o prometido es el objeto para el empleado oficial que la vende.

8. ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO

Las palabras “para retardar u omitir... etc.” empleadas por el art. 141 indican una subjetividad en el empleado que recibe o acepta la oferta a cambio de sus funciones. Comprometerse a retardar el acto funcional debido, o a omitirlo, no es la exigencia del retardo efectivo u omisión real. Acabamos de decir que el cohecho es delito que se agota en el compromiso, y este existe desde cuando ambos: quien compra la función y el empleado oficial que la vende, acuerdan voluntades de que, entregada la dádiva o aceptada la promesa de futura remuneración, el empleado retardará u omitirá funciones, o hará acto con-

trario a los deberes oficiales de su órbita. Es su compromiso lo que se exige, la subjetividad de retardar u omitir o incumplir sus deberes, sin necesidad de que el retardo u omisión o incumplimiento de deberes se realice.

No es delito de resultado, sino de mera conducta. Lo que hace el empleado oficial, aceptar lo prometido, a cambio de su compromiso de retardar, omitir o incumplir deberes oficiales, lo agota. De allí que nos parece difícil la tentativa. JESÚS BERNAL hace cita de MANZINI para sugerir que el maestro admite la tentativa, cuando el comprador de la función pública hace su oferta y el empleado público la admite pero sin ponerse de acuerdo en el precio³¹. La realidad es que en el ejemplo citado por BERNAL no hay *tentativa* de cohecho, sino un delito pleno. La concordancia de voluntades respecto de la venta de la función es perfecta desde que solo falta acordar el precio, y esto último no es de la esencia para su agotamiento. Acordar la compra, por el particular, y su venta por el funcionario, es suficiente. Una vez dijo al respecto la Corte:

"La respuesta «eso es muy delicado» dada por un juez a una oferta de dinero por la libertad de un procesado, no equivale, ciertamente, a una negativa. Más bien podría equivaler a una ponderación del acto para conseguir de él mayor provecho. Un funcionario que así recibe una oferta tan ofensiva, y que en vez de rechazarla airado, le da largas a la vergonzosa insinuación y, antes que proceder a sancionarla, pide plazo para meditar, está dando a entender que es venal, que puede ser comprado y que solo espera que se ajuste el precio. Reflexionar, simplemente pensar una propuesta semejante, o siquiera cavilar acerca de ella, indica la posibilidad de aceptarla..."³².

Y recordemos, de una vez, que el corrupto nunca entrará en persona al pacto, ni dejará huella de lo convenido: "el delito de cohecho no suele dejar huellas materiales. El delincuente se cuida de firmar documentos o papeles acusadores. La prueba, pues, hay que buscarla en otras fuentes...". Lo anterior significa que se comprobará con otros elementos diferentes a sus propias palabras: por qué no rechazó, por qué pidió plazo para su consideración, por qué oída la oferta —lo que agota el delito para el particular—, no le abrió investigación sino que "dio largas" a la oferta.

9. AGRAVACIÓN PUNITIVA EN EL CÓDIGO DE 1936

El art. 161, en su inciso segundo, del Código Penal de 1936, agravaba esta figura de cohecho cuando el empleado oficial es juez o magistrado "del orden judicial o administrativo", agravante que desaparece en esta tipicidad que analizamos. Quiere decir que la figura básica de cohecho se aplicará a estos casos, como única y sin agravantes específicas.

El concurso con otros delitos es posible desde que ambas figuras puedan tener conexidad. Por ejemplo, si se recibe dádiva por un funcionario, para omi-

³¹ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 133.

³² Sentencia de 1958, en "G. J.", t. LXXXVII. Cita de DOMINGO SARASTI, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. I, pág. 507.

tir la denuncia a que está obligado todo empleado oficial que conozca de la comisión de un delito, investigable de oficio. Concursan dos delincuencias: el cohecho, al recibir dádiva por omitir acto funcional y la omisión de investigación, tipificada por el art. 153 del Código Penal vigente. Este caso, sugerido por MANZINI³³ es rechazado por BERNAL PINZÓN, para quien sería punir dos veces por "un mismo hecho" al autor. La realidad es que cada uno se agota y contiene su propia ofensa al mismo derecho tutelado. El cohecho por la sola oferta de omitir la función de denuncia, se agota con la recepción de dádiva o aceptación de promesa. Por esta falta de honestidad se hace daño a la administración pública. El abuso de autoridad por omisión de la función pública de denunciar un delito, se agota al omitir este deber, acto ulterior al agotamiento, de un cohecho, que ofende por el no cumplimiento del deber funcional, a ese mismo derecho tutelado³⁴.

10. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS

Como quedó en nuestra codificación, el cohecho pasivo es *plurisubjetivo* y por tanto son autores de la corrupción el empleado oficial que se deja corromper, tanto como el particular que lo corrompe. Una tercera persona, beneficiaria del producido del delito, puede ser partícipe a título de cómplice, en la medida en que participará en él a sabiendas de la corrupción. Por ello advierte el mismo artículo que el dinero o dádiva dado u ofrecido al funcionario, puede beneficiarlo a él o a terceros.

El cohecho lo agota el particular cuando hace su oferta y aunque el empleado oficial no la acepte. El empleado oficial comete el suyo, cuando recibe la dádiva o acepta la promesa: la aceptación implica un tácito compromiso a retardar u omitir su acto funcional o a incumplir sus deberes oficiales, aunque ello nunca ocurra, porque es para esto para lo que se le ha pagado. El tercero, con su acción coadyuvante de cualesquiera de estos dos, desde que participe con conocimiento del corrupto convenio, es cómplice de cohecho; por esto dice el art. 141 que el pacto lo hace el empleado mismo u otro "o acepte promesa remuneratoria, directa o indirecta".

Sección II. *Cohecho impropio*

1. LA NORMA

Art. 142. *Cohecho impropio. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 23.* El servidor público que acepte para sí o para otro, dinero u otra utilidad o promesa remuneratoria, directa o indirecta, por acto que deba ejecutar en el desem-

³³ VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, Ediar, 1952, pág. 200.

³⁴ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 130.

peño de sus funciones, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

2. LA NORMA ANTERIOR

Decía el art. 160 del Código de 1936:

El funcionario o empleado público o la persona que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que reciba indebidamente para sí o para un tercero dinero o dádivas, o acepte promesas remuneratorias, directas o indirectas, por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: indicado por las palabras *servidor público* y complementado por los sujetos asimilados del art. 63.

b) *Abuso de poder*: Que enseña la frase "por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones".

c) *Acción descrita*: Señalada por los verbos *recibir* y *aceptar dinero* u otra utilidad, o promesa remuneratoria, para sí o terceros, en forma directa o indirecta.

4. ANÁLISIS DE SU ESTRUCTURA

El art. 23 de la ley 190 de 1995 conserva la sintaxis del viejo art. 142 del decreto-ley 100 de 1980 con la salvedad de la denominación del sujeto activo: *servidor público*, reforma que introdujo la nueva Constitución.

Observamos al principio del estudio de los cohechos, que no hay razón válida para distinguir entre uno llamado *propio* y otro al que se le otorga el calificativo de *impropio*. Lo *impropio* es lo que no corresponde con precisión a la esencia de una cosa tomada como su modelo. La realidad es que la esencia de un cohecho es el aceptar promesa remuneratoria o recibir dinero u otra dádiva, a cambio de la promesa del empleado oficial de que venderá por este estipendio su función orbitaria. Que si lo prometido por él es acto ilícito, como retardo u omisión de funciones, o la ejecución indebida de deberes oficiales, o si lo que se prometió por él era acto funcionalmente debido, pero no susceptible de especial remuneración, no importa para su agotamiento como *cohecho*.

Pues bien, en este llamado *cohecho impropio* el empleado oficial recibe la dádiva o el dinero o acepta la promesa de remuneración, a cambio de cumplir con sus deberes oficiales. No se trata, en realidad, de que sean gratuitos. El

ideal sería volver a los tiempos de la república romana, cuando los patricios servían gratuitamente a Roma, porque era un honor no concedido a todos³⁵. Pero es pedir demasiado y, ciertamente, no todos son de alma generosa, como anota MOMMSEN, ni comprenden el alto sentido de este honor. Por esto la ley procesal civil dice en qué casos taxativamente concretados por ella, se pueden cobrar expensas distintas de su salario habitual³⁶. Las expensas no son cobrables en mayor cuantía a la permitida por la ley, y no pueden elevarse sino en la medida en que la ley lo disponga expresamente. De suyo, la ley procesal citada autoriza al gobierno a revisar los aranceles de acuerdo con el costo de la vida.

El cohecho que aquí se estructura estriba en recibir dinero o dádivas o aceptar su promesa, cuando se trata de cumplir los actos oficiales debidos, pero sin aquella remuneración especial. Recibirla es un cohecho, y su pago es debido al deseo de una celeridad en la prestación de la función correspondiente.

Una costumbre usual es la de pagar diligencias o copias debidas según arancel, pero a precios mucho más elevados que los que fija la ley procesal. *Dádivas ad adscelerandum* las llamaba CARRARA. Es más, las pequeñas dádivas, el exceso cualquiera que él sea, desde que se acepte, es corrupción y punible. La justicia se ofende, aun por el más pequeño valor, "aun por un solo céntimo", decía CARRARA, observando después, que fue error de algunos prácticos distinguir entre la dádiva punible y los "pequeños regalitos" o *munusculum* creyéndolos impunes³⁷.

La dádiva es corruptora en la medida en que tenga *poder cohechante*, esto es: que pretenda remunerar ilícitamente la compraventa de la función. No obstante y en relación con la *munus et munusculum* debe anotarse, como CARRARA lo hizo, que su carácter retributivo va implícito en ella. Es el hecho de regalar al funcionario como tal, lo que corrompe, aunque explícitamente no tenga este carácter corruptor. Este tipo de dádiva aparentemente no retributiva, se estructura en el inciso segundo de este tipo legal, y corresponde al art. 165 del Código de 1936.

El art. 160 del Código de 1936 advertía que el dinero o la utilidad o la promesa remuneratoria aceptada por el empleado oficial, debía ser ilícitamente ofrecida por el particular, esto es, *indebidamente*. La advertencia se eliminó del tipo que analizamos por innecesaria. En realidad "lo que es debido según la ley" no tiene como método de lograrse mediante la prestación de la función pública. Si alguien debe dinero al empleado y, posteriormente, necesita de sus servicios como empleado oficial, pero este los condiciona al pago de su crédito, es tan indebido y tan ilícito lo que así ha cobrado, como si fuera un cohechador. El cobro ilegal de lo realmente debido pasa a ser un *abuso de autoridad*, y el calificativo de *indebido* dado a la metodología del cobrador es igualmente válido.

³⁵ TEODORO MOMMSEN, ob. cit., pág. 174.

³⁶ Código de Procedimiento Civil, libro 2º, sección 7ª, título XIX, *Expensas*.

³⁷ CARRARA, *Programa de derecho criminal*, cit., § 2554.

5. COHECHO SUBSIGUIENTE

El art. 318 del Código de Rocco tipificaba con el título que hemos dado a este numeral, una especie de cohecho agotado por el empleado oficial cuando recibe dinero o dádivas o acepta remuneración futura sin acuerdo con el dador, pero como consecuencia de un acto funcional que lo favoreció.

El Código de 1936 no lo tipificó y tampoco lo hace el de 1980. El hecho contempla la posibilidad de *corromper* con posterioridad al acto funcional indebido. En realidad, si el funcionario realizó u omitió acto funcional ilícitamente, con conciencia y voluntad de ello, y de esto resultó beneficio indebido al particular que, ulteriormente, lo recompensa, es obvia y claramente un *prevaricato* suyo³⁸. Si el funcionario tenía la aceptación implícita o tácita del particular, por antecedentes que le permitieran creerlo, es cohecho cuando el particular lo pague o prometa su pago, pues es la relevancia del acuerdo presumido por el autor. Quizá sea *abuso de autoridad* si carecía totalmente de este acuerdo presuntivo.

Sección III. Cohecho no retributivo

1. LA NORMA

Dice el inciso segundo del art. 142, reformado por el inciso 2° del art. 23 de la ley 190 de 1995:

El servidor público que reciba dinero u otra utilidad de persona que tenga interés en asunto sometido a su conocimiento, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años, multa de treinta (30) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

2. LA NORMA ANTERIOR

Decía el art. 165 del Código de 1936:

Los funcionarios de que tratan los artículos anteriores, que recibieren dinero o dádivas, ofrecidas en consideración a su cargo, por personas que tengan algún asunto pendiente en su respectivo despacho, incurrirán en interdicción de derechos y funciones públicas de uno a seis años.

3. ANÁLISIS DE LA NORMA

Comoquiera que el Código de 1936 colocaba el cohecho activo en el art. 164, la tipicidad establecida por el art. 165 solamente punía al empleado público que recibiera las dádivas no retributivas. Al particular que, diciembre a diciembre, recorría oficinas públicas regalando funcionarios, con gran detri-

³⁸ Código Penal, arts. 149 y 150.

mento de la moral pública y menosprecio de su propia ética, no le pasaba nada. La ubicación actual sí permite la punición del particular que corrompe, pues el cohecho activo se estructuró en el art. 143.

El inciso final del art. 22 de la ley 190 de 1995 conserva la definición del hecho punible del viejo inciso 2º del mismo art. 142, con la diferencia de penalidades. Es obvio que el detrimento de la moral, tanto en el sector público como en el privado, que ya advertimos desde nuestra primera edición de este libro, ha crecido en forma altamente preocupante; un incremento de penas de casi el 500% lo demuestra.

A la par con esto es notorio que hasta 1936 esta figura típica era innecesaria para la protección del orden jurídico, debido a un más alto nivel ético de los súbditos de la ley; a partir de entonces comienza a producirse el fenómeno y se hicieron indispensables penas de interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas. Para 1980, al entrar en vigor el decreto-ley 100, esa pena era insuficiente, con lo que aparecen penas de arresto. La ley 190 de 1995 al elevar drásticamente la penalidad, revela, como se ha dicho, un mal social grave que es la inmoralidad desbocada.

Se trata, pues, de punir el hecho no menos corruptor de la dádiva sin pretensión de comprar la función, al menos aparentemente. Es el regalito, como lo llamaba CARRARA, o pago no retributivo. SOLER comentaba al respecto que: "Las pequeñas retribuciones que en ciertos tiempos se consideraban excluidas no pueden descartarse porque su poder cohechante depende, efectivamente, de que tengan carácter retributivo en el acuerdo celebrado, y, sobre todo, que como retribuciones sean apreciadas"³⁹.

El legislador demuestra, en esta figura, extremado interés en la honestidad del encargado de la administración pública, pues le sanciona como cohechador por recibir regalo de persona a quien solo conoce en virtud del cargo que desempeña. La dádiva carece de pretensiones retributivas, es verdad, pero muy aparentemente, pues en el fondo el dador de ella sí tiene interés en la función del regalado y la dádiva pretende ponerlo de su lado, por así decirlo. La retribución va implícita y no hace parte de la tipicidad del hecho punible, aunque está sobreentendida.

Solo resta aclarar que la donación al empleado público se hace en atención a su cargo. Ninguna vinculación anterior y diferente debe existir. Si eran viejos amigos o parientes y acostumbran hacerse regalos, es obvio que no hay delito en ello.

Sección IV. Cohecho por dar u ofrecer

1. LA NORMA

Art. 143. *Cohecho por dar u ofrecer. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 24.* El que dé u ofrezca dinero u otra utilidad a servidor público, en los casos

³⁹ SEBASTIÁN SOLER, ob. cit., pág. 182.

previstos en los dos artículos anteriores, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal y prohibición de celebrar contratos con la administración por el mismo término.

Parágrafo. Si la investigación se iniciare por denuncia del autor o participe particular, efectuada dentro de los quince días siguientes a la ocurrencia del hecho punible, acompañada de prueba que amerite la apertura de la investigación en contra del servidor que recibió o aceptó el ofrecimiento, la acción penal respecto del denunciante se extinguirá. A este beneficio se hará acreedor el servidor público si denunciare primero el delito.

En todo caso, si el funcionario judicial no estimare suficiente la prueba aportada para iniciar la investigación, la denuncia correspondiente no constituirá prueba en su contra.

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 164 del Código de 1936 decía:

El que diere u ofreciera dinero o dádivas a los funcionarios de que tratan los artículos anteriores, para los fines allí previstos, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

Esta sanción se reducirá hasta en la mitad si el dinero, dádiva u oferta no fueren aceptados.

3. ANÁLISIS DE SU ESTRUCTURA

El art. 24 de la ley 190 de 1995 conserva el sentido literal del viejo art. 143, con la inclusión de una penalidad más grave y de una circunstancia eximente de la acción penal, fruto de estar a la moda la "negociación de penas". Cualesquiera de los partícipes en un cohecho, tanto en el activo como en el pasivo, están en el derecho de solicitar la extinción de la acción penal en su contra: a) si confiesen su participación mediante un acto oficial de denuncia del hecho cumplido; b) si se hace en no más de quince días posteriores a la ejecución del hecho; c) si se acompaña de un elemento de convicción judicial que sustente suficientemente el cargo.

Como quiera que la norma extiende el beneficio al servidor público que denuncie a su corruptor, se supone que si se da el caso de que se pongan de acuerdo y co-denuncien en un mismo acto jurídico el beneficio cobijará a ambos y el expediente se extinguirá y pasará en un archivo, sin que pase nada. Cosas de la negociación de penas.

En el lenguaje de ENRICO PESSINA se llama a este tipo *cohecho activo*.

Quienes siguen su pensamiento, encuentran un delito de cohecho agotado por quien propone la dádiva, con su sola oferta. Bilateral será solamente en el caso de que el empleado oficial acepte la corrupción.

Nuestra codificación penal, desde su antecedente de 1936, sigue el criterio divisionista de PESSINA y por ello se estructura en este tipo especial el hecho del particular que ofrece la dádiva en el ámbito de la función pública, así se trate de un caso en el cual el funcionario la rechace airado, como exige la Corte. Se consagra, por ende, la no contractualidad del cohecho, salvo cuando es *pasivo*⁴⁰.

A propósito recordemos que el cohecho, tanto activo como pasivo, arranca del supuesto de que la oferta de compra de la función la hace el particular o no funcionario a quien ostenta el poder decisorio. Cuando en el mercado de tales valores la oferta no es de *compra* sino de *venta*, entonces el funcionario o empleado oficial ofrece en venta su poder funcional o decisorio y *solicita* una dádiva a cambio de ellos. La oferta de *venta* de la función por parte del empleado oficial, coloca el hecho en el ámbito de la *concusión* debido al poder extorsivo que tiene implícita semejante oferta, por quien ostenta el poder público al ofrecerla. El codificador de 1936 no tuvo en cuenta esta posibilidad, y es que, desde el siglo XIX, CARRARA consideraba un imposible racional que un empleado público ofreciera descaradamente su función. Pero llegamos hacia la segunda mitad del siglo XX, a la época en que la función es un valor mercantil para muchos ostentadores del poder funcional, y en la bolsa o mercado de los mismos, se ofrece compra o venta de alguna función. Por esto el art. 140 que estructuró la *concusión* la incluyó en su tipicidad, sugerida con el verbo *solicitar*.

Siguiendo los consejos de nuestra Corte, el rechazo a una oferta tal debe ser claro y manifiesto. Sea que se denuncie o no, la repugnancia por la oferta debe clarificarse. Si no se hace, si se muestran dudas, se entiende que se acepta y que espera que se ajuste a su precio.

El art. 164 del Código de 1936 atenuaba la pena cuando el funcionario rechazaba la oferta. El Código actual no atenúa para el particular que cohecha y es repudiado, lo que es obvio si se considera que el honesto es el funcionario y no él.

Se trata de una tipicidad subordinada, en su precepto, al tipo básico de cohecho que está en el art. 141. La pena o tipicidad punitiva sí está contenida en su misma norma.

4. ANTIJURIDICIDAD

Concusión y cohecho se parecen precisamente porque son opuestos. Antes de afirmar que un cohecho es un convenio al que llegan empleado oficial y usuario del servicio público, por el beneficio que le prestará aquel con su poder político, en tanto que la concusión es un dar u ofrecer dádiva, movido tan

⁴⁰ La Corte Suprema de Justicia considera que en el *cohecho pasivo* hay contractualidad necesaria, y por ende es tipo plurisubjetivo. No así el *cohecho activo*, en que es monosubjetivo. Casación del 7 de diciembre de 1978, Bogotá, revista *Lex*, 1980.

solo por el temor a la potestad pública que ostenta el concusionario, decía CARRARA que uno y otra son tan parecidos, que no es fácil hacer esta diferencia. En la concusión el particular es una víctima. En el cohecho es un codeficiente. Cuando *intra y extra-neus* convienen en la compra y venta de la función pública, se amenaza gravemente la estabilidad de un régimen de derecho y se expone a la animadversión todo el aparato del Estado relativo a la administración pública. Pocas personas creen en la bondad de un servicio que se ofrece al mejor postor, como muy pocos formarían hogar con una prostituta.

Por tanto es evidente que el cohecho, en todas sus expresiones típicas, es un daño, no una simple amenaza, al decoro que debe rodear a toda función estatal. Es una agresión al patrimonio moral del Estado, y reparable tan solo con una pena severa. Nada más dañino a la moral del Estado, que la impunidad de un cohecho.

5. EXCLUSIÓN DE ANTIJURIDICIDAD

Por las mismas razones arriba comentadas con respecto a la *concusión*, consideramos que no es viable ninguna de las causales de justificación del hecho, tratándose de un cohecho. El estado de necesidad, el que menos, porque sería someter al desprecio la que debe ser la más noble de las circunstancias de justificación de un hecho típico. A ningún empleado público le puede estar permitido poner en venta la función que cumple, para salvar derecho alguno que se viera amenazado.

6. CULPABILIDAD

En los tipos de cohecho que hemos analizado, hay tres frases que parecen indicar otros tantos elementos subjetivos, como son: "para retardar u omitir" o "por acto que deba ejecutarse...". No señalan elementos subjetivos del tipo sino que recalcan el *dolo* del autor. Como se ha dicho, el cohecho es un acto bilateral, en que cada parte compra y vende algo, y ese algo es la función pública. El particular cumple con su finalidad contractual, dando u ofreciendo la dádiva. El funcionario prometiéndolo a cambio su función. Tener propósito de hacerlo así, es *dolo* suficiente en el cohecho.

7. TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSOS

Las mismas razones que nos obligaron a descartar la tentativa en la *concusión* nos llevan a rechazarla para el *cohecho*. Este es un convenio, cuando es *pasivo*, y un acto unilateral de dar u ofrecer, cuando es *activo*. Las primeras palabras pronunciadas por ambos contratantes lo agotan plenamente. Porque se consuma con el acuerdo de voluntades, sin esperar a que cada parte cumpla

o no su finalidad contractual. Y si es *activo* la sola oferta lo agota, aun siendo rechazado por el funcionario a quien se pretendió corromper.

Sobra decir, igualmente, que en el *cohecho* como en la *concusión* no caben la culpa ni la *preterintención*, por lo demás no previstas en la ley penal para estas tipicidades.

El cohecho puede concursar con otros delitos, siguiendo las reglas comunes sobre la materia. Generalmente se lo encuentra con la *falsedad documental* y con el *peculado*, dentro de una misma ordenación de propósitos criminales en el autor.

CAPÍTULO IV

DE LA CELEBRACIÓN INDEBIDA DE CONTRATOS

1. NOCIONES GENERALES

El legislador de 1936 estableció una figura típica de contratación indebida por quien desempeña cargo público, cuando abusando de su poder, violenta toda ritualidad fiscal y administrativa para adjudicar un contrato en beneficio de terceros, que no lo merecían de este modo. Lo llamó "Negociaciones incompatibles con el empleo público" y hasta lo distinguió del hecho del auto-adjudicarse el mismo empleado oficial un contrato administrativo, caso que lo calificó como *cohecho* al tenor del viejo art. 162 del Código de 1936.

Cuando fue redactado, el comisionado doctor CÁRDENAS sostuvo que la contratación indebida no lesiona la *administración pública*, porque tan solo es una falta de elegancia, impune como delito¹. Después, comoquiera que la contratación indebida ha sido uno de los grandes males de la república, muchos tratadistas y legisladores pretendieron darle tipicidad, pero chocaron en criterios, sin llegar a conclusiones. Lo consideraron unos como un delito, que debería tener tipicidad propia². Otros como falta de ética. Entre quienes insistieron que se trataba de un delito, unos la ubicaron como una forma de cohecho y, otros, la tipificaron como figura delictiva autónoma como parte de los atentados a la administración pública y en un capítulo sobre "Negociaciones incompatibles". La más severa crítica se hizo por BERNAL PINZÓN, quien consideró que el art. 162 quedaba estructurado sobre el simple hecho de contratarse sin los formalismos fiscales propios de toda contratación con el Estado, cuando el delito auténtico, aunque mal ubicado en este capítulo sobre cohechos, era el concertarse con terceros para defraudar al Estado. Incluso hizo cita del art. 400 del Código Penal de España, al parecer origen del nuestro.

El anteproyecto de 1974 modificó la denominación del capítulo IV del título 3º del libro 2º del Código de 1936: en vez de "Negociaciones incompatibles" puso el más extenso de "Negociaciones incompatibles y enriquecimiento ilícito". Y en cuanto al cohecho del art. 162 del Código de 1936, simplemente modificó su estructura, sin tomar en cuenta las críticas que se le hacían.

En el anteproyecto de 1976 se hizo desaparecer este tipo, como cohecho. En su lugar se redactó uno similar al 400 del Código español, sugerido por

¹ *Trabajos preparatorios. Actas de la comisión*, t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1936, pág. 19.

² JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 136.

BERNAL PINZÓN en su obra, y que decía así: "El empleado oficial que al intervenir por razón de su cargo en la aprobación o celebración de un contrato, licitación o en la liquidación de bienes públicos, se concierte con cualquier interesado o use maniobra o artificio para defraudar al Estado, incurrirá en prisión de uno a siete años, interdicción de derechos y funciones públicas de dos a ocho años y en multa por igual valor al del contrato".

Solamente que le colocó como parte de un capítulo al que llamó "De la celebración indebida de contratos". Igual cosa ocurre con el anteproyecto de 1978. En la motivación de este último se advirtió que para su elaboración se tuvo en cuenta el decreto 150 de 1976 (estatuto de la contratación administrativa, hoy derogado por el decreto 222 de 1983). Así paso al actual Código Penal, decreto-ley 100 de 1980. Agreguemos a lo anterior que el "enriquecimiento ilícito" es materia de capítulos aparte en este mismo título.

Sección I. *Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades*

1. LA NORMA

Art. 144. *Violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades.* El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato con violación del régimen legal de inhabilidades o incompatibilidades, incurrirá en arresto de uno (1) a cinco (5) años, en multa hasta de cinco millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a siete (7) años.

(Adicionado con el art. 32 de la ley 190 de 1995: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10), a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

Ley 80 de 1993, art. 57: "El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales".

2. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos:* El empleado oficial, cuyo alcance se da por el art. 63, es el único sujeto contenido en su tipicidad.

b) *Abuso de poder:* Que es eminentemente funcional, se indica en esta descripción típica con la expresión "que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato".

c) *Acción descrita:* Señalada por el verbo *violar*, referido al régimen constitucional y legal sobre inhabilidades e incompatibilidades para la contratación

con el Estado. Es, por tanto, un valor normativo en el hecho típico, que se despejará con las normas que rigen esta materia.

3. INCOMPATIBILIDADES E INHABILIDADES DE ORDEN CONSTITUCIONAL

Según enseña la Academia de la Lengua, *incompatible* es el impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez. *Inhabilidad* es defecto o impedimento para ejercer u obtener empleo público. Tanto incompatibilidad como inhabilidad pueden referirse:

1º) al ejercicio de una función o cargo público; 2º) a la ineptitud o incapacidad para celebrar contratos con el Estado, tanto para quien obra como *contratante* en representación del Estado, como para quien pretende hacer de *contratista* en su beneficio o de terceros, en su propia representación o por interpuesta persona. El régimen de incompatibilidades e inhabilidades surge de la Constitución misma y ha sido desarrollado por la ley, en cumplimiento del mandato dado por los arts. 126, 127 y 128 de la Constitución de 1991; su desarrollo proviene de la ley 80 de 1993, nuevo estatuto de "contratación administrativa".

Respecto de la incompatibilidad en relación con el ejercicio de una función o cargo público, es tanto como la tacha que surge de la Constitución o de la ley y que le inhibe para desempeñar, coetáneamente, otra función o cargo oficial. Así entendida la incompatibilidad, nace del cargo mismo o de la función que desempeña: quien ostente el título o realice la función está en incapacidad legal o constitucional para ejercer otra función u otro cargo. La norma genérica que se aplica a este grupo de incompatibilidades e inhabilidades está en la Constitución, conforme a la cual hay personas que no pueden ocupar cargos públicos dadas ciertas circunstancias preexistentes, o no pueden celebrar contratos con el Estado en determinadas situaciones. La ley las desarrolla y establece las excepciones. El choque entre la función que se ejerce y aquella que le es incompatible es de valoración ética y, por lo tanto, al entrar a formar parte de los delitos *contra la administración pública* la agresión la recibe el Estado en su patrimonio moral.

El contenido de los arts. 108 a 112 de la Constitución de 1886 fue sintetizado en las fórmulas que hoy expresan los arts. 126 a 128 de la Constitución de 1991 y constituyen el fundamento legal que especifica la ley 80 de 1993. Así que las incompatibilidades e inhabilidades de orden constitucional pueden resumirse en estos puntos:

a) Ningún servidor público, en cualquiera de las tres ramas del poder del Estado y en cualquier grado jerárquico en que se encuentre, podrá nombrar como empleados públicos a personas con las cuales tenga parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o se trate de cónyuge o unión permanente.

b) Tampoco podrán designar o intervenir en la designación de personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

c) No podrán desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o instituciones en que el Estado tenga parte mayoritaria. La ley establecerá excepciones.

d) Se inhabilita a quien ha sido condenado en forma definitiva por algún delito para ejercer cualquier cargo público, e igualmente a los ciudadanos que vayan a desempeñarse como jurados de derecho de que trata el art. 462 del título II del libro III del Código de Procedimiento Penal.

e) El régimen de incompatibilidades para contratar con el Estado se origina, igualmente, en la Constitución, que dispone que ningún servidor público podrá celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. La ley fijará excepciones.

4. INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES DE ORDEN LEGAL

La inhabilidad para la contratación nace de las cualidades o condiciones de la persona misma que piensa contratar con el Estado, porque, dadas ciertas situaciones que la ley prevé, está incapacitado para hacerlo. La inhabilidad es, pues, ajena al título de servidor público y al ejercicio de una función. En general es tocante al particular que pretende hacer de contratista, pero el servidor oficial que en ejercicio de su función intervino en representación del Estado en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato administrativo, conocía de la inhabilidad o incompatibilidad al hacerlo, con lo que comete el delito. Si es que el particular es inhábil o incompatible, y el funcionario, no obstante, intervino en su tramitación, aprobación o celebración conociéndolo, participan del delito tipificado en esta figura, tanto uno como otro: el servidor público como autor o realizador del hecho, porque se trata de un tipo con sujeto activo cualificado y la cualidad jurídica es precisamente la investidura oficial. El particular como cómplice porque es quien soporta la calidad de inhábil o incompatible a pesar de lo cual interviene en busca de una contratación ilícita. El delito es por violar el régimen de incompatibilidades e inhabilidades y ambos lo hacen.

El régimen legal de incompatibilidades e inhabilidades para contratar con el Estado, está dispuesto por el art. 8º de la ley 80 de 1993, que se divide en dos numerales: en el primero consagra nueve inhabilidades para contratar; en el segundo cinco incompatibilidades para lo mismo. Son inhabilidades:

a) Hallarse en alguna de las inhabilidades constitucionales o de otras leyes especiales.

b) Quienes participaron en la licitación o concurso o celebraron los contratos de que se trata en el literal anterior, estando inhabilitados.

c) Quienes dieron lugar a declaratoria de caducidad (ver art. 18 de la ley 80 de 1993).

d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.

e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal con el adjudicado.

f) Los servidores públicos.

g) Cónyuge o compañero permanente; quienes estén en segundo grado de consanguinidad y segundo de afinidad con cualquier persona que formalmente haya presentado propuesta para una licitación o concurso.

h) Las sociedades distintas a las anónimas abiertas en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tengan parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta para una licitación o concurso.

i) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado caducidad, así como las sociedades de personas de los que aquellos forman parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Son incompatibilidades de orden legal las siguientes:

a) Quienes fueron miembros de las juntas directivas o consejos directivos o servidores públicos de la entidad contratante solo si se desempeñaron en funciones directivas, asesor o ejecutivo, y tan solo por un año contado a partir de la fecha de su retiro.

b) La persona que contenga vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) Cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo o miembro de junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades anónimas abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor, o ejecutivo o miembro de junta o consejo directivo o el cónyuge o compañero o compañera permanente, o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de juntas o consejos directivos solo respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios.

Si llegare a sobrevenir una inhabilidad o una incompatibilidad en el contratista, después de suscrito legalmente su contrato, lo cederá, previa autorización escrita del contratante, o renunciará a su ejecución, si fuere el caso.

El art. 10 de la ley 80 de 1993 establece excepciones en que no corren las causales de incompatibilidad e inhabilidad para contratar, a saber:

a) La persona que contrate por obligación legal.

- b) Las personas que contraten para usar de los bienes de servicios que las entidades públicas establezcan al público en general.
- c) Las personas jurídicas sin ánimo de lucro.
- d) Contratos celebrados en desarrollo del artículo 60 de la Constitución.

5. MOMENTO CONSUMATIVO, ANTIJURIDICIDAD, CULPABILIDAD

El núcleo rector del tipo en estudio es el verbo *violar*, que es infringir o quebrantar una ley o precepto. En consecuencia, delito lo hay cuando el autor cualificado por el servicio público interviene en la tramitación o aprobación o celebración de un contrato con la administración pública, lo que significa que es un tipo de daño o lesión, que se agota con un resultado en el mundo exterior. El choque antijurídico se produce al expresar el autor su intervención en el contrato administrativo, aunque este no se perfeccione nunca, por lo que es un delito contra su patrimonio moral.

Ahora, a pesar de tratarse de un delito de daño o resultado, no admite tentativa, pues la intervención en la tramitación, aprobación o celebración del contrato se cumple con el primer acto formal del autor en ejercicio de sus funciones oficiales, lo que es en sí acto idóneo e inequívoco dirigido a su consumación. Si el solo interés, que se queda en el ámbito de lo subjetivo y sin fenomenidad, no es punible, como los "malos pensamientos", cualquier actividad oficial que exprese su intervención como servidor público lo agota.

El dolo consiste en el conocimiento tanto en el autor como en el cómplice de la existencia de causales de inhabilidad e impedimento para contratar, a pesar de lo cual el primero realiza un acto de intervención en su celebración, tramitación o aprobación, y el segundo se propone como beneficiario del contrato.

Sección II. *Interés ilícito en la celebración de contratos*

1. LA NORMA

Art. 145. *Interés ilícito en la celebración de contratos.* El empleado oficial que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que debe intervenir por razón de su cargo o de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, en multa de un mil a quinientos mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años.

(Ley 80 de 1993, art. 57: "El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales").

2. LA ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Indicados con las palabras *El empleado oficial* cuya valoración señala concretamente el art. 63, ibídem.

b) *Abuso de poder*: Señalado con las palabras "en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones".

c) *Acción descrita*: Señalada con el verbo *interesarse*, por una parte intransitivo y que señala operación puramente sicológica, de la esfera de la voluntad.

3. ANÁLISIS DE SU ESTRUCTURA

Mientras que el art. 162 del Código de 1936 queda incluido en la descripción típica del art. 144 del Código actual, en el 145 que estamos estudiando se incorpora la tipicidad del que fue art. 167 del Código de 1936 y que se denominara "Negociaciones incompatibles".

Haciendo la exégesis del cohecho que tipificaba el art. 162 del Código de 1936, el doctor BERNAL PINZÓN anotaba que fue tomado malamente del art. 400 del Código español, pues en este se punía al empleado oficial que por razón de sus funciones interviniera en un contrato, previo concierto con el particular *contratista* y con fraude al Estado, palabras estas últimas que faltaron a la tipicidad, inclusive del art. 146 del Código de 1980 en nuestro país³.

Igual comentario podríamos hacer a la tipicidad que surge del art. 145 del Código actual: no vemos razón alguna para punir al empleado público que *se interese* teniendo como motivo su propio interés o el de los suyos, en algún contrato u operación en que deba intervenir como funcionario, si a la postre nada hizo en concreto y si no defraudó con esto al Estado ni se concertó con nadie para este efecto. Si se ajusta a las condiciones y ritualidades de ley para contratar, adjudicar y ejecutar el contrato de *su interés* y si no hubo en realidad *fraude* al Estado, ¿por qué punir su interés? *Interés*, dice la Academia, es la inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto. Interesarse en una contratación es algo subjetivo y personal y, diríamos humano e ineludible. Lo malo es concretar en actos reales ese *interés*, y en el momento en que deje de ser tan solo un interés y pase a ser *acción interesada*, por decirlo así, el empleado oficial comenzará a intervenir en la tramitación o celebración o aprobación de tal contrato, para su provecho o de terceros, y desde que intervenga en un contrato *en su provecho* está violando los arts. 8º y 9º de la ley 80 de 1993 sobre *incompatibilidades* y su acción se adecua al art. 144 del Código Penal que acabamos de ver. Y si interviene en *provecho de terceros*, su acción es violatoria del art. 8º que contempla incluso las sociedades de hecho en que el empleado oficial sea partícipe y que se refiere a las *inhabilidades* para contratar por parte suya. En este caso también su acción se adecua al tipo del art. 144 del Código Penal.

³ BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 136 y ss.

Por consiguiente, la acción descrita por el art. 145 resulta inocua si se trata de punir tan solo un *interés* que no se ha concretado tácticamente a intervenir en la elaboración, aprobación o celebración del contrato que lo beneficiará o beneficiará a terceros. Y si el interés se hizo real, su hecho en busca del contrato lo incluye en la violación de incompatibilidades o inhabilidades y es punible por el 144, sobrando de todos modos el tipo que estamos analizando.

Hablando de su similar en el Código de 1936, escribía BERNAL el siguiente comentario que justifica lo que acabamos de decir: "Si el delito se concreta en una clara incompatibilidad entre el interés particular del funcionario y aquel público de la administración, es necesario precisar el momento en que surge esa incompatibilidad; o mejor, se puede presentar la confusión del interés particular con el público"⁴. Es que la tipicidad contenida en el art. 167 del Código de 1936, que es semejante y concordante con la del 145 actual, se refiere a la violación fáctica de incompatibilidades en la contratación, y por ende cabe en el nuevo tipo del 144, resultando inútil esta que estamos estudiando.

Sostiene la Corte Suprema que la figura típica contenida en el art. 145 del Código Penal de 1980 permite separar el instrumento u órgano del Estado, de la apetencia personal o "interés" del servidor público: "la razón de ser de este dispositivo penal radica en la necesidad, por parte del Estado, de mantener la función administrativa dentro de los moldes de corrección básica, atendida de manera fiel, sin que el interés particular del funcionario llegue a opacar la rectitud que debe implicar ese ejercicio"⁵.

Reiteremos nuestro criterio: se trata de un "interés" con proyección fenoménica, de tal manera que no quede descrito en el art. 144 *ibídem*, porque como mera idea o apetencia del ánimo le faltará "cosidad" para considerarlo un hecho reprochable. El dilema que plantea sigue siendo serio.

Sección III. *Inobservancia de los requisitos legales para contratar*

1. LA NORMA

Art. 146. *Contrato sin cumplimiento de requisitos legales.* El empleado oficial que por razón del ejercicio de sus funciones y con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o lo celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de un mil a cien mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cinco (5) años. (Modificado por el art. 1° del decreto 141 de 1980).

⁴ BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 146.

(Adicionado con el art. 32 de la ley 190 de 1995 cuyo texto dice: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10), a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

Ley 80 de 1993, art. 57: "El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales".

2. SU ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Señalados por las palabras *empleado oficial* y su concreción en el art. 63, ibídem.

b) *Abuso de poder*: Indicado por la frase "por razón del ejercicio de sus funciones".

c) *Acción descrita*: Señalada por el verbo *tramitar*, que en su más obvio sentido abarca el de los verbos *celebrar* y *liquidar* referido a los contratos con el Estado.

Hay una subjetividad en el tipo descrito señalada por la expresión "con propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero".

3. ANÁLISIS DE ESTA ESTRUCTURA

Definitivamente, los tres modelos típicos del capítulo sobre contratación indebida en el Código de 1980, se refieren a una misma situación conflictiva de intereses del empleado oficial y su incompatibilidad para contratar con el Estado o la incapacidad de contratar con quien es inhábil para hacerlo. El art. 146 que analizamos aquí, contempla el caso de que el empleado oficial tramite, celebre o liquide un contrato en ejercicio de sus funciones oficiales, por decirlo así, para beneficiarse a sí mismo o a un tercero, cualquiera que este sea. Pues si lo hace, obvia y claramente viola el régimen legal de *incompatibilidades* o *inhabilidades* con su intervención, por cuanto no observa los requisitos legales esenciales para tal contratación, pues se burló del régimen de incompatibilidades e inhabilidades de la ley 80 de 1993, y es muy claro que este hecho estaba estructurado en el art. 144 tantas veces citado en este comentario.

Es que si debe intervenir "por razón del ejercicio de sus funciones" en la tramitación o celebración o liquidación de un contrato, y deja de observar los requisitos relativos a su incompatibilidad para autobeneficiarse, o deja de observarlos en cuanto a la incapacidad de contratar con un tercero que está inhabilitado para ello, está incluyendo su acción en la descripción del art. 144, y es, al propio tiempo, la del 146. Inútil repetición con una penalidad más grave, que la hace inaplicable frente a la anterior. Porque siempre que la tipicidad

incluya en su redacción gramatical del hecho las palabras "el empleado oficial" y a continuación estas otras: "con propósito de obtener un provecho ilícito para sí", referido a la celebración de contratos con el Estado, se está hablando de un caso de *incompatibilidad* y este régimen penal quedó estructurado y muy completo en el art. 144, por lo cual sobra en los arts. 145 y 146.

Podría referirse al caso de que el empleado oficial en ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para un tercero, exclusivamente, tramite o celebre o liquide un contrato con el Estado, con violación de los requisitos esenciales para ello, y entonces distinguiríamos: si este tercero se encuentra en los casos de *inhabilidad* de que tratan los arts. 8º y 9º de la ley 80 de 1993, también sería un hecho estructurado en el tipo del art. 144 para el empleado que tal hiciere. La norma del art. 146 resulta aplicable, exclusivamente, al caso del empleado oficial que interviniendo en ejercicio de sus funciones y para beneficio de un tercero, de modo exclusivo, tramite, celebre o liquide un contrato con el Estado sin cumplir los demás requisitos esenciales o su formalización, diferentes al régimen de inhabilidades, como serían los fiscales estipulados por los arts. 11 y ss. de la ley 80 de 1993, a saber: a) licitación o concurso de méritos; b) aprobación y registro presupuestal; c) constitución y aprobación de garantías; d) concepto del consejo de ministros; e) firma del presidente de la república y revisión por el Consejo de Estado; f) publicación en el *Diario Oficial*. Hay otros requisitos que también los consideramos esenciales para su validez: que debe constar por escrito, que deben cubrirse impuestos de timbre, incluirse cláusulas sobre su caducidad, multas penal y pecuniaria y renuncia a reclamación diplomática, en su caso.

No sobraría repetir, como lo hace BERNAL PINZÓN, que si un empleado público acepta una retribución o la promesa de ella, para intervenir funcionalmente en la celebración, tramitación o liquidación ilícita en un contrato, así no lo realice, cometerá, sin embargo, un cohecho según la descripción típica del art. 141 arriba comentado⁵.

4. ANTIJURIDICIDAD

Choca contra la equidad con que deben ser manejados los actos de la administración pública, que sus agentes admitan o patrocinen una contratación que viole la reglamentación, obvia por cierto, sobre inhabilidades e incompatibilidades de sus propios funcionarios. Igual cosa si el contrato aprovecha al mismo empleado oficial que lo tramita o a sus allegados, o si para hacerlo no observó los requisitos esenciales a su existencia y validez. La agresión está dirigida al buen nombre de la administración y por tanto repercute en su patrimonio ético.

El art. 145 sobre el interés indebido en la celebración de un contrato, parece haber sido extractado del art. 324 del Código de Rocco. En su texto aparece claramente lo antijurídico del hecho, puesto que el empleado oficial demuestra con su acción un interés privado o egoísta en los actos correspondientes a sus propias funciones.

⁵ BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 148.

5. EXCLUSIÓN DE LO ANTIJURÍDICO

No existe posibilidad alguna de que una contratación indebida, desde que se adecue a una de sus tipicidades, pueda justificarse. No vemos cómo la "necesidad de proteger un derecho propio" pueda justificar un fraude contractual al Estado que el propio actor representa.

6. CULPABILIDAD

Son delitos *dolosos* en donde, lógicamente, no cabe la *culpa*. Es dolo suficiente el conocimiento que tiene el autor de sus propias inhabilidades o de las incompatibilidades del contratista, a pesar de lo cual quiere la celebración del contrato. Conocimiento de la circunstancia que inhabilite o inhibe, o de los trámites que no se observan al realizar el hecho, no quiere decir que el autor se proponga un fin lucrativo, ni menos que este beneficio se haga indispensable para su consumación.

7. TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSOS

La *tentativa* no cabe, debido a que los trámites de una contratación con el Estado tienen diversas etapas y en cualquier momento en que el empleado oficial *intervenga* lo agota. Igual sucede si se trata de *interés ilícito* en un contrato, pues el primer acto de acción interesada que haga, lo consuma. Del mismo modo si contrata sin observar los requisitos esenciales a su existencia o validez, porque el primer acto de *intervención* en ellos completa el delito.

El particular podría ser partícipe, no autor, según la redacción de la tipicidad en estos tres modelos típicos de *contratación indebida*. Lo cierto es que se cualificó al autor con el título de *servidor público* y que la persona con quien tramite o celebre un contrato ilegal, es un particular que interviene como aspirante al contrato, no en funciones oficiales, y por esto no está señalado como posible coautor. Como se hizo con el cohecho activo, si se cualifica al autor con el título funcional, se debería incluir una tipicidad para el particular, similar al art. 143 con este delito. Pero la falta de una norma típica que haga coautor del contrato ilícito al particular con quien se contrata o a quien se favorece, se suple haciéndolo cómplice del autor.

Concurso con otros delitos es no solamente posible, sino usual. En la práctica va acompañado de cohecho y de falsedad documental. Veremos cómo ocurre ahora que se elevó a la categoría de delito.

A propósito, el delito de *contratación indebida* se consuma con la contratación misma, sin que en su estructura intervenga la oferta o aceptación de dádivas, o promesas de ello. Si las hay, obviamente concursan un *cohecho* con una *contratación indebida*.

CAPÍTULO V

DEL TRÁFICO DE INFLUENCIAS

1. LA NORMA

Art. 147. *Tráfico de influencias para obtener favor de servidor público. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 25.* El que invocando influencias reales o simuladas, reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero o dádiva, con el fin de obtener cualquier beneficio de parte del servidor público en asunto que este se encuentre conociendo o haya conocido o haya de conocer, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, o interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

2. LA NORMA ANTERIOR

Dice el art. 198 del Código de 1936:

El que reciba o haga dar o prometer para sí o para un tercero, dinero u otro provecho indebido, con el fin de obtener favor de la autoridad que esté conociendo de algún asunto, o de un testigo, perito o intérprete, invocando las influencias reales o simuladas que ante ellos pueda desarrollar, incurrirá en arresto de quince días a un año y en multa de cincuenta a tres mil pesos.

3. ESTRUCTURA

a) *Acción descrita*: Señalada por el verbo *invocar*, referido a influencias reales o simuladas que el autor tiene con el *servidor público*, a cambio de las cuales se hace dar o prometer dinero o dádiva de un tercero interesado en ello.

b) *Subjetividad del tipo*: La acción descrita tiene un elemento subjetivo exigido por la norma, al decir "con el fin de obtener cualquier beneficio" del servidor público.

4. NOCIONES GENERALES

La norma fue propuesta a la comisión redactora del Código de 1936 por el maestro ESCALLÓN y ubicada en el capítulo de las "Colusiones" como un de-

lito contra la administración de justicia. Severas críticas a su ubicación recibió la norma de ese Código, puesto que la *venta de humo* debe cobijar por igual a los empleados de la justicia, como a quienes venden influencias con las demás ramas del poder público, en especial con la ejecutiva, donde quizá sea más frecuente¹.

Dada su ubicación como una de las *colusiones*, el doctor PACHECO OSORIO advertía, con sobrada razón, que el sujeto activo de este tipo delictivo es cualificado y que tal calidad exigida implícitamente en su tipicidad, era la de que dicho sujeto fuera un *apoderado* o *consejero* en ejercicio de la profesión de abogacía, pues se trataba de vender *influencias* ante los jueces y con ofensa a la justicia colombiana². En la colocación dada en este Código, la ofensa es a la administración pública, pues objetos de la venta son todos los empleados oficiales, incluyendo los que administran justicia, y, por lo tanto, autor es cualquier persona.

Según escribe GOLDSTEIN, este delito tiene origen en un suceso en época de Alejandro Severo, uno de cuyos amigos vendía privilegios e influencias con el emperador. Este le condenó a morir ahogado por el humo, de donde se le conoció con el nombre de *venta de humo* (*vendita di fumo* según escribió CARRARA)³. En realidad, el ejemplo es un acierto, puesto que quien vende influencias no vende cosa alguna.

En lo que respecta a nuestra codificación, el de 1936 parece haberlo tomado de sus antecedentes en el Código de Rocco, en cuyo art. 346 se encuentra tipificado como delito contra la administración pública.

5. TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y COHECHO

Debido a la descripción típica con que se estructura el tráfico de influencias, hay similitud con el cohecho, delito del cual debe diferenciarse. Mientras que en el cohecho el *interesado* compra la función pública que el empleado oficial realiza, y este, a su vez, la vende pactando un precio por ella, en el tráfico de influencias hay un tercero que media entre ambos, ofreciendo sus influencias, reales o supuestas, que dice tener ante el empleado a quien pretende corromper.

El texto del art. 25 de la ley 190 de 1995 mantiene la misma descripción típica del viejo art. 147, con pequeñas salvedades: una, que en la frase que destaca el elemento subjetivo se cambia el adjetivo "por favor" por "benefi-

¹ FRANCESCO CARRARA, *Opúsculos...*, cita de JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 388; LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, t. I, 1ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 331; ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Doctrina y jurisprudencia, t. I, Medellín, Publicaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana, 1949, pág. 195; ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios al Código Penal*, t. I, Bogotá, Edit. ABC, 1960, pág. 179.

² PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 326.

³ RAÚL GOLDSTEIN, *Diccionario Omeba*, Buenos Aires, 1962, pág. 466; CARRARA, *Opúsculos...*, cita de BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 388.

cio"; otra, que se suprime al "testigo" como susceptible de ser influenciado por el autor, quizás porque resulta innecesario en presencia de otros delitos, como el de *soborno* que tipifica el art. 174.

En el *cohecho* el autor es el particular *interesado* en comprar la función, en tanto que en el *tráfico* lo es el *mediador* o *traficante en influencias*. Pero en ambos lo que se compra y vende es la función. En ambos hay un comprador: el *interesado*; y un vendedor: el *empleado oficial* (en el *cohecho*) y el *traficante* (en el *tráfico*). En ambos hay un acuerdo sobre el precio que se pagará: al *vendedor de influencias*, en el segundo, o al empleado oficial directamente, en el primero.

Aparece así dibujada su naturaleza contractual, en ambos tipos de delitos. Cohecho —a lo menos en sus modalidades pasivas— y tráfico de influencias son plurisubjetivos, porque solamente el acuerdo de dos personas los agota: el vendedor de influencias y el comprador de la función se pondrán de acuerdo en un precio sobre lo que el *interesado* pretende, que *es el favor del empleado oficial* ante quien influirá el *traficante*. Y este acordará con el *interesado* su influencia ante el *empleado oficial* para que este haga real ese *beneficio* al *interesado* que lo paga. Es la misma cosa que ocurre con el cohecho: el empleado oficial acuerda un precio con el interesado, sin mediador alguno, y este paga por el *favor* de su función. Obviamente que cuando el art. 147 que estudiamos habla de "con el fin de obtener un favor de un empleado [oficial] que esté conociendo o haya de conocer de un asunto...", se refiere al empleado oficial que en ejercicio de sus funciones pueda *favorecerlo* mediante la intervención del *traficante*. Por consiguiente concluyamos: el *tráfico de influencias* es tipo plurisubjetivo y por lo tanto son coautores del *tráfico* el mediador o *traficante* tanto como el *interesado* que por conducto suyo compra la función del *empleado oficial*, quien bien puede ser ajeno a este pacto. Cohecho y tráfico se agotan en un pacto o acuerdo con objeto y causa ilícitos: el primero dentro de la administración pública, puesto que uno de los contratantes es el propio empleado oficial. El segundo fuera de ella, pero en detrimento necesario de la administración pública.

6. ANÁLISIS DE ESTA ESTRUCTURA

El delito se agotará en el momento en que haya un pacto o convenio entre el tercero *interesado* en el favor del empleado oficial o del testigo, y el *traficante* que mediará ante estos con sus reales o supuestas *influencias*. Por esto dijimos que el verbo rector del tipo está en *invocar*, entendido como convenir o acordar ambos sobre la venta de influencias. Los verbos *recibir*, *hacerse dar* o *prometer* forman parte del predicado de la oración típica y señalan el objeto material de este delito, que es lo que pretende el *traficante* al vender sus influencias, y a su vez es el pago que hace el interesado para obtener el *beneficio* del empleado oficial o del testigo.

Recibir o *hacerse dar* son verbos que expresan ideas similares. Quizá lo que se quiso decir con la primera, a diferencia de la segunda, fue que el dinero

o la dádiva la puede recibir personalmente el traficante o hacérsela entregar a un tercero, quien resultaría un cómplice, y de todos modos no desvirtuaría el convenio o pacto indebido entre el *traficante* y el *interesado* para comprar una función, mediante su *influencia*. Es que el *tráfico* es como un *cohecho* en donde se metió un intermediario y, desde luego, antes de *contar* con el funcionario cuya función se pretende.

Dinero como dádiva y utilidad son valores ya analizados atrás al tratar del *cohecho* y de la *concusión*. En cuanto al *tráfico de influencias*, es bueno tener presente que el pacto o convenio de voluntades entre quien da u ofrece la dádiva y el traficante que ofrece su influencia, es el elemento volitivo que agota el delito, y está exigido en su tipicidad. No basta la sola oferta de influencias no aceptada por el interesado, pues el tipo dice que el *traficante* se hará dar o recibirá o se hará prometer la dádiva del *interesado*, lo que supone acuerdo en lo que pretende vender y este comprar: la función para obtener el favor del empleado oficial. Y es obvio que el tercero interesado, y coautor del *tráfico*, solamente dará u ofrecerá el dinero o la dádiva, si ya acordó con el *traficante* la compraventa de su influencia ante el funcionario.

Asimismo, es necesario aclarar que la *influencia* que se vende puede ser *simulada*, pero indispensablemente el pacto debe ser real. Esto es: que el *interesado* en dicha influencia, sí debe querer un *favor* de parte de un empleado oficial realmente existente. Solo siendo verdaderamente *influenciable* el empleado oficial, habrá un verdadero pacto ilícito que agota el *tráfico de influencias*. Lo que puede ser *simulado* es la influencia sobre ellos, pero no la existencia de las personas influenciables, porque en este último caso, sería una simple *estafa* si con ello el falso traficante obtuvo un lucro inmoral.

Lo que vende el *traficante* es su *influencia* ante el empleado oficial, cuyos favores necesita el *interesado*. *Influir*, dice la Academia de la Lengua, es ejercer una persona predominio o fuerza moral en el ánimo de otra. Lo que vende, pues, es el *prestigio* o preponderancia que dice tener frente al empleado oficial, haciendo uso del cual podrá obtener funciones o testificación favorables al interesado que lo paga. Ofrece su prestigio frente al empleado, no la función de este, con quien ni siquiera puede haber contado previamente, puesto que el tipo advierte que se puede vender una *influencia* inexistente ante un funcionario real. El *traficante* vende prestigio, pero el *interesado* compra *influencia* real ante un empleado oficial existente, y, según advierte su tipicidad, compra el resultado de su función, pues su finalidad al pagar, será la de obtener el *beneficio de esa función*. Se agota en el pacto con el traficante, pero en la finalidad del interesado está la corrupción del funcionario o el soborno del testigo. Para eso paga al traficante, como es obvio. Lógicamente que la corrupción aún no ha ocurrido, ni el soborno. Por eso hablamos de un convenio ilícito entre el *traficante* y el *interesado* y no de cohecho o de soborno. Si la corrupción hubiera sido acordada con el funcionario mismo, antes del pacto con el interesado, el mediador o traficante sería cómplice del cohecho, sin duda alguna, en su caso.

Ahora bien, si el convenio entre el funcionario y el traficante ocurre en realidad, pero después del convenio con el interesado, es obvio que ocurrirán tráfico de influencias para sus coautores esenciales, y cohecho para el funcionario, con la concurrencia de los autores del tráfico. Es que son delitos ocurridos en momentos distantes entre sí, en el tiempo de su ejecución y agotamiento. Un pacto entre interesado y traficante sobre la influencia ante el funcionario, agota el tráfico. Tiempo más tarde, un pacto entre el autor de un tráfico anterior y el empleado que vende su función, agotará un cohecho entre ellos. Son delitos instantáneos y sus momentos de ejecución, para emplear el insuperable lenguaje de los clásicos, no se mezclan entre sí, en momento alguno.

De igual modo, si ocurre, como supone BERNAL, que el traficante vendió una influencia que realmente no tiene, ante un empleado que realmente semiexiste y el interesado compró la influencia para obtener de este los *favores* de su función, no habrá *estafa* porque el interesado agotó en su convenio con el traficante su propio delito de corrupción anticipada, que en este tipo se denomina *tráfico de influencias*.

En la tipicidad descrita hay una subjetividad señalada con las palabras "con el fin de obtener favor de un empleado que esté conociendo o haya de conocer de un asunto". Dijimos que buscar la favorabilidad del servidor público, es la causa para que el interesado pacte y pague o prometa pago al traficante, aunque este *beneficio* no se consiga en la vida real. El pacto con esa finalidad se agota, sin esperar el resultado en la vida de relación, con lo cual es delito de mera conducta.

CAPÍTULO VI

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Sección I. *Enriquecimiento ilícito*

1. LA NORMA

Art. 148. *Enriquecimiento ilícito*. El empleado oficial que por razón de su cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años, multa de veinte mil a dos millones de pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de dos (2) a diez (10) años.

En la misma pena incurrirá la persona interpuesta para disimular el incremento patrimonial no justificado.

(El inciso tercero de este artículo fue declarado inexecutable por sentencia de Sala plena de la Corte Suprema de Justicia con fecha diciembre 5 de 1982).

La pena de que trata el delito previsto en el artículo 148 del Código Penal, será de dos (2) a ocho (8) años de prisión, multa equivalente al valor del enriquecimiento e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

2. ANTECEDENTES

Esta figura aparece redactada por primera vez en anteproyecto de Código Penal de 1974 en el artículo 171 así:

"*Enriquecimiento ilícito*. El funcionario o empleado público o el trabajador oficial que obtenga, para sí o para un tercero, incremento patrimonial no justificado durante el ejercicio de su cargo..."¹.

El artículo proyectado formaba parte del capítulo sobre "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas" y había sido extraído del artículo 268 (2) de la codificación penal de la república Argentina, cuyo texto tomamos de RICARDO LEVENE (h) y que dice así:

"Será reprimido con reclusión de dos a seis años e inhabilitación absoluta de tres a diez años, el que debidamente requerido no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, posterior a la asunción de un cargo o empleo público (...). La per-

¹ *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1974, acta 82.

sona interpuesta para disimular su enriquecimiento será reprimida con prisión de uno a cuatro años"².

En cambio la comisión redactora del anteproyecto de 1976 complicó la figura típica llenándola de situaciones disímiles de tal manera que la hizo confusa y habría sido inaplicable. Así decía su artículo 179:

"El empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo, obtenga para sí o para un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos, por razón de su cargo o de la influencia derivada del mismo, y siempre que el hecho no constituya otro delito".

"Se presume que se encuentra en el caso previsto en el inciso anterior, el empleado oficial que durante el ejercicio de su cargo o en los dos años siguientes a la dejación del mismo obtuviere para sí o para un tercero incremento patrimonial no justificado, o hiciere gastos que no guarden proporción con sus ingresos lícitos"³.

La norma propuesta por el dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ mezclaba indebidamente figuras que encajan con los cohechos y otras con el tráfico de influencias, e inclusive llega a la presunción del delito, lo que habría sido claramente inconstitucional, aun frente a la Constitución de 1886.

El anteproyecto de 1978 conservó en el art. 183 el mismo texto redactado en 1976 con lo que reiteró sus defectos; no obstante en la exposición de motivos se subrayó la importancia de establecer esta figura típica ante el notorio incremento del deterioro de la moral administrativa⁴.

El texto del actual art. 148 del Código Penal salió de la llamada "Comisión Asesora Final" designada por el gobierno nacional en virtud de precisas facultades extraordinarias recibidas de la ley 5ª de 1978. Con relación a los alcances esperados de esta norma dijo el senador FEDERICO ESTRADA VÉLEZ: "Aunque no será por sí solo suficiente para sanear las costumbres políticas y administrativas, sí constituye un poderoso instrumento de lucha por el saneamiento de la administración pública, que aplicado con criterio rígido, dentro del marco de unas instituciones penales de origen democrático, producirá óptimos resultados"⁵.

No obstante y teniendo en cuenta el estado de descomposición por el que atravesamos, el gobierno nacional erigió en hecho típico el "enriquecimiento ilícito de particulares" por medio del decreto legislativo 1895 de 1989, artículo primero, que fue adoptado como "legislación permanente" por medio del decreto 2266 de 1991, art. 10, dictado de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8º transitorio de la Constitución de 1991.

La importancia de las figuras típicas aludidas la relieván las siguientes palabras de la Corte Suprema: "Ante la frecuencia del enriquecimiento econó-

² RICARDO LEVENE (h), *Manual de derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Editorial Víctor de Zavalla, 1976, pág. 559.

³ *Anteproyecto de Código Penal*, Edición oficial, Ministerio de Justicia, Fondo Rotatorio, Bogotá, 1976.

⁴ *Proyecto de ley 12 de 1978*, Edición del Ministerio de Justicia, Fondo Rotatorio, Bogotá, 1978.

⁵ *Proyecto de Código Penal*, Comisión Asesora Final, Parte especial, volumen II, Bogotá, Editorial Pequeño Foro, 1981, acta número 18.

mico, considerable e inexplicado de algunos funcionarios y empleados públicos se fue formando en el seno social la conciencia de que era necesario y conveniente tipificar como ilícito penal esta conducta no prevista en el Código Penal de 1936 (ley 95). Varios proyectos que acogían esta tendencia fueron presentados al Congreso de la República, pero desgraciadamente, ninguno de ellos alcanzó a culminar con éxito su itinerario. Solo al entrar en vigencia el Código Penal actual, pudo satisfacerse este anhelo"⁶.

3. OBJETO DE LA TUTELA PENAL

A nuestro ver las figuras aludidas que sobre "enriquecimiento ilícito" tipifican las normas penales en vigencia, no pretenden tutelar "el tesoro público", ni el "erario público", como inacertadamente dicen el art. 34 de la Constitución de 1991 y la Corte Suprema de Justicia⁷, porque este se halla protegido por los tipos subordinantes como los de peculado, o los de cohecho o la concusión. Lo que se pretende tutelar es la moral pública, que es también importante patrimonio del Estado. Decía al respecto SEBASTIÁN SOLER en la Comisión redactora del Código Penal Tipo para América Latina, que la moralidad del empleado público es un deber inherente a su investidura y a las funciones que con ella tiene, lo que resulta bueno recordar en estas épocas, porque de ello depende la excelencia de nuestra dignidad en la administración pública.

4. LA ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: señalados con las palabras "empleado oficial"; hoy tienen un alcance irrefutable porque el art. 123 de la Constitución lo hizo extensivo a todo servidor público en todas las ramas y en toda jerarquía.

b) *Abuso de poder*: en sus dos formas, como abuso funcional y como acto extralimitado, señalado con las palabras "por razón del cargo o de sus funciones".

c) *Acción descrita*: señalada con la frase verbal "obtenga incremento" referido al hecho de aumentar su patrimonio económico, complementada con la circunstancia de modo "no justificado", que es un complemento del predicado oracional de este tipo que constituye un elemento normativo, y que suele confundirse con el choque antijurídico. Si antijuridicidad es el choque o colisión o controversia entre un hecho tipificado por la ley penal y un derecho protegido por ella, como se desprende del art. 4° del Código Penal, lo antijurídico del "enriquecimiento ilícito" es el daño moral que se causa a la administración pública, porque eso es lo que se lesiona o pone en peligro. Las palabras "no justificado", se refieren a lo punible del "enriquecerse ilícitamente", esto es, "por razón del cargo o de sus funciones" en forma ajena al sueldo o remuneración

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, casación de noviembre 21 de 1990. *Jurisprudencia Penal*, segundo semestre, Medellín, Editora Jurídica de Colombia, págs. 411/412.

⁷ Sala penal, sentencia de 8 de diciembre de 1982, Publicación de *Foro Colombiano*, núm. 220, pág. 110.

oficial que recibe. Por eso hemos dicho que constituyen un complemento normativo en la oración típica y no señalan su antijuridicidad.

d) *Subsidiariedad*: se advierte en esta norma que el hecho es punible "siempre que (...) no constituya otro delito", con lo que se lo señala como figura subsidiaria de otras que aparecen en este mismo título con otras denominaciones.

5. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA

En tanto que el art. 148 del Código Penal señala como sujetos activos a los "empleados oficiales", el art. 63 del mismo Código Penal extendía esta denominación y, por tanto su tipicidad, a otro tipo de empleados del sector oficial. La Constitución de 1991 en el citado art. 123 abarca toda función en todo sector público, cuando emplea las palabras "servidor público". No hay duda, son sujetos activos del "enriquecimiento ilícito" todos los servidores del Estado, sea nación, departamento o municipio, en cualquiera de las tres ramas del poder público y en cualquier renglón jerárquico donde trabaje. Y lo son cuando el incremento patrimonial económico sea efecto causado por razón del cargo público o por el ejercicio de empleo oficial, no importa si se recibe hallándose en dicho ejercicio o cargo públicos, o después de haber hecho "dejación del mismo", como innecesariamente advertían las figuras propuestas en los anteproyectos de 1976 y 1978, porque las palabras "por razón del cargo o de sus funciones" lo dicen claramente.

Dos bases tiene esta tipicidad sobre las cuales descansa lo punible del hecho: que haya un enriquecimiento real y no presuntivo, como exigía SOLER, lo que deberá mostrarse con los hechos, y su "no justificación" que es la *ratio essendi* de su punibilidad. La primera supone la evidenciación del incremento patrimonial; la segunda su aparición en el patrimonio del servidor público, no como consecuencia lógica de sus ingresos lícitos, como serían los sueldos oficiales, o la rentabilidad que le produce un patrimonio adquirido legalmente, sino devenido por razón de su cargo o de sus funciones.

Lo cierto es que todo incremento patrimonial de cualquier clase tiene unas raíces que se sumergen en los negocios que le antecedieron y se explica según una mecánica financiera. Por eso el "enriquecimiento" es evidenciable en toda ocasión: al tiempo que el investigador establece su aparición en el patrimonio del investigado, está hallando sus orígenes, y si este está en el ejercicio del cargo público o por razón de sus funciones, no correspondiente a su salario o renta de su patrimonio lícito, será "no justificado". Pero lo antijurídico del hecho es el enfrentamiento con el "derecho tutelado" que es la moral en la administración pública. Repetimos que con la punición del "enriquecimiento ilícito" no se tutela el patrimonio económico del Estado, porque si se demostrase que el "enriquecido ilícitamente" lesionó bienes del Estado, cometería *peculado*; y si se demuestra que los recibió del particular por corrupto o por extorsionador, sería *cohecho* o *concusión*. Luego se tutela la moral pública y en ello radica su antijuridicidad.

Incrementar dice el diccionario de la Real Academia del idioma español, es un verbo que significa aumentar o acrecentar algo; *enriquecer*, dice la misma, es incrementar un patrimonio, por lo que el significado de los dos verbos complementan el sentido de la figura típica: el incremento patrimonial enriquece al servidor público, y este enriquecimiento no se justifica porque proviene del ejercicio de su cargo o de sus funciones, no por el salario correspondiente, ni como renta de patrimonio legalmente adquirido. El incremento se cuantifica teniendo como base el patrimonio que debe aparecer al declarar renta*.

En relación con la cuantía mínima de lo punible, en tanto que en la legislación argentina se introduce el calificativo de "apreciable", en la nuestra no se introdujo límite. Cualquier cantidad en que se incrementa es punible.

La consecuencia de una sentencia condenatoria por el delito de "enriquecimiento ilícito" es la extinción del derecho de dominio sobre bienes adquiridos mediante el incremento patrimonial no justificado, según disponen los arts. 34 de la Constitución Política y 340 del Código de Procedimiento Penal vigente. Por tratarse de una disposición constitucional, la extinción del derecho de propiedad indicada es competencia del juez penal que dictó la sentencia condenatoria por el delito porque es parte de la pena imponible.

Para concluir este capítulo, es necesario advertir que el destinatario del incremento patrimonial no justificado puede ser una tercera persona; ello no importa para la estructura del hecho típico, porque el patrimonio de esta persona se incrementó por razón del cargo o de las funciones del servidor público, a quien disimula, según el texto del inciso segundo del art. 148. En estos casos deberá demostrarse que ese patrimonio se incrementó como consecuencia del cargo público o funciones del servidor público acusado, y no por actividades propias del titular del mismo.

6. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO DE PARTICULARES

Decreto 1895 de 1989, art. 1º. "El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado".

(Adoptado como legislación permanente por el decreto 2266 de 1991, art. 10, dictado conforme dispuso el art. 8º transitorio de la Constitución).

En tanto que el "enriquecimiento ilícito" tipificado en el art. 148 del Código Penal es un delito contra la administración pública que lesiona su patrimonio moral, el "enriquecimiento ilícito de particulares" fue dictado como una de las medidas tendientes al restablecimiento del orden público turbado, entre otras causas, por el narcotráfico; a esta esfera lo circunscribió la Corte

* El decreto 3074 de 1968, art. 1º, dispuso que todo servidor público está en la obligación de presentar su declaración de renta al tomar posesión de su cargos, y remitir a la Procuraduría la correspondiente declaración de renta anual, a más tardar en los 15 días siguientes a la fecha de su presentación.

cuando en referencia a su texto dijo que "para definir su verdadero alcance, debe atenderse al fin buscado por el legislador de excepción al dictar estas disposiciones y las complementarias, de otros órdenes (...) todas ellas encaminadas a enfrentar la acción de la delincuencia organizada vinculada al tráfico de estupefacientes, lo cual permite delimitar el marco de aplicación a sus preceptos⁹.

No obstante la Constitución de 1991 suprimió el "estado de sitio" y los decretos legislativos se convirtieron, en su mayor parte, en legislación permanente, por virtud de la facultad otorgada en este sentido por su art. 8° transitorio al presidente de la república. De tal modo que cuando el art. 10 del decreto 2266 de 1991 lo adopta como tal, su contenido punitivo ya no se puede circunscribir a los motivos que se tuvo para darle vida, sino que se ha aprobado como una medida permanente para hacer frente a toda acción delincuencia que azote al país. La interpretación genérica "derivado en una u otra forma de actividades delictivas" no solo miran en el momento de su adopción a las razones de zozobra existentes en 1989 cuando fue dictado por primera vez, sino a la criminalidad generalizada de estos días. Así que cualquier persona particular que incremente su patrimonio en forma directa o indirecta derivada de actividades delictivas propias o ajenas, comete "enriquecimiento ilícito de particulares" aunque estas no sean propiamente delito de narcotráfico ni sus conexos. Al incluirse en la legislación penal permanente se pretendió tutelar "el orden económico y social" del que trata el título VII del libro II del Código Penal, por lo que debería formar parte de este, porque lo que se protege es la moral colectiva.

Como quiera que la sintaxis con que fue redactado este tipo corresponde casi integralmente a la que tenía el art. 148 del Código Penal, al análisis de su estructura nos remitimos.

7. LA REFORMA QUE SE HA PROPUESTO AL CONGRESO

Desde su inclusión en el decreto-ley 100 de 1980, que es nuestro Código Penal, la figura típica del enriquecimiento ilícito aparece en el art. 148 cimentada sobre cuatro elementos compositivos que la presentan como un delito contra el patrimonio moral o ético, que no económico como cree la Corte Suprema; estos son:

- a) el abuso de poder, tanto funcional como por acto extralimitado, porque su autor es sujeto cualificado por el cargo público;
- b) la acción indicada con la frase verbal "obtenga incremento patrimonial" como consecuencia del abuso de poder;
- c) la circunstancia de modo indicada con las palabras "no justificado" lo que no indica una presunción, sino el enlace financiero entre un capital y sus intereses o réditos, según la lógica financiera que gobierna los negocios.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala plena, sentencia de exequibilidad de octubre 3 de 1989.

d) la subsidiariedad indicada con las palabras: "siempre que ... no constituya otro delito...".

Por otra parte, el enriquecimiento ilícito de particular se adoptó por medio del decreto-legislativo 1895 de 1989 que fue convertido en "legislación permanente" por medio del decreto especial 2266 de 1991 dictado conforme facultó el art. 8º transitorio de la Constitución. Se integra por los mismos elementos, salvo dos de ellos que sufren modificaciones de interés:

a) los sujetos activos no son cualificados, pudiendo por tanto cometerse por cualquier persona, lo que se señala con el pronombre relativo del singular, en tercera persona "el que";

b) en consecuencia no hay abuso de poder, como escenario dentro del cual se comete el delito, pero sí una circunstancia de modo que lo suple: "derivado, en una forma u otra, de actividades delictivas", y se diría que con el adjetivo "delictivas" se señala un elemento normativo, que obliga a calificar la fuente originaria de este incremento patrimonial como "delictiva".

Ninguno de los dos elementos en cuestión modifica sustancialmente la figura básica o rectora de enriquecimiento ilícito, por lo que el reproche se hará siempre por ser "injustificado".

El enriquecimiento ilícito es demostrable en todos sus elementos: el "incremento patrimonial" tomando como base para la investigación financiera del sujeto activo acusado, el patrimonio demostrado al tomar posesión de un cargo público, por medio de sus declaraciones de renta a la administración de hacienda; igual cosa puede decirse de un particular; su "no justificación" demostrando que su causa u origen no corresponde al enlace lógico con que se producen los negocios y se manejan las finanzas en una persona como el acusado. Un patrimonio adecuadamente manejado debe producir réditos que, exageradamente, llegarán a ciertos límites. Pero desbordado este, su causa no estará en ese patrimonio mismo, sino en otro origen que, para el caso del servidor público, será "por razón de su cargo o de sus funciones": se enriqueció como funcionario y por serlo, y para el particular "derivado en una forma u otra de actividades delictivas" de los demás con quienes se relaciona. Si un servidor público o un particular, aparecen con incrementos notorios y comprobados, desde cierto tiempo y, según sus declaraciones de renta y patrimonio demostrado, este no es capaz de explicarlo como rédito producido por el mismo, tampoco ha ganado más allá de sus sueldos y los de su familia, no hay loterías o herencias que lo beneficiaran, el incremento es "no justificado" que es tanto como "inmoral" o "antiético", que es lo mismo que *ilícito*, lo cual no es presumirlo.

Empero, a pesar de lo anterior, se ha presentado a la consideración del Congreso de la República un proyecto de ley que reformaría las figuras típicas de enriquecimiento ilícito al extremo de hacerlas inoperantes. Es el proyecto 143 de 1994 cuyo tenor literal pertinente propone no punirlos como delitos autónomos, sino como *apéndice* de la comprobación y sanción de otros delitos contra la administración pública, como el peculado, la concusión o el co-

hecho. Estos serían un *anticipo* del enriquecimiento ilícito, o si se quiere, este un elemento agravante de la penalidad propia de aquellos. De aprobarse una reforma así:

a) Se fusionarían en un solo tipo legal dos hechos distintos, que ofenden de modo distinto a la administración pública; inclusive que el "enriquecimiento ilícito del particular" no es una ofensa a la administración pública, sino, incluido en el Código Penal como legislación permanente que es, un delito contra "el orden económico y social", título VII del libro segundo. Convertir el "enriquecimiento ilícito" en una circunstancia de agravación punitiva del peculado o del cohecho o de la concusión o de la contratación indebida, sería desconocer ciegamente su realidad como fenómeno social.

b) Al punirse el enriquecimiento ilícito como un delito apéndice de otro como el *peculado*, por ejemplo, se habría innovado en materia penal de tal modo que en ciento cincuenta años (150) de existencia, a partir de FRANCESCO CARRARA, no ha sucedido, en ninguna legislación del mundo

c) La figura propuesta por el proyecto en cuestión permitiría punir dos veces un mismo hecho de una misma persona, una como *peculado* y otra como *enriquecimiento ilícito*, lo cual viola el art. 29 de la Constitución que dice: "Toda persona (.) tiene derecho (.) a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho". Por consiguiente debería ser declarado inexecutable.

d) Enriquecimiento ilícito y peculado o cohecho o concusión, etc., no solo son hechos distintos, que se dan en tiempos distintos, sino que tienen un nexo causal distinto producen choques antijurídicos distintos y precisan de juicios de culpabilidad distintos. Luego son delitos distintos. Fusionarlos en la forma propuesta es violar el principio universal de derecho penal consagrado por el decreto-ley 100 de 1980 en su art. 3° que dice: "La ley definirá el hecho punible de manera inequívoca".

No hay ninguna razón para poner en tela de juicio la conveniencia y justicia de la figura típica en vigencia, ni la honestidad de los jueces que la aplican.

Sección II. Utilización indebida de información privilegiada

1. LA NORMA

Art. 148A. *Utilización indebida de información privilegiada.* (Art. 27 de la ley 190 de 1995). El servidor público o el particular que como empleado o directivo o miembro de una junta u órgano de administración de cualquier entidad pública o privada que haga uso indebido de información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, con el fin de obtener para sí o para un tercero provecho, sea esta persona natural o jurídica, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años e interdicción de funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

2. ANÁLISIS DE LA FIGURA TÍPICA

La norma anterior no tiene antecedentes, ni en nuestra legislación penal, ni en los Códigos italianos de ZANARDELLI, ni el de ROCCO, carece de similar en legislaciones influyentes en la nuestra como la argentina y no existe nada parecido en el Código Penal tipo para América Latina. Tiene redacción propia y nació del Congreso de la República de 1995.

La figura se contrae a los siguientes elementos:

a. Son *sujetos activos* los "servidores públicos" y los "particulares" cualificados, los primeros por el servicio público, y los segundos por pertenecer a una junta u órgano de administración de empresa, tanto de derecho público como privado, en su calidad de empleados, directivo o miembro de dicha junta.

b. La *acción* señalada por la frase verbal: "haga uso indebido" referida al "objeto material" de este delito: "información privilegiada".

c. Hay una *circunstancia de modo* en la acción: la "información privilegiada" debe haberse obtenido "por razón o con ocasión de sus funciones", se entiende tanto para el autor del sector público como del privado.

d. Hay varios *elementos normativos*: "empleado o directivo o miembro", "junta u órgano de administración", "entidad pública o privada", "persona jurídica o natural".

e. Hay un *elemento subjetivo* en la descripción típica: "con el fin de obtener provecho para sí o para un tercero".

3. CONCLUSIONES

Es característico de los delitos contra la administración pública que los sujetos activos sean cualificados con una cualidad jurídica concreta, cual es la de ser "servidor público", señalado en la Constitución anterior como "empleado público". Esto significa que el autor debe ostentar una investidura pública y tener un grupo de funciones señaladas en el acuerdo, la ordenanza, la ley o la constitución o los reglamentos de ellas, como dice el art. 122 de la Constitución de 1991. El particular puede ser autor de uno de los delitos de este título, solo cuando la ley "extiende" su tipicidad a uno o más actos suyos expresamente descritos por la ley penal, como ocurre con el "peculado por extensión" del art. 138, o el "cohecho por dar u ofrecer" del art. 142.

Resulta incomprensible, pues, que una figura típica que se incrusta en medio del título III del libro II del Código Penal tenga autores que, indiscriminadamente, pueden ser "servidores públicos", o "particulares", en ejercicio estos de una actividad particular, como es empleado, directivo o miembro de una junta u órgano de administración de empresa particular o privada. En el peculado por extensión el objeto material del delito son "bienes", de empresas en donde el Estado tiene parte en el cohecho por dar u ofrecer, el objeto material del delito es el dinero u otra utilidad que ofrece o promete al "servidor público". Pero en la figura que se comenta el objeto del delito es simplemente

información que el rótulo con que se encabeza el tipo califica de *privilegiada* a la que se tiene acceso como directivo o empleado o miembro de junta u órgano de administración, como el socio de cualquier empresa privada en asamblea general de accionistas. ¿Cuál es el objeto material del tipo que se analiza? O para decirlo mejor, ¿qué es "información privilegiada"? Y si se recuerda que para que sea delito debe haber sido utilizada "indebidamente" el problema a resolver es aún mayor. ¿Es información secreta? ¿Es información reservada?

Habíamos dicho que no existe ninguna norma legal que permita señalar *a priori* qué cosas son "secretos" y cuáles deben guardarse bajo sanción penal, mientras la autoridad que maneja lo que debe mantenerse en "secreto" no lo señale. Tan solo encontramos el art. 74 de la Constitución actual que dice que el "secreto profesional" es "inviolable", con lo que se deja a cada profesional declarar "secreto" lo que conoce en ejercicio de su tarea profesional. El art. 238 del Código Penal tutela la reserva industrial o científica debidamente registrada, y el art. 119 del mismo Código protege el "secreto de Estado" puniendo su violación como "espionaje". El primero como "delito contra el orden económico y social" y el segundo como "delito contra la seguridad del Estado".

Entonces la "información privilegiada" no es información secreta del Estado, porque está protegido por el art. 119 como delito contra la "seguridad del Estado" que es un derecho de superior jerarquía a la "administración pública". No es información reservada de la industria o de las ciencias, inventos, nuevas aplicaciones científicas, etc., porque ello se tutela por el art. 238, como delito contra el orden económico y social. No es la utilización indebida de este mismo tipo de secreto o reserva, porque ello estaba tutelado por el art. 155 del mismo Código como "delito contra la administración pública". ¿Qué es?

Privilegio dice la Academia, es exención o ventaja de una obligación, exclusividad especial de que goza alguien, concesión de un superior por determinadas circunstancias. Entonces, si la "información privilegiada" no es un documento político, ni militar, ni económico del Estado, porque su violación es un delito de mayor jerarquía punible; ni un descubrimiento o información científico particular, porque es protegido como abuso de autoridad; ni es espionaje industrial, porque se tutela como delito contra el orden económico del Estado, la información privilegiada carece de sentido jurídico. Se diría que la figura típica descrita en el art. 148 A carece de objeto material, porque lo que se describe en la norma es equívoco, con lo que se desconoció el art. 3º del Código Penal.

Más aún, si antijuridicidad es el choque fáctico entre el derecho tutelado y el hecho típico, ¿de qué manera la información privilegiada del art. 148 A colisiona con la administración pública, especialmente si se trata de un particular en ejercicio de actividades particulares?

A nuestro entender el art. 148 A agregado al título 3º del libro 2º del Código Penal:

a) incluye en la figura típica sujetos activos impropios de los delitos contra la administración pública;

b) señala confusamente un objeto material de manera que se hace imposible saber con exactitud que es lo que pretende punir;

c) introduce en la sintaxis como elementos normativos de una figura que pretende tutelar la administración pública, elementos contradictorios con este propósito, como son "junta u órgano de administración del sector privado";

d) hace imposible inferir de la lectura de su texto cual es el choque anti-jurídico entre el "hecho punible" y un "derecho" que nada tiene que ver con las administraciones privadas de intereses privados, en las que no tiene parte el Estado.

A nuestro juicio la norma merece aclaración.

e) Según este nuevo artículo del Código Penal hay tres clases de noticias, documentos o informaciones cuya órbita de conocimiento se reduce a unos pocos: los secretos (C. P., art. 119), igualmente los científicos y los industriales (art. 155 ibídem); los reservados (científicos o industriales o comerciales, art. 238 ibídem) igualmente son reservados los contenidos en la etapa sumaria del proceso penal (investigativa, art. 321, e instructiva, art. 331 del C. de P. P.). Tal vez con el calificativo de "información privilegiada" se quiera señalar la que señalan textos de esta misma ley 190 de 1995 (arts 39 y ss. de organismos financieros a superintendencias Bancaria y de Valores; de las organizaciones públicas a la comisión ciudadana de lucha contra la corrupción, arts. 48 y ss.; o las que este cuerpo debe rendir a la administración de justicia, arts. 73 y ss.). Pero podría confundirse con los secretos que tutelan otras normas, especialmente el art. 119, y, además, la figura comentada no permite reconocerlo así.

CAPÍTULO VII

DEL PREVARICATO

Sección I. *Prevaricato por acción*

1. LA NORMA

Art. 149. *Prevaricato por acción. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 28.*
El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrarios a la ley, incurrirá en prisión de tres (3) a ocho (8) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término de la pena impuesta.

2. LA NORMA ANTERIOR

Decía el inciso 1° del art. 2° del decreto-ley 2525 de 1963, norma que subrogó al art. 168 del Código de 1936, lo siguiente:

El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas profiera dictamen, resolución, auto o sentencia contrarios a la ley, incurrirá en prisión de uno a cinco años.

La ley 190 de 1995 conservó la sintaxis de la figura anterior, con el aumento de penas indicado.

3. NOCIONES GENERALES

Enseña la Academia de la Lengua que la voz *prevaricato* se origina en el latín *praevaricatus*. Y haciendo definición castellana de esta última, dice que *prevaricar* es acción de cualquier funcionario que de una manera análoga a la prevaricación, falta a los deberes de su cargo. Por prevaricación, a su vez, entendiéndole delinquir los funcionarios cuando, a sabiendas o por ignorancia inexcusable, dictan o profieren resolución de manifiesta injusticia.

Según CARMIGNANI, que en esto es más exacto que MOMMSEN, la palabra *praevaricatus* puede proceder: de *praetergredi*, de *varia certatio*, de *varicare* o de *varus*. Según ULPiano, viene de *varus* y esta de *vari*, remoquete o sobre, nombre que se daba a las personas que caminan con las piernas torcidas o se

paradas una de otra, por tener "pies planos", que en castellano se llama *patibiertos*¹.

De acuerdo con TEODORO MOMMSEN, los romanos denominaron *praevaricatus* al delito que comete el abogado que *regala* la causa que defiende a su adversario, y en este sentido plasmaron dos tipos de prevaricato: a uno lo llamaron *tergiversatio*, ilícito que cometen los que desisten de su acusación, sin haber ensayado primero la defensa de su causa y con perjuicio para su defendido; al otro lo llamaron *cum ludere*, que es *colusión* en castellano, y que era el delito cometido por el apoderado que, obrando como *actor* realmente no ataca a su adversario: pasando ligeramente por sus pruebas favorables, o dando énfasis en las que le condenan o admitiendo los cargos en su contra, a sabiendas de que son falsos o destruibles². CARMIGNANI, a su vez, habla de un tercer tipo de prevaricato romano al que llama *improprio*, que incluía el llamado *pacto de quota litis*, sobre la cual se pronunció CARRARA diciendo: "Yo no puedo aceptarla. No es que quiera convertir en problema la improbidad de los pactos por los cuales el apoderado se hace socio del cliente para recuperar las cosas que fueron objeto del pleito, pues esta improbidad no solo está demostrada por las autoridades, sino por el sentido moral del mismo, al que repugna que el cargo de apoderado, que siempre debe ser imparcial y concienzudo, se ponga en conflicto con especulaciones"³.

De todos modos, el prevaricato romano tiene la estructuración de nuestra *colusión*, que es un nombre tan nuestro y no se halla ni siquiera en sus antecedentes en Italia o España, que aparece en la ley 95 de 1936⁴, al parecer propuesta a la Comisión redactora por los maestros CÁRDENAS y ESCALLÓN, de estirpe castellana, como quiera que tiene aceptación académica e historial en el *Diccionario* razonado de don JOAQUÍN ESCRICHE. ¡Qué lástima que la *colusión* dejara de llamarse así, para adoptar el insípido nombre de "infidelidad a los deberes profesionales"⁵.

El maestro CARRARA aceptó la existencia fenoménica de tres diferentes formas de *prevaricación* a saber: a) a veces tiene un sentido vulgar, cuando expresa aberración o vicio humano. "Fiscal has de decir, que no friscal, prevaricador del buen lenguaje, que Dios te confunda", dice don Quijote a Sancho cuando este encaja como en rosario ilógico un sartal de refranes⁶. b) En un sentido jurídico, que CARRARA califica de muy amplio, prevaricador es el funcionario que viola la ley en ejercicio de sus funciones, para obtener un "fin ilí-

¹ G. D. CARMIGNANI, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág. 346; ULPiano, *Digesto*, libro 1º, tít. 15; libro 47, L. 212, tít. 16, libro 50.

² TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. I, pág. 473; CARMIGNANI, ob. cit., pág. 347; ULPiano, *Digesto*, libros 6º y 13, tít. 16, libro 48. Respecto a MOMMSEN, dice que *prevaricato* significa etimológicamente *atravesamiento* y lo confunde con la connivencia, lo cual no parece ser verdad.

³ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961, § 2607.

⁴ Ley 95 de 1936, libro 2º, título 4º, capítulo 3º.

⁵ Decreto-ley 100 de 1980, libro 2º, título 4º, capítulo 3º.

⁶ *El Quijote*, segunda parte, capítulo XIX, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1944, pág. 576.

cito". c) En sentido para él exacto, prevaricador es el abogado que abusa de la confianza de su representado⁷.

En la mayor parte de las codificaciones, el *prevaricato* es el delito del abogado en ejercicio de su profesión. Al funcionario que *prevarica* se le castiga como *corrupción*. Pero al final fueron los españoles quienes distinguieron entre el abuso del abogado en ejercicio de su representación, y el del funcionario en ejercicio de su función, mediante la *traición* y ambas expresiones delictivas las llamaron *prevaricación*⁸.

Pero, indudablemente, y como arriba se anotó, la división total entre un *prevaricato* y una *colusión* es nuestra y no tiene árbol genealógico.

Nuestro *prevaricato*, como un delito del funcionario contra la administración pública, aparece en la ley 19 de 1890 con el delicioso nombre de *prevaricación*. Su art. 485 advertía quiénes son prevaricadores, y en su extensa lista incluía al funcionario y al litigante. Igual partida adoptó el maestro CONCHA en su fracasada ley 109 de 1922 e igual cosa hizo el anteproyecto de 1925⁹. La ley 95 de 1936 hizo la separación anotada, incluyendo en su art. 168 una estructura única para la prevaricación activa y la prevaricación omisiva. En ella su tipicidad incluía doble elemento subjetivo: el conocimiento de que se viola la ley con el acto funcional, y la animadversión o la simpatía hacia alguna de las partes, al violarla. Muchas quejas se recibieron por ello, y a esto se atribuyó el que no prosperase ningún proceso que por *prevaricato* se siguió contra funcionarios. Vino después el decreto legislativo 2525 de 1963, más tarde ley de la república, en cuyo art. 2° se prevén dos tipicidades diferentes de lo que inicialmente era una sola: el *prevaricato por comisión* y el *prevaricato por omisión*. Al primero se deja el elemento subjetivo: contrariando la ley a sabiendas; al segundo el elemento anímico: animadversión o simpatía. Es esta la norma que reemplaza los arts. 149 y 150 del decreto-ley 100 de 1980.

4. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Las mismas personas que tienen las características de *empleados oficiales* que les otorga el art. 63 del Código Penal.

b) *Abuso de poder*: Por abuso funcional.

c) *Acción descrita*: Señalada por el verbo *proferir*, relativa a la resolución o dictaminación en ejercicio funcional de su cargo público, y contrariando manifiestamente la ley. En esto último está la subjetividad del tipo de *prevaricato por comisión*.

⁷ CARRARA, *Programa...*, § 2594.

⁸ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, 9ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, págs. 358 y ss. Remonta su origen a los *Fueros*, pero más específicamente a las *Partidas*.

⁹ Ley 19 de 1890. Compilación de CARLOS JULIO ÁNGEL, Bogotá, Edit. ABC, 1934; JOSÉ VICENTE CONCHA, *Proyecto de Código Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1912; *Anteproyecto* de 1925, Bogotá Imprenta Nacional, 1925.

5. LOS SUJETOS ACTIVOS

Se trata de un delito propio por su misma esencia. El derecho que se tutela es el de la administración pública en su sentido de honestidad e imparcialidad. El prevaricador, movido por situaciones anímicas, como la simpatía o la animadversión a cualquier interesado en su acción funcional, resuelve violar la ley para protegerlo o agredirlo en sus derechos, según el caso. De allí que no entendamos cómo una persona que no sea empleado oficial o desempeñe una función pública, como el jurado de conciencia o el juez o el árbitro, puedan prevaricar. ANTONIO VICENTE ARENAS se las ingenia para presentar el cuadro de un particular que recuerda al empleado oficial su simpatía o animadversión, para presionarle al quebrantamiento de la ley en ejercicio de sus funciones, y si lo logra, prevarica con él. Caso demasiado preconstituido para ser real, y de todas formas de difícil ubicación como *prevaricato*.

Tampoco entendemos cómo un funcionario pueda prevaricar introduciéndose en las funciones de otro. Es de comisión funcional y no extralimitada.

6. EL ERROR JUDICIAL Y EL PREVARICATO DEL JUEZ

Según opinaba MARTIN HEIDEGGER, en los seres hay atributos que no se hacen patentes sino que es preciso buscarlos intuitivamente; el derecho, entre ellos, existe pero debe comprobarse, demostrarse, y se enseña haciendo uso de la lógica convincente. Cuando creo tener derecho a algo, ese derecho no lo tengo en mi cuerpo; la tenencia de un cuerpo se prueba con su presencia y no podrá negarse sino por quien carece de sentidos. La de mi derecho debo probarla, buscándola en medio de la razón pura *a priori*.

Por eso el derecho define lo que es mío (lo debido ser) a fin de hacerlo más patente ante mí mismo y ante los demás. En este sentido la definición que da la ley de derecho es soberana, porque es válida para todos los hombres, incluyéndome a mí mismo. En un caso dado el agente, en este caso el juez a quien le corresponde aplicar la ley, podrá considerar que está actuando conforme este derecho, cuando en realidad está obrando antijurídicamente por error. La ley considerará esta decisión errada, pero no reprochará al juez su error. El reproche se hace a quien infringe el precepto de derecho con conciencia de su infracción. Aquí entra en juego, por parte del autor, la cultura y jerarquía del cargo que desempeña, que le aleja de la posibilidad de explicárselo por error. En tanto sea mayor su jerarquía cultural, menor será el margen de error. El título de abogado y el desempeño de un cargo jurídico, como el de juez, prueban el conocimiento de lo decidido por él, y del conocimiento del derecho que debió aplicar y no lo hizo.

En el juez se presupone la mayor jerarquía moral porque es el depositario del derecho y por su boca habla la ley. Por eso el prevaricato del juez debe ser una agravante de la pena. Ha dicho la Corte Suprema: "Es bien sabido que cuando un funcionario adopta decisiones prevaricadoras, propicia el desorden, perjuicio y descrédito de la administración, lo que hace su comportamiento repro-

chable. Pero si aquellas decisiones se producen por un funcionario judicial y afectan un proceso, las consecuencias de injusticia y de impunidad producen desasosiego y desconcierto, quebrantando en mayor grado el equilibrio que se estaba llamado a restaurar, dejando insatisfecho el anhelo de justicia y generando en los asociados desconfianza, lo que connota el hecho de una gravedad superior¹⁰.

7. ABUSO DE PODER

Hay cosas de la esencia delictiva de un hecho típico que, aunque la ley no diga expresamente, deben desprenderse del resto de su lenguaje. El *abuso de poder* en el prevaricato, es una de ellas. La norma olvidó advertir que se prevarica en el ejercicio de funciones y como acto emanado de ellas. Pero obviamente que no necesitaba decirlo para que el prevaricato lo sea. El empleado oficial que profiere acto resolutorio de litigio o solicitud de parte y que esté a su decisión funcional, con violación expresa, esto es: voluntaria de la ley, prevarica por abusar de su investidura y de la función adscrita a ella. No se puede prevaricar invadiendo órbita ajena, porque el acto funcional resolutorio o dictaminatorio es exclusivamente de aquel que tiene esa función.

8. LA ACCIÓN PREVARICADORA

El sentido, como venía redactándose la tipicidad del prevaricato desde el art. 168 de la ley 95 de 1936, lo concretaba a cuatro circunstancias de modo dentro de las cuales, únicamente, se podía agotar un prevaricato: el empleado oficial que prevaricaba, solamente podía hacerlo, puniblemente, al dictar o proferir *una sentencia* o *un auto* o *una resolución* o *un dictamen*. Cada una de las tales modalidades que se especifican en la ley penal, tiene un valor jurídico propio y exclusivo, que la hace diferente de las demás actuaciones del funcionario. Así, por ejemplo, autos y sentencias, son providencias del juez y mediante ellas expresa este su decisión respecto de las pretensiones de las partes, o resuelven incidencias parciales del proceso o simplemente lo impulsan a su finalización. El auto y la sentencia tienen su momento procesal en que aparecen su ritualidad formal para escribirse, su manera de hacerse conocer de las partes y su forma de solicitarse del propio juez o de su superior su reforma, mediante otro auto u otra sentencia¹¹.

La clasificación procesal de las providencias judiciales en autos, sentencias y resoluciones, la introdujo en el lenguaje judicial el decreto-ley 50 de 1987, arts. 185 y 469, que fue Código de Procedimiento Penal. La definición de cada una de estas providencias y el señalamiento de su campo de acción la da el art. 179 del actual Código de Procedimiento Penal, así:

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, auto abril 29 de 1994. Expediente núm. 9329.

¹¹ Constitución, art. 228; Código de Procedimiento Civil, libro 2º, sección 4ª, arts. 302 y ss.

"Las providencias que se dicten en la actuación se denominarán resoluciones, autos y sentencias y se clasificarán así:

"1. Sentencias, si deciden sobre el objeto del proceso, bien en primera o en segunda instancia, en virtud del recurso de casación o de la acción de revisión.

"2. Autos interlocutorios si resuelven algún incidente o aspecto sustancial.

"3. Autos de sustanciación si se limitan a disponer cualquier otro trámite de los que la ley establece para dar curso a la actuación.

"4. Resolución si las profiere el fiscal. Estas podrán ser interlocutorias o de sustanciación".

Con la Constitución de 1991 se instauró el llamado *sistema acusatorio* de origen anglosajón, que sustrae la investigación de los hechos punibles del conocimiento de los jueces, otorgándolo a un establecimiento absolutamente investigador o policivo. Este es el cuerpo llamado Fiscalía General de la Nación. Tal es la escisión que hace la ley entre *justicia* y *fiscalía*, que las providencias que dictan los jueces se denominan autos y sentencias, y las que profieren los fiscales se llaman *resoluciones*.

El ideal de prevaricato es ampliar su campo de punición a todo acto funcional susceptible de resolver o solucionar litigios o peticiones de los asociados que, por ministerio de la ley, deban estarse a lo que el empleado oficial resuelva. Limitarlo a un grupo de actos es erróneo, porque prevaricar es solucionar conflictos o pretensiones con violación de la ley, lo que implica injusticia para el interesado, y ello se puede realizar por fuera de la sentencia o del auto o de la resolución o dictamen.

El art. 149 del decreto-ley 100 de 1980 adopta una estructura sencilla al indicar que prevarica el empleado oficial que profiera una resolución o emita un dictamen, con expresa o indudable violación de la ley. Al incluir en esta tipicidad las palabras *resolución* y *dictamen* no se hace relación al acto político y administrativo de empleado oficial en ejercicio del cargo y dirigido a agrupaciones concretas de asociados, sino al poder de que está investido el funcionario por ministerio de la Constitución, para tomar determinaciones fijas y decisivas, según lenguaje de la Academia de la Lengua. Es que *resolución*, en su primera acepción castellana, es un sustantivo que indica la acción y el efecto de resolver el juez o funcionario, en nuestro caso.

De este modo, *proferir resolución* es tanto como resolver, bien sea mediante una sentencia o un acto o una resolución administrativa, un *asunto* sometido funcionalmente a su solución. Ante este nuevo tipo, sí cabe citar a BERNAL cuando escribió algo que no encajaba bien en la tipicidad del Código de 1936, y menos en la del decreto 2525 de 1963. Estas palabras son: "A pesar de que el vocablo resolución es un término específico del derecho administrativo, sin embargo por tal debe entenderse así mismo cualquier providencia dictada por un funcionario que no pertenezca a ese ramo, como serían los autos que pro-

nuncian los funcionarios del órgano jurisdiccional"¹². La redacción o sintaxis del tipo que estudiamos acuerda perfectamente al concepto que de *prevaricato* da la misma Academia y que transcribimos al principiar este estudio. Ya no hay que buscar si el prevaricador lo hizo en una providencia específica o dentro de un concepto o dictamen procesal. Solamente hay que buscar si es un funcionario, si dentro de su órbita funcional se halla la resolución de cierto caso sometido a su decisión y si al proferir la resolución de este, oral o escrita, en acta de audiencia o en diligencia probatoria, como sería una inspección judicial o una diligencia de secuestro, se violó la ley con conciencia de hacerlo. La pauta para hallar un prevaricato será, pues, esta: en cualquier acto funcional con poder resolutorio, puede prevaricarse.

Pero al propio tiempo nos limita el delito de prevaricato a un grupo de funcionarios: aquellos que pueden legalmente *resolver* conflictos o solicitudes; aquel *magistrado* del viejo art. 5º del Código de Régimen Político y Municipal, que es el que tiene jurisdicción y autoridad. Quien, ostentando poder funcional, sin embargo no le es dado *resolver* ningún conflicto, ni decidir sobre alguna petición, y sin embargo lo hace y con manifiesta inequidad, no prevarica, pero sí "abusa de su autoridad".

Proferir dictamen es manifestar concepto u opinión respecto de algo sometido a su opinión. Opina el ministerio público y, a veces, la Contraloría y auditoría fiscales. Sus dictámenes son exigidos por las leyes y, en ocasiones, deben ser favorables a la decisión que adoptará el funcionario respectivo. No se limita, por tanto, a la opinión del *perito* dentro del proceso. En cualquier acto funcional de opinión, puede prevaricar el empleado oficial.

Por otra parte, *proferir*, es un verbo que remplazó al *dictar* del art. 168, y que significa dar o expedir fallos, preceptos o leyes. Proferido un dictamen o una resolución, es haber opinado o resuelto conflicto o solicitud en forma decisiva, final, jurídicamente eficaz. La cuestión está en reconocer cuándo la resolución, o dictaminación ha sido *proferida* con este carácter de definitiva o decisiva: ¿cuándo se emite válidamente? ¿O cuándo se notifica a los interesados? ¿O cuándo produce o podría producir efectos? Se entiende *proferido* el acto decisorio cuando reúne los requisitos de fondo y de forma para su validez, que es tanto como su aptitud para ser eficaz jurídicamente. El acto jurídico existe cuando es valorable. Si no es en realidad tal, como escribía EUGENIO FLORIÁN, sino que es una apariencia, carece de sus elementos para tener vida jurídica, procesalmente no se ha dado tal acto, y jurídicamente es inexistente. Tales, por ejemplo, una sentencia sin firma del juez, una providencia que no tome decisiones resolutorias, una providencia fuera de su momento procesal. Desde que tenga sus elementos vitales, existe, ha sido proferida, es providencia, y en ella podría haber prevaricato.

Si un juez siguiendo una ritualidad ya derogada, aplica unas normas ineficaces para resolver el conflicto a su decisión, pero lo hace revistiendo su acto de legalidad, otorgándole una lógica aparente y con forma jurídica, su actua-

¹² JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 154.

ción tiene existencia legal y, aunque anulable, en él se prevarica. Tener existencia jurídica es cumplir con la plenitud de los elementos vitales para producir consecuencias en derecho. Sobre un acto tal ha dicho la Corte Suprema: "Para determinar si en realidad se ha realizado objetivamente la conducta tipificada en la ley como prevaricato, debe examinarse si la providencia cuestionada es o no manifiestamente ilegal y lo será cuando al emitirla haya desconocido o aplicado con ostensible irregularidad la normatividad jurídica como cuando sanciona con fundamento en disposiciones ya derogadas, o aplicando aquellas que visiblemente se refieren a situaciones diversas. Pero cuando aparece que el funcionario ha decidido previo examen lógico del material probatorio, no cabe imputarle prevaricato con el argumento de que no fue afortunado en su análisis"¹³.

Que la providencia sea, es suficiente, así el resultado de su valoración sea su anulamiento. La providencia anulable y anulada no elimina el prevaricato que se cometió con ella. En cambio, la que nunca existió, no contiene prevaricato alguno, sencillamente porque no contiene nada. Igualmente es bueno advertir, contrariando a ANTONIO VICENTE ARENAS, que el acto susceptible de reposición por el mismo prevaricador, no borra su prevaricato aun en el caso de reponerlo con esta finalidad, porque el prevaricato es delito *instantáneo* y se agota al *proferir* el acto que contiene la prevaricación.

El acto funcional decisorio que se profiera deberá ser "manifiestamente contrario a la ley". La norma típica del prevaricato, en su modelo de 1936, se excedió en elementos subjetivos, al exigírsele al juez la comprobación del propósito de violar la ley en su providencia y, además, la animosidad favorable o desfavorable a una de las partes, con las palabras que se usaron al respecto: "animadversión o simpatía".

La razón de ello es que el prevaricato protege al asociado de los excesos anímicos de los funcionarios. Por tanto, no resulta un exabrupto la exigencia en el tipo de tal animosidad, pero sí dificulta su comprobación, por tratarse de algo demasiado subjetivo en el autor. Se cambió tal tipicidad por la expresión "a sabiendas", relativa a la violación de la ley. El art. 149 que tipifica el prevaricato comisivo actual carece de tal advertencia, pero en cambio emplea las palabras "manifiestamente contrarios a la ley" que suplen la subjetividad típica que exigía el anterior prevaricato.

Manifiesto, según la Academia, es lo que está descubierto, es patente o claro. Manifiestamente contrario a la ley, es lo que viola su tenor literal o su contenido espiritual, es decir, aquello que no puede desconocer un funcionario al ejercer sus funciones. Cuando se viola manifiestamente la ley por quien la aplica, es obvio que lo hace queriendo violarla, porque conoce su verdadero sentido y aplicación. No importa que el art. 149 no exija que el funcionario sepa que viola la ley, porque de todos modos este conocimiento le está exigido por el dolo del prevaricato. Su acto prevaricador debe ser injusto porque con-

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, auto de febrero 8 de 1983. Art. 149, compilación de Legis.

traría la ley de modo claro o manifiesto, y su injusticia hace referencia a la violación del texto legal consentido por él¹⁴.

Más manifiestamente contrario a la ley es el acto funcional que, como dice la Corte, se coloca por fuera de toda norma jurídica haciendo prevalecer sobre esta su voluntad o capricho individual¹⁵. Y tiene que ser una violación consciente de la ley, porque de mediar el error, la buena fe elimina inmediatamente el dolo, según opina la Corte en la misma providencia citada.

El prevaricato está concebido de modo tal, que cualquier acto funcional decisorio puede contenerlo y es igualmente punible. La norma que se reemplaza, y su antecedente en el Código de 1936, contenían una circunstancia agravante cuando el prevaricato se cometía por juez en sentencia en proceso penal. Su eliminación significa que se tasó o valoró por igual todo prevaricato y que, en la vida fenoménica actual, los jueces en lo penal no prevarican en sentencia, más de lo que lo hacen otros funcionarios. Al fin de cuentas, la ley vigente recoge los hechos de la vida de relación y son indicios de la "enfermedad social" que padecemos, según escribía GABRIEL TARDE.

Sección II. *Prevaricato por omisión*

1. LA NORMA

Art. 150. *Prevaricato por omisión. Reemplazado. Ley 190 de 1995, art. 29.* El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior.

2. LA NORMA ANTERIOR

El inciso tercero del art. 2º del decreto 2525 de 1963 decía:

A la misma pena señalada en el inciso primero de este artículo quedará sometido el funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que omita, rehúse o retarde o deniegue un acto propio de sus funciones, por simpatía o animadversión a cualquier interesado.

Como ha ocurrido con las demás figuras típicas reformadas por la ley 190 de 1995, este texto conserva la sintaxis del anteriormente vigente, pero aumenta las penas al extremo de aplicar las mismas dispuestas para el prevaricato por acción comisiva.

Paralelamente al prevaricato omisivo, en el cual era exigible el mencionado elemento subjetivo consistente en la animosidad positiva o negativa en el prevaricador, el Código de 1936 exigía la tipificación del *abuso de autoridad por*

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, auto del 6 de septiembre de 1946, "G. J.", núms. 2038-2039.

¹⁵ Corte, *ibídem*.

omisión, que era tanto como un prevaricato cometido sin animadversión o simpatía, y su estructura, que encontrábamos en el art. 172, era esta:

El funcionario o empleado público que omita, rehúse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave.

3. ESTRUCTURA

- a) *Sujetos activos*: El empleado oficial.
- b) *Abuso de poder*: Señalado con la expresión *acto propio de sus funciones*.
- c) *Acción descrita*: Indicada con los verbos *omitir*, *rehusar*, *retardar* y *denegar*.

4. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA

En el art. 172 del Código Penal de 1936 el prevaricato se integraba con un doble elemento subjetivo que hacía su figura compleja y de difícil prueba. El decreto 2525 de 1963 lo reformó fraccionándolo en dos tipos distintos a saber: el prevaricato comisivo que se redujo a la violación de la ley a sabiendas, y el prevaricato omisivo que ubica su consumación en las actitudes negativas de rehusar, retardar o denegar un acto propio de sus funciones, pero con un componente subjetivo como era "la animadversión o la simpatía" a una de las partes. En el art. 150 del Código penal actualmente vigente, se suprime este componente subjetivo reduciéndolo al comportamiento omisivo del servidor público, lo que reduce el dolo al conocimiento de lo debido-hacer y que omite. Por eso hemos dicho que el *prevaricato* de hoy se convierte en un abuso de autoridad puro o innominado como lo calificara CARRARA.

Por manera que el *prevaricato por omisión* en el decreto-ley 100 de 1980 es un *abuso de autoridad por omisión* que adoptó otro nombre. De ahí que desapareciera en este Código como abuso de poder. Por lo demás, el art. 172 del Código del 36, que es el mismo 150 del Código de 1980, tienen como antecedentes los arts. 178 del Código de ZANARDELLI y 328 del Código de Rocco.

El *prevaricato omisivo* así estructurado, es de múltiple modalidad omisiva: por *omisión* o reticencia, por *rehusamiento* que es lo mismo que la denegación, y por *retardamiento* o ejecución tardía e inútil del acto funcional.

Omisión, dice la Corte, "es la falta en la cual se incurre por haber dejado de ejecutar algo necesario e indispensable en la realización de una cosa". Cuando se omite, se elude el deber de cumplir con lo legítimo. La omisión podrá ser total o parcializada respecto de lo que se debe decir y solamente se dijo. *Rehúsa* en cambio, quien deniega el cumplimiento de su función. Esto es, la rechaza. "Rehusar es el acto más grave porque implica una especie de rebeldía contra

el cumplimiento del deber". *Retarda* quien deja transcurrir el tiempo "entre el momento en que el acto debía realizarse y aquel en que se realizó, efectivamente. Cuando dentro de las actividades normales y corrientes, o sea dentro de las posibilidades de trabajo exigibles, el juez no ha ejecutado los actos o dictado las providencias que en un negocio debería haber ejecutado o proferido"¹⁶.

Resulta así que la omisión es la no ejecución del acto funcional, con conciencia del deber omitido y sin dar razones para ello. Si la omisión es sobre aspectos o partes de lo debido actuar, se denomina *reticencia*, según la Academia de la Lengua. El rehusamiento carece de dificultad probatoria, puesto que es manifiesto: el empleado oficial se rebela contra el deber exigido y lo expresa de este modo. Por esto advierte el tipo que el rehusador de la función, la deniega. En cambio, el retardador de ella la ejecuta por fuera de sus términos, de tal modo que la invalida y hace inútiles sus esfuerzos. El retardo en la práctica de su función, como en la omisión, deberá ser consciente de su tardío cumplimiento, para ser prevaricato.

La realidad es que no hay subjetividad exigida en el tipo de prevaricato omisivo actual. Basta con el dolo en lo omitido, rehusado o retardado.

Hablando del dolo, en alguna ocasión la Corte se pronunció sobre la subjetividad en el tipo *abuso de autoridad omisivo* que contemplaba el art. 172 del Código del 36, confundiéndolo con la *negligencia* que es componente de la *culpa*. Comoquiera que los arts. 172 del 36 y 150 del 80 se parecen, pues oigamos a la Corte:

"Cuando el funcionario no pone de su parte toda la actividad que es capaz de desarrollar y mira con desdén el cumplimiento de los deberes de su cargo, entonces incurre en una conducta culposa o negligente de la cual debe responder"¹⁷.

El problema de si la omisión o retardamiento en la ejecución funcional por pereza o negligencia, alcanza al dolo o es simplemente culpa, en la figura del *abuso de autoridad* del 172, que es nuestro *prevaricato omisivo*, preocupó a LUIS CARLOS PÉREZ. Y es que en la mayoría de los casos, nuestro *funcionario* omite y retarda por perezoso, al final de cuentas heredero de aquella "española raza" de que hablaba un tocayo suyo: LUIS CARLOS LÓPEZ. Ante todo descartemos de este dilema al *rehusador*, porque él demuestra su conciencia de omitir deber exigido, justamente al denegar la función pública encomendada a su cargo. *Denegar*, según dice la Academia, es un verbo que indica la acción de quien no concede lo que se le pide o solicita. Quien deniega su función, sabe cuál es el deber de él exigido y quiere incumplirlo, porque lo expresa así. Pero cuando se omite, simplemente se deja de hacer sin pronunciar palabra alguna. Lo mismo si se realiza el acto funcional tardía e ineficazmente.

Pero su negligencia no la aproxima a la culpa, porque el *prevaricato culposo* nunca ha existido en nuestra legislación. El cargo público debe cumplir-

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, autos del 10 de septiembre de 1948, "G. J.", núms. 2074-2075, y febrero 4 de 1949, "G. J.", núms. 2068-2069.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, casaciones de 1948 y 1949, "G. J.", t. LXV, págs. 424 y ss.

se con el rigor que la misma ley exige al establecer términos exactos para realizarlo y dentro de los moldes de justicia o equidad que nacen de las leyes sustanciales y de ejecución aplicables. El funcionario las conoce. Desde que tenga capacidad, en sus aptitudes y en el tiempo, para realizarlas, toda omisión o retardo son conscientes de su deber funcional de labor. Es que el perezoso es consciente de su pereza y si, pudiendo vencerla, no lo hace, es voluntaria su omisión o retardo. El dolo en el prevaricato omisivo del art. 150 reside en ello: el no realizar la función pública encomendada, en los términos que la hacen eficaz, pudiendo realizarla. Porque cada uno sabe lo que debe hacer y cada uno sabe lo que está omitiendo o cumpliendo con tardanza. Así lo dijo la Corte en otra ocasión:

"Es preciso escudriñar la prueba en orden a establecer si en el comportamiento investigado existió alguna causa explicativa o, por el contrario, los retardos advertidos fueron producto de la desidia, la negligencia o la voluntad"¹⁸.

Resulta obvia la advertencia de la Corte: solamente la omisión o ejecución tardía cumplida por fuerza mayor o caso fortuito, excusa de dolo. Tal ocurriría si el funcionario omitente demuestra que en el mismo lapso trabajó en otros casos puestos a su decisión, y no hubo negligencia. O si comprueba que el respectivo asunto no fue puesto a su decisión oportunamente o porque se refundió con otros o por desidia del secretario sustanciador. "No puede imputársele morosidad al funcionario porque no se despacharon dentro de los términos que fija la ley, cuando a ello se opone un obstáculo material o imposible físico proveniente del recargo de negocios, porque en este caso faltaría uno de los elementos del delito: negligencia culpable..."¹⁹.

Sección III. *Prevaricato por asesoramiento ilegal*

I. LA NORMA

Art. 151. *Prevaricato por asesoramiento ilegal. Reformado. Ley 190 de 1995, art. 30.* El servidor público que asesore, aconseje o patrocine de manera ilícita a persona que gestione cualquier asunto público de su competencia, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

II. LA NORMA ANTERIOR

El prevaricato por asesoramiento ilícito tenía tipicidad en el art. 169 del Código de 1936, en estos términos:

¹⁸ Cas., 9 mayo 1991, en *Jurisprudencia penal*, ob. cit., primer semestre, pág. 247.

¹⁹ Autos del 29 de septiembre de 1950 y 18 de septiembre de 1951. Cita de ORTEGA TORRES al pie del art. 172.

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, incurrirán en prisión de seis meses a tres años.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los *empleados oficiales*.

b) *Abuso de poder*: Por ejercicio de sus funciones, pues se trata de patrocinio a quien gestiona en asunto público de su competencia.

c) *Acción descrita*: Indicada por los verbos *asesorar*, *aconsejar* y *patrocinar*.

4. ANÁLISIS DE LA ESTRUCTURA

En la realidad, la asesoría ilícita es una forma de prevaricar que, en el Código de 1936, requería de la animadversión o la simpatía del empleado prevaricador para con la persona a quien se asesoraba o patrocinaba. Requería, además, causar un real perjuicio a tercero interesado en el mismo caso en el cual se producía el asesoramiento. Efectivamente, la norma indicaba una franca preocupación del legislador por la moral pública al establecer esta tipicidad, como observa BERNAL, pero lo cierto es que la exigencia de esta subjetividad y el agregar el perjuicio real a terceras personas, limitaron de tal modo la aplicación del tipo, que era prácticamente inútil. Lo común es que un empleado asesore a personas que gestionen ante él, sin que sea fácil comprobar su estado anímico al hacerlo, y aun sin más perjuicio al tercero, que el de advertir a su contraparte de la manera como debe tener éxito su gestión²⁰.

La nueva tipicidad de esta forma de prevaricato solamente advierte que el empleado que asesore a quien ante él gestione, lo agota. No importa la comprobación de un perjuicio a otro u otros, ni tampoco si asesoró por simpatía al asesorado o por animadversión a su parte contraria.

El prevaricador básico, que está en su figura comisiva, existe cuando el empleado oficial, en ejercicio de sus funciones, emite resolución decisoria o concepto funcional, con violación de la ley. Comoquiera que en esta tipicidad del art. 151 el prevaricato se comete al ayudar mediante asesoría jurídica, o consejo o patrocinio (ibídem) y sin violación de la ley sustancial o de ejecución que el mismo prevaricador debe aplicar, sino que, por el contrario, procurará darle curso legal para que su asesoría sea exacta en su cometido de ayudar, pues obviamente que este prevaricato no encaja en modo alguno en el básico.

Asesorar, según enseña la Academia, es tanto dar como tomar consejo del letrado o tomar su dictamen. *Patrocinar*, según la misma Academia, es defen-

²⁰ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 158-159, se quejaba de la dificultad de comprobar estos componentes de aquella vieja tipicidad.

der, proteger, amparar, favorecer algo o a alguien. *Consejo* va envuelto en la asesoría, puesto que se asesora aconsejando. La diferencia es de relación dinámica: se asesora intelectualmente, bien escribiendo memoriales en su nombre, o dando memorándums que contienen las citas legales o probatorias que debe solicitar y pretensiones que debe exponer, o bien oralmente indicándole lo mismo. Se patrocina gestionando o litigando en su lugar, o interviniendo personalmente ante otros empleados oficiales que, con el prevaricador, deban resolver pluralmente un asunto sometido a su decisión.

BERNAL PINZÓN, considera que las palabras *asesoría* y *patrocinio* tienen un campo de acción omnicompreensivo, dando lugar a todo contacto entre el empleado oficial y el interesado en sus funciones no previsto por la ley. "Por ejemplo, creemos que el hecho de dar informaciones al litigante sobre la emisión de una providencia —lo que sucede a diario en los juzgados del país— es una forma de patrocinio, entre otras razones porque los litigantes deben, en ejercicio de sus funciones, estar en permanente vigilancia de sus negocios y no esperar a que se les envíen a sus oficinas las copias de las providencias o las informaciones sobre ellas para que interpongan los recursos del caso..."²¹. Quizá exagera el maestro en su ejemplo: expedir una copia, contestar un teléfono indicando la providencia que acaba de salir, informar de ella a un asistente del abogado respectivo que va al juzgado a recoger la noticia, no es asesorar, puesto que no es aconsejar, ni tampoco patrocinar, porque no está amparando o protegiendo a nadie con la noticia. Es deber del secretario informar el estado de los negocios, y es derecho de cada parte solicitar y obtener copias informativas de cada proceso. El teléfono, como invento que es justamente para acortar distancias y ganar tiempo, es medio útil y honesto para informar.

Pero otra cosa sería si el secretario u otro empleado cualquiera, incluyendo al propio juez, informa al abogado descuidado del tiempo que tiene para interponer un recurso o para sustentarlo, porque allí sí lo estaría *asesorando* además de que es deber secretarial informar al abogado que se presenta para ser informado y no advertirlo sobre términos que está dejando vencer.

El prevaricato anterior distinguía entre *gestión* y *litigio*. Litigar es pelear en juicio alguna pretensión, y como no puede hacerse si no se tiene título profesional de abogado, según el art. 229 de la Constitución y 138 del Código de Procedimiento Penal, pues *litiga* el abogado. *Gestionar* es hacer diligencias para el logro de algo. Cualquiera puede diligenciar pretensión ajena desde que la gestión no implique litigio. El prevaricato actual suprimió el verbo *litigar*, por lo cual la persona que *asesora* o *patrocina* puede ser cualquiera, así no se trate de un abogado, pero siempre y cuando no se trate de aquellos actos que, conforme al derecho procesal, requieran litigio, porque este *asesoramiento* solo proviene de un abogado. Entonces distinguimos entre el *asesoramiento simple* y el *asesoramiento litigioso*: aquel lo cumple cualquiera, este solo quien ejerce la profesión de abogado.

²¹ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 158.

El abuso de poder en la figura original del decreto-ley 100 de 1980 se refería al servidor público que patrocinaba a persona que gestiona algún asunto *en su despacho*, en tanto que el art. 30 de la ley 190 de 1995 lo cambió por la expresión "asunto público de su competencia". La nueva expresión resulta más rica en posibilidades descriptivas, pues no reduce el campo del prevaricato por ilícita asesoría al *despacho* del *servidor público*, sino a todo asunto *de su competencia*, donde quiera que se lleve a cabo el patrocinio o asesoría. Quizás no era necesaria su advertencia, pero su aclaración no sobraba.

5. ANTIJURIDICIDAD

El choque de antijuridicidad, entre el hecho típico y el derecho tutelado, que es la integridad ética de la administración estatal, se produce porque el empleado oficial antepone sentimientos o pasiones, al imperativo de la ley. La Corte, en casaciones citadas, dejó en claro su criterio de que quien prevarica activa u omisivamente, mira con desprecio tanto su cargo público como los deberes que él le impone. Su *abuso de poder* justamente reside en ello. Y más despectivo resulta si asesora o aconseja o patrocina a quienes esperan su poder decisorio como empleado público que es, porque delega en él la decisión respaldada en ese poder.

6. EXCLUSIÓN DE LO ANTIJURÍDICO

Nada justifica un *prevaricato* desde que el hecho se adecue en uno de tales tipos. Consideramos que, como ocurre con muchos de los tipos de este título, no caben causales de justificación en ellos.

7. CULPABILIDAD

Hemos dicho que el *prevaricato* se simplificó en su elemento subjetivo: basta con demostrar que el *prevaricador* es empleado oficial y que, como tal, conoce la ley aplicable, para deducir que al aplicarla con la violación de su texto o contenido espiritual, obviamente quiere violarla, siendo presumible su animadversión o simpatía para interesado alguno.

El *prevaricato* en cualquiera de sus especies, es doloso. No admite *culpa* ni preterintención.

8. PARTICIPACIÓN, TENTATIVA Y CONCURSOS

Nos parece difícil la participación en un *prevaricato*. Al respecto ANTONIO VICENTE ARENAS se ingenia un caso en que un particular recuerda al empleado oficial sus móviles sentimentales o anímicos, para llevarlo a la violación de la ley en su acto decisorio o de conceptualización funcionales. Nos parece demasia-

do teórico o preconstituido para ser posible. Aun suponiéndolo, el empleado prevarica llevado por sus propios sentimientos, y el acto de decidir con prevaricato es incommunicable a quien se limitó a recordarle una enemistad o vieja amistad, que lo llevara a ello.

Por la simple razón de que el prevaricato se consuma con la expresión decisoria de una pasión, con violación de la ley, consideramos que la *tentativa* no es factible. Cualquier acto decisorio o de concepto lo agotan.

El *concurso* sí es posible. Los más usuales serían con el *cohecho* o con la *detención arbitraria*.

CAPÍTULO VIII

DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD Y OTRAS INFRACCIONES

Sección I. *Del abuso de autoridad innominado*

1. LA NORMA

Art. 152. *Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto.* El empleado oficial que fuera de los casos especialmente previstos como delito, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa acto arbitrario o injusto, incurrirá en multa de un mil a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

(Adicionado por el art. 32 de la ley 190 de 1995 con el siguiente texto: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10), a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 172:

El funcionario o empleado público que, fuera de los casos especialmente previstos como delitos, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o una propiedad, incurrirá en privación del empleo y en multa de diez a quinientos pesos.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos:* Los *empleados oficiales*.

b) *Abuso de poder:* Se trata de un abuso de autoridad específico e innominado, según el lenguaje de CARRARA, expresado en sus dos formas tipificadas en nuestra ley penal: por abuso funcional y acto extralimitado, con estas palabras: "con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas".

c) *Acción descrita:* Que tiene como verbo rector *cometer*, relativo a la arbitrariedad o injusticia que el autor realiza en perjuicio de alguien.

Para eliminar cualquier aparente concurrencia típica, la descripción del hecho advierte que el hecho se adecua a este tipo "fuera de los casos especialmente previstos como delitos".

4. NOCIONES GENERALES

Entre los códigos de 1837 y el de 1890 el *abuso de autoridad* revistió dos formas de tipicidad: una, cuando el abuso de poder se encamina a proteger o defender ilícitamente intereses ajenos; otra, cuando él está dirigido a hacer daño a otro. Pero entonces no existía el prevaricato como se estructura hoy.

El art. 160 del proyecto del doctor CONCHA se basó en el Código de ZANARDELLI de 1889, y por esto mismo suprimió el abuso de poder para favorecer con la ilicitud, quedando tan solo el que se comete en daño a terceros. Pero tuvo un tremendo error de construcción. Así, decía en su tipicidad: "El funcionario que abusando de sus funciones ordene o cometa, en detrimento de alguien, un acto arbitrario cualquiera, *no clasificado especialmente en la ley penal...*". Obviamente que el maestro quiso hablar de lo innominado de este abuso específico, pero se equivocó en su redacción: en vez de advertir que se trata de cualquier abuso de poder en detrimento de alguien, no estructurado específicamente en otros tipos penales, lo que dijo es que los jueces pueden sancionar como delito los hechos que la ley penal no ha tipificado previamente, mandato que desconoce una de las grandes conquistas del derecho moderno desde BECCARIA y desconoce el principio consagrado en la Constitución desde su original de 1991, en el actual art. 29.

El anteproyecto de 1925 tipificó la misma norma de CONCHA, con la corrección consabida respecto a la concurrencia de tipicidades, pero en su forma lesiva, únicamente. En cambio, el Anteproyecto de don ANTONINO DE CÓRDOVA de 1927, volvió al Código de 1837 con la doble tipicidad para favorecer o para lesionar a alguien. Esta misma doble presentación del *abuso de autoridad* aparece en los arts. 551 y ss. de la ley 19 de 1890.

El abuso de autoridad dirigido a terceros "para causarles a otros un perjuicio o para ocasionarles un provecho" aparece en el art. 323 del Código de Rocco en 1930. Pero la legislación italiana no conoce nuestro prevaricato. La Comisión redactora del Código de 1936 eliminó el abuso de autoridad para ocasionar provecho, dejando tan solo el que ocasiona lesión a otros, en los arts. 171 y 172 de la ley 95 de 1936, que se reducen al art. 152 del decreto-ley 100 de 1980 y que sigue la misma política en materia de *abuso de poder* innominado. La razón para eliminar el abuso para favorecer la dio CARRARA así:

"El criterio que determina los límites del presente título es en parte «positivo» y en parte «negativo». Es positivo cuando se exige que se haya cometido un abuso de autoridad tan grave que merezca ser castigado como delito y no solo con medidas disciplinarias. Y es negativo en cuanto se requiere: primero, que esto no haya sido hecho por el oficial público con el fin de procurarse a sí mismo el gozar de un bien sensible; y segundo, que no se trate de un delito propiamente dicho en su especie, sino que la criminalidad resulte únicamente de haber abusado de los poderes conferidos por el cargo público..."¹.

¹ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961, § 2512.

En realidad, el *prevaricato* es un abuso de autoridad cometido por la específica situación anímica de la *simpatía* o la *animadversión* hacia alguien a quien se pretende *ocasionar provecho o perjuicio*. Pero si eliminamos de su estructura la animosidad que lo caracteriza y distingue, nos queda un *abuso de autoridad* puro y llano. La diferencia entre quien *abusa de autoridad* con violación de la ley y en perjuicio de terceros, al resolver o dictaminar funcionalmente asunto a su cargo (*prevaricato* del art. 149) y quien *abusando de su autoridad* dirige su poder en perjuicio de terceros, en cualquiera otra forma, es justamente esa (art. 152, abuso de autoridad): el *prevaricador* concreta su abuso en su poder decisorio y dictaminante; el *abusador* llano lo extiende a cualquiera otra actividad funcional o extrafuncional desde que fundamente su daño en su poder.

En relación con las diferentes formas de "abuso de poder" ha dicho la Corte Suprema: "El delito de abuso de autoridad, como bien se sabe, es un tipo subsidiario pues el título del Código Penal en el cual está incluido, tipifica una serie de conductas que constituyen abusos de autoridad en esta forma y con nombres específicos diversos, habiéndose reservado la designación genérica de abuso de autoridad para otros actos arbitrarios e injustos, que por no adecuarse a los restantes delitos previstos en el citado título, se ubican en aquel específico y subsidiario; por eso la norma se inicia con la expresión «el empleado oficial que fuera de los casos específicamente previstos como delito...»².

Pero en cuanto a la omisión abusiva de funciones, la distinción entre un *prevaricador* y un *abusador llano* es imposible sin el elemento anímico indicado. En la codificación de 1936 el *prevaricato omisivo* contenía el elemento anímico *animadversión* o *simpatía* en quien omite o retarda o rehúsa la función, con lo cual se distinguía perfectamente del *abusador* que la omite o rehúsa o retarda con conciencia del deber omitido, pero sin tal espíritu o sentimentalismo. El decreto 2525 de 1963, al quitar el elemento subjetivo indicado para el *prevaricato comisivo*, lo dejó sin embargo para el *omisivo*, puesto que era la única distinción con un *abuso de autoridad omisivo*. Pero el decreto 100 de 1980 eliminó totalmente del *prevaricato* la animosidad del *prevaricador*, con lo cual la omisión del deber exigido pasó a ser un simple *abuso de autoridad por omisión* al que se dio, sin embargo, la denominación de *prevaricato por omisión* y, lógicamente, el *abuso de autoridad por omisión* desapareció en este Código.

5. ANÁLISIS DE SU ESTRUCTURA

Suponemos que recordarán el análisis que hicimos de la teoría del *abuso de poder*, que dio origen a esta tipicidad. Solo debemos recalcar que delito de abuso de autoridad solo cometerá quien ostente y haga mal uso de la *autoridad* que posee, según la Constitución y la ley. La persona que transitoriamente

² Corte Suprema de Justicia. Sala Penal, sent. de mayo 11 de 1992, *Jurisprudencia Penal*, primer semestre, Medellín, pág. 454.

desempeña una función específica, sin tener título, carece de *autoridad pública*, en el sentido más exacto de las palabras dichas, simplemente porque lo que tiene a su cargo es la ejecución limitada de una tarea o trabajo encomendado al funcionario. El *poder* es emanación constitucional, por sí o por medio de la ley, y se otorga a quien es *empleado público*. Va envuelto en el título y la función u órbita funcional correspondiente. Nace del todo llamado *empleo público*. Si se desvertebra una función especial, como la de administrar justicia en un caso dado, se carece de *poder público*, porque tan solo se tiene la potestad de juzgar ese caso. Es obvio, pues, que *abuso de autoridad* solo comete quien tiene *autoridad pública* y esto implica el título de funcionario y un grupo de funciones adscritas a este título.

ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ plantea la posibilidad de que un particular sea su cómplice "según los principios de la cooperación delictuosa principal y secundaria"³. Nos parece imposible, puesto que no puede atribuirse un poder del que se carece siendo un particular. Es cierto que el art. 25 advierte que "Las circunstancias personales del autor que agravan la punibilidad y las materiales del hecho, se comunicarán al partícipe que las hubiere conocido", pero también es cierto que el título de *empleado público*, aunque es una *circunstancia personal* del autor, no es una *agravante* del abuso de autoridad, sino una determinante de su existencia como delito: porque se trata de un *empleado oficial* su abuso es este delito, puesto que si no tuviera la investidura, no lo sería. Además, la tal investidura no es *circunstancia material* del hecho.

Cometer es el verbo rector que indica dos posibilidades y, en último término, solamente una: que el autor, por sí o por interpuesta persona o cosa, sea arbitrario o injusto con terceros. *Cometa* es tanto como decir que *tenga* la voluntad de dirigir abusivamente su poder en perjuicio ajeno, sea que actúe por sí mismo o mediante la actividad de otra persona o de alguna cosa no humana, como sería el empleo de una *computadora* ordenada para emitir datos que perjudiquen a otros. El Código de Rocco emplea el único verbo *cometer*, en tanto que el de ZANARDELLI usaba dos: *cometer* y *ordenar*.

La Corte Suprema hace una diferencia entre el acto arbitrario y el acto injusto con estas palabras: "(son) situaciones de suyo diferentes: se abusa de la función cuando se desborda o se restringe indebidamente sus límites o se utilizan con fines protervos; se abusa del cargo, cuando se aprovecha de modo indebido la vinculación que este puede tener con una situación concreta que el empleado no está llamado a resolver o ejecutar por razón de sus funciones"⁴.

El pensamiento anterior incurre en el error de utilizar la frase "desbordamiento de la órbita funcional" como si con ella se señalara un abuso de sus propias funciones, cuando quiera que el verbo "desbordar" significa salirse de sus bordes o límites, y esto es *extralimitarse*; desde que el servidor público se

³ ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ, *Tratado teórico y práctico de derecho penal*, t. I, Medellín, Publicaciones de la Pontificia Universidad Bolivariana, 1949, pág. 114.

⁴ Cas., 1961, "G. J.", t. XCV. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO, *Jurisprudencia*, t. I, pág. 28.

extralímite, está desbordando las funciones que le asigna la ley o el reglamento. El abuso funcional no es desbordamiento sino mal uso de las labores que le corresponden a su cargo oficial, según exprese la norma jurídica pertinente. Hay abuso de funciones cuando las ejecuta indebidamente, haciendo lo contrario a lo debido-hacer o cuando las restringe, omitiéndolas, o las utiliza con fines protervos. El *abuso del cargo* es extralimitación o desbordamiento que lleva, necesariamente, a la arbitrariedad y a la ejecución de tareas que no le corresponden.

No resultó muy clara la distinción intentada por la Corte. Según ella, lo *arbitrario* depende del capricho del funcionario, pese a lo cual, a la postre, resultó una *ilegalidad*. Lo *injusto* depende de su oposición con el texto o el espíritu de la ley, lo cual resulta otra forma de proceder ilegalmente. Por consiguiente, ¿cuál es la verdadera diferencia? Según parece, porque ella afirma que el *caprichoso* obra funcionalmente porque le vino en gana hacerlo, y el *injusto* porque la ley se lo permite, pero de manera diferente a como quiere hacerlo. ¿Pero por qué lo primero ha de conducir al *abuso del cargo* y lo segundo al *abuso funcional*?

JESÚS BERNAL, siguiendo a STEFANO RICCIO, hace una diferencia entre *injusto*, *ilegal* y *arbitrario*. Ilegal es lo que se opone a la ley, oposición que podrá hacerse violando su sustancia o su forma. Hablan de *ilegalidad formal* e *ilegalidad sustancial*. Arbitrario es el acto nacido del arbitrio del empleado público, que es tanto como un acto nacido, no de la ley, sino de sus pasiones, sus debilidades o sus imprudencias. Es su capricho, y puede ser tanto una ilegalidad formal como sustancial. La injusticia es lo que resulta de la ilegalidad⁵.

Legítimo, dice LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, es voz que expresa la existencia de un *derecho* basado en leyes y el sometimiento a ellas. Legítimo es lo que se ajusta al derecho, en cuanto lo preceden leyes. No podemos entender la *legalidad* de los actos, sino en tanto cristalicen sobre un sistema de derecho⁶. De esta manera, los actos de las personas que conviven bajo un sistema de *derecho*, por una parte *reconocen* su existencia, y por otra se ajustan a sus leyes. En este sentido son legítimos. Lo *injusto* se refiere a un derecho que reconoce en su existencia, para contrariarle en su sustancia. La *injusticia* de los actos de la administración, sabe que hay un sistema de leyes y para lograr sus fines, se aparta de su esencia preceptuadora o normativa. Lo injusto no desconoce la existencia ontológica de un *derecho* que rige, sino que ajusta su pretensión a la infracción de sus *leyes*. Resulta así un medio derecho o un derecho falso, pero no un anti-derecho, porque lo *injusto* tiene existencia dentro del derecho. Lo *injusto* hay que referirlo al *derecho* justamente para *contrariarle*.

Lo *arbitrario* es la negación del derecho como orden existente, y por lo tanto, la negación de una *legalidad* que existe. Lo *arbitrario* no reconoce la

⁵ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 167 y ss.

⁶ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1972, págs. 618 y ss.

ontología de lo legal, porque no acepta la preexistencia del derecho. Si lo *injusto* valora el derecho para contrariarlo, lo *arbitrario* no valora el derecho, porque lo desconoce. Decir que hay un "acto de derecho arbitrario" resulta absurdo, porque lo arbitrario no reconoce esfera *jurídica*. En este sentido ha dicho muchas veces la Corte que la *arbitrariedad* existe por el capricho del funcionario, y en este mismo sentido decía RECASÉNS SICHES que lo *arbitrario* no se califica por los valores de lo jurídico, sino como una manifestación del poder social.

Arbitrariedad e injusticia, no obstante, coinciden en una cosa: ambas conducen a la anarquía y al despotismo. En esta forma, lo arbitrario resulta casi fenoménico: puede haber un acto *arbitrario* y *equitativo* "cuando la negación del derecho, en un caso dado, tiene el sentido de establecer una solución más justa para el mismo", dice LEGAZ Y LACAMBRA⁷, como sería el denominado *estado de necesidad* que, al decir de KANT, prescinde del *deber ser* normativo (de la ley) para juzgarse por el *derecho de necesidad* (moral). Lo único que observamos a LEGAZ Y LACAMBRA es que lo *arbitrario* jamás resulta *justo* porque es la negación del derecho, pero sí puede ser *equitativo* si al prescindir del *derecho* se logra un equilibrio humano más cercano a lo perfecto.

Injusticia es reconocimiento de la ley y desobediencia a su sustancia preceptuadora, en tanto que *arbitrariedad* es actuar *sin leyes*. Así ocurría en el *derecho imperial* romano de sus últimos tiempos, *derecho divino de los reyes* que fundamentó el gobierno feudal de la Edad Media. LEGAZ Y LACAMBRA hace cita de SAN ISIDORO, reproducido por el *Fuero Juzgo*, que enseñaba: "rey serás, haciendo el derecho"⁸, y bien conocida es la frase de Luis XIV cuando afirmaba que "el Estado soy yo". Al contrario de lo que se cree, lo *arbitrario* no siempre ha resultado negativo al orden social, en tanto que lo *injusto* sí, porque reconoce un imperio superior que es la ley.

La equidad reemplaza o cubre los vacíos de legislación y desdibuja el capricho que significa lo arbitrario. Lo dice el Código de Procedimiento Civil cuando en su art. 37, num. 8, dispone como deber del juez: "decidir aunque no haya ley exactamente aplicable o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales del derecho sustancial y procesal".

Entendemos, con la sentencia de la Corte atrás citada, que lo *arbitrario* desconoce la ley y en este sentido la viola, pero porque la supera. Lo *extralimitado* es arbitrario puro, porque la extralimitación de su órbita legal de funciones supone el rechazo completo al ordenamiento y existencia de lo legal. Lo *abusivo funcional* es *injusticia* porque, conociendo los mandamientos de la ley en materia funcional, los viola. Así y todo, no siempre lo arbitrario es delito: *arbitrario* es el poder que tiene el juez para señalar los términos en que se cumplirán sus actos, cuando la ley procesal no los fijó previamente⁹.

⁷ LEGAZ Y LACAMBRA, ob. cit., pág. 654.

⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, ob. cit., pág. 655.

⁹ Código de Procedimiento Civil, art. 119.

Pero volviendo a la tipicidad del art. 152, la *arbitrariedad* del acto del funcionario es punible, porque sin derecho alguno perjudicó a terceras personas. Por esta misma razón, la arbitrariedad del acto de funciones es la medida de su *dolo*, según lo expresa la Corte, porque quien así actúa, tiene una clara inclinación a expresar en esta forma sus sentimientos de hacer daño¹⁰.

El *abuso de autoridad* es tipo de resultado. En el tipo del art. 171 del Código de 1936 se decía esto con las palabras "contra una persona o contra una propiedad", eliminadas de la tipicidad del art. 152 del Código actual. No necesitaba decirlo, porque es obvio que el acto *arbitrario* o *injusto* que realice, estará dirigido a *dañar* a alguien en sus derechos. Como delito que es, deberá resultar *antijurídico*, según preceptúa el art. 4º del Código Penal. Una *arbitrariedad* penalmente inocua o fenoménicamente *equitativa* no es punible. Así lo dice la Corte:

"Para que se infrinja el art. 171 del Código Penal, es menester que el acto arbitrario o injusto vaya en detrimento de una persona o de una propiedad, y en el proceso debe aparecer demostrado que causó ese perjuicio, para que pueda haber lugar a deducir responsabilidad contra el funcionario por infracción de dicha norma"¹¹.

Sección II. Omisión por denuncia

1. LA NORMA

Art. 153. *Abuso de autoridad por omisión de denuncia*. El empleado oficial que teniendo conocimiento de la comisión de un delito cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en pérdida del empleo.

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 174 del Código de 1936 decía así:

El funcionario o empleado público que, teniendo conocimiento de la comisión de un delito, cuya averiguación deba adelantarse de oficio, no dé cuenta a la autoridad, incurrirá en multa de cinco a doscientos pesos.

Si tiene conocimiento del hecho en el ejercicio de sus funciones, la multa será de diez a quinientos pesos.

¹⁰ Cas., 1954, "G. J.", t. LXXVIII. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO, *Jurisprudencia*, t. III, pág. 671.

¹¹ Cas., 1949, "G. J.", t. LXVI. Cita de SARASTI MONTENEGRO, *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. I, pág. 31.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los *empleados oficiales*.

b) *Acción descrita*: Indicada por la frase verbal: "No dar cuenta...", y con una circunstancia de modo: "teniendo conocimiento".

4. ANÁLISIS

La omisión de denunciar delitos, cumplida por quien ostenta el título de empleado público, se concretó en el Código de ZANARDELLI como un "Delito contra la administración pública". De allí la tomó el doctor CÁRDENAS cuando la propuso a la Comisión redactora del Código de 1936, manifestando que una de las obligaciones funcionales del empleado público es la de denunciar cuanto delito conozca, "por el solo concepto de su carácter de funcionario"¹².

Por manera que en esta forma consideraba el maestro ZANARDELLI la obligación de *denunciar* como una más de la órbita funcional del empleado público, como se desprende del comentario que, sobre aquella norma, hacen los italianos SALTELLI y ROMANO DI FALCO:

"El Código abrogado preveía la omisión de denuncia como una violación del funcionario público a sus deberes en el título de los delitos contra la administración pública; el Código vigente lo prevé en este capítulo (delitos contra la administración de justicia) en consideración a la prevalencia de la lesión al bien jurídico, es decir: el interés público relativo a la persecución judicial de los delitos"¹³.

Así lo tomamos nosotros y ninguna objeción parece haberse tenido en cuenta al reproducirla en este nuevo Código como "Delito contra la administración pública", cuandoquiera que resulte abiertamente forzada la tesis de la obligatoriedad funcional de *denunciar* que cabe a todo empleado oficial, puesto que es una obligación común a todo coasociado, por lo menos en el segundo inciso del art. 25 del Código de Procedimiento Penal, en donde aparece claramente exigida la obligación a "todo habitante del territorio colombiano", cuando conozca delitos investigables de oficio, sin tardanza a dicho conocimiento y con un límite de edad en que la obligación surge: 18 años cumplidos.

Pero nuestro Código actual no solamente la mantuvo como delito contra la administración pública, sino que eliminó la obligatoriedad penalmente exigible a quienes no ostenten el título de funcionario, al eliminar la tipicidad contenida en el art. 201 del Código del 36 como delito. A lo menos en ello fue consecuente: si el denunciar delitos es obligación funcional y proviene de la investidura de empleado público, no puede exigírsele tal *función pública* al particular que carece de dicha investidura oficial.

¹² *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*. Parte especial, t. II, segunda edición oficial. Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, acta 123.

¹³ CARLO SALTELLI y ENRICO ROMANO DI FALCO, cita de BERNAL PINZÓN, en ob. cit., págs. 193-194.

Pero entonces el *deber* exigido por el art. 25 del Código de Procedimiento Penal a todo asociado colombiano, es nugatorio, pues no hay coerción penal que lo haga exigible. Además, resulta absurdo que la obligación de poner en conocimiento de la autoridad la comisión de un delito, no exista sino para los *empleados públicos*, si todos los demás también conviven en el mismo país, y necesitan de la misma acción de la justicia. Por otra parte, teniendo en cuenta el momento de franca decadencia moral que se vive en Colombia, cuando todo el mundo rehúsa prestar su cooperación a la justicia, así sea como *testigo* y mucho menos como *denunciante*, cuando campea la *inseguridad* rural y ciudadana como consecuencia de este mutismo, la eliminación del delito de *omisión de denuncia* como una especie de *encubrimiento*, es hasta inmoral, si se nos permite la valoración. Salvo, desde luego, que al omitente de denuncia se le adecue al tipo básico de *encubrimiento* que el art. 176 denomina *favorecimiento*, lo cual resulta inadecuado, para decir lo menos, porque solo sería delito cuando se omite una denuncia "para ayudar a eludir la acción de la autoridad", lo que indica un *elemento subjetivo* que hace el caso muy específico.

Este es un tipo de actividad omisiva y psicológica, de la esfera del conocimiento, indicada por la frase verbal: "no dar cuenta" que se complementa con la expresión que es una circunstancia de modo: "teniendo conocimiento de la comisión de un delito... etc."

Tener conocimiento es tanto como aprehender con la mente la existencia de una cosa, hecho o idea, junto con la firme creencia en su realidad, según lo expresa la Academia. Conocer, por lo tanto, es entender.

HESSEN, en su magnífica obra, distingue entre tres formas de *conocer*, a saber: conocimiento discursivo, conocimiento espiritual y conocimiento sensible¹⁴.

El primero se obtiene razonando sobre la esencia y cualidades del objeto que se pretende conocer; esto es, ubicándolo, comparándolo, escrutando su forma y sustancia y sacando conclusiones de todo ello. Es buscar la profundidad de algo, dice ORTEGA Y GASSET: "lo que hay en ello de reflejo de los demás, de alusión a los demás. El reflejo es la forma más sensible de existencia virtual de una cosa en otra"¹⁵. De esta manera, *conocer* es buscar el *sentido* de lo que se pretende conocer, que es como la sombra mística que sobre ella vierte el resto del universo.

El segundo, que es el *espiritual*, se da cuando se razona sobre él, pero arrancándolo de las cosas que viven frente a nosotros, como una necesidad de existencia. Sin la cual no tendrían *sentido* las demás. Lo *uno*, en cuanto es una entidad que existe en sí y se basta a sí misma, es problema que viene preocupando al pensador desde los tiempos de PARMÉNIDES; a lo menos se nos cuenta así. La unidad absoluta y final, a la que HARTMANN llamaba "el ser en sí", solo la

¹⁴ J. HESSEN, *Teoría del conocimiento*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1973, págs. 96 y ss.

¹⁵ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, "Meditaciones del Quijote", en *Revista de Occidente*, Madrid, 1970, pág. 73.

concebimos quienes bebimos de España su espiritualidad y misticismo, en la idea divina. En lo demás, tiene razón ORTEGA cuando escribía que poca cosa es una cosa, si solo fuera ella misma en su aislamiento. En cada cosa hay una potencialidad de ser mucho más: "diríase que cada cosa es fecundada por las demás". Se traban y se armonizan y estructuran nuevas cosas, a las que pretendemos conocer. Pero su causa final o última, la deducimos como una *necesidad existencial*: tiene que ser él, porque es lo único, "en sí". Lo demás tiene existencia "en otro".

El tercero es el conocimiento intuitivo o sensible, que es el que se tiene entrando en contacto con la materia. Es la forma sensible que en nosotros toma la existencia de las cosas. Porque, al decir de ORTEGA, para conocer no podemos destronar a la intuición. "Es demasiado ancho el mundo y demasiado rico, para que asuma el pensamiento la responsabilidad de cuanto en él ocurre"¹⁶. Es lógico que la intuición también es razonante; porque lo más humano del hombre es su razón.

En consecuencia *conocer* es razonar para *comprender*. Más se conoce cuando se razona comprensivamente. Es un proceso subjetivo en quien conoce. Y a esta comprensión llega mediante su razón que le hace discursivo en veces, o que le lleva *de necesidad* al objeto de su conocimiento, en otras, o que le mete las cosas por los sentidos, en otras. Así lo entendió nuestra Corte Suprema de Justicia cuando dijo que el "tener conocimiento" del art. 174 del Código de 1936, "es una cuestión subjetiva. Es tener la creencia de que un ilícito se ha cometido. La obligación de denunciar está sujeta al criterio que el funcionario tenga sobre la ilicitud del hecho de que se trata..."¹⁷.

Conocer es sintetizar en la conciencia la multitud de objetos que se nos aparecen, y armonizarlos para comprenderlos e inferir de ello lo *verdadero*. El poder de síntesis que tiene nuestra conciencia no nos minimiza frente a la infinitud de lo absoluto; por el contrario, nos aumenta permitiéndonos una concreción del "todo" a un acto unitario de conciencia.

Pero respecto a conocer que un hecho es delito, no siempre el conocimiento sensitivo es suficiente. Si lo que alguien presencia es la entrega de dinero que hace una persona a otra, por ejemplo, sensiblemente no ha comprendido la *criminalidad* del acto: que esa primera persona era un procesado por delito, que esta segunda era el juez que habrá de juzgarlo, y que este dinero trata de *comprar* una sentencia absolutoria. La comprensión de su *criminalidad* será meta-sensible, por decirlo así, porque es un *conocimiento razonante* lo que hará que aquella comprenda que el tal juez vendió su poder funcional a tal persona y por aquel dinero.

No obstante, hay hechos punibles que se *comprenden* en toda su densidad punitiva con la sola percepción sensible del suceso fenoménico. Si lo que se presencia es el acto de disparar un revólver sobre otra persona y que esta

¹⁶ JOSÉ ORTEGA Y GASSET, *ibídem*, pág. 78.

¹⁷ Autos: octubre 11 de 1944, "G. J.", t. LVIII, pág. 349; junio 1º de 1949, "G. J.", t. LXV; julio 19 de 1949, "G. J.", t. LXVI, pág. 448.

cae ensangrentada y muere, se está *conociendo* la ejecución y agotamiento de un homicidio, sin necesidad de introducirse en el conocimiento razonable de tal hecho. Pero aun así, téngase en cuenta que eso que se nos está metiendo por los ojos no lo *conocemos* con ellos, sino que la inteligencia se vale de la vista para aprehender lo que *conoce* solo ella. PLATÓN decía que los ojos son un camino para el *conocimiento* del alma.

Claro es que a la persona que tiene conocimiento de un delito no le corresponde valorarlo jurídicamente, si no tiene el título y el poder del juez. No puede afirmarse que tener conocimiento es llegar hasta ubicarlo en los tipos del Código Penal, valorar su antijuridicidad y su justificación y valorar la culpabilidad del autor. Pongamos un caso: si alguien presencia cuando una persona dispara sobre otra y esta muere, presencié la configuración fenoménica de un delito de *homicidio*. Si su conocimiento razonante le indica que quien disparó había sido agredido actual e injustamente por quien resultó muerto y que aquel no pudo defenderse de otra manera, razonadamente conoció, al propio tiempo que su conocimiento sensitivo, la existencia de una causal justificativa del hecho, que excluye lo antijurídico de este y que lo adecua al cuarto numeral del art. 29 del Código Penal vigente. Pero en este ejemplo el conocimiento que la obliga a denunciar el hecho, es el sensitivo, y el razonante no lo exime de este deber, puesto que es verdad que "esa ubicación o calificación, no le corresponde al denunciante sino al juez"¹⁸.

Para terminar este aparte, recordemos que aquello de que se tiene conocimiento es un *delito* y no una *contravención*, diferencia que hace el art. 18, ibídem. El conocimiento de lo contravencional no es de obligatoria denuncia a la *autoridad competente*, como tampoco todo delito conocido es denunciante. Lo es, siempre y cuando sea de investigación *oficiosa*. En el Código Penal hay un grupo de delitos cuya investigación solamente cabe mediante denuncia especializada de parte legítima, que se llama *querrela*. Estos no son denunciabiles sino por quien tiene derecho a ello.

Otro interesante punto que resolver, es el de verificar con cuánto tiempo se cuenta para denunciar un hecho punible de investigación oficiosa. La dificultad se hace muy seria, si se tiene en cuenta que el *conocimiento razonante* del hecho punible, cuando este es necesario para *comprenderlo* como delito, es un fenómeno absolutamente subjetivo y que el art. 25 del Código de Procedimiento Penal dice que esta denuncia se pondrá *inmediatamente*. Por consiguiente, entre el momento en que *comprendió* que se trataba de un delito oficioso en su instrucción y aquel en que lo denunció, ¿cuánto tiempo habrá de transcurrir para que se entienda *inmediatamente* denunciado?

Se queja BERNAL de que la ley no consagra un lapso de tiempo bien concreto, como sí lo hacía para el particular a quien procesalmente se obliga a la misma denuncia del empleado oficial, pero lo cierto es que no existe término legal para ello. Según la Academia, lo *inmediato* es lo que no admite mediación o dilación. La mensura del tiempo que, transcurrido, se entiende *sin media-*

¹⁸ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 196.

ciones, se deja a prudente criterio del juez, analizadas las causas que ocasionaron una eventual demora. Si pudiendo hacerlo antes, omitió su *inmediato* traslado a la autoridad competente, obviamente hay *omisión de denuncia*. Es que el retardo también viola la obligación de hacerlo *inmediatamente* cuando de tal retardo se perjudica notoriamente la investigación de este hecho, por ejemplo, porque se perdieron pruebas. Una denuncia tan tardía que haga nua-toria toda investigación, es tanto como omitirla.

Nos preguntamos si la obligación funcional del empleado público es la de *denunciar* como dice el título del art. 153, o simplemente la de *informar* a la autoridad competente. Es que la *denuncia* es un acto jurídico con formalidades propias estipuladas por el art. 27 del Código de Procedimiento Penal que, entre otras cosas, implica la presentación al funcionario de instrucción, la recepción previa de un juramento y la exposición verbal, recogida en un acta que debe firmar, o la entrega de escrito que contenga el hecho denunciado, igualmente suscribiendo acta que lo contenga. En la tipicidad del art. 174 del Código de 1936 simplemente se decía: "no dé cuenta a la autoridad", con lo cual el problema se obviaba, pues se cumplía con el deber de informar del delito, si lo cuenta a la policía judicial, sin formalidades de ninguna especie, incluso oralmente. Pero la rotulación dada a cada delito en los tipos del Código de 1980 nos obliga a cambiar de criterio: se trata de una formal *denuncia*, pues el delito se comete por *omitir denuncia*, según este rótulo del art. 153.

Ahora bien, si es una formal *denuncia*, la autoridad ante quien se deba *dar cuenta* será la de instrucción criminal correspondiente. No cumplen con el deber funcional de *denunciar* quienes informan a autoridades diferentes a las de instrucción, así sea *policía*, salvo si se trata de *policía judicial* autorizada por la ley para recepcionar una denuncia^{18 bis}.

Sección III. Revelación de secreto

1. LA NORMA

Art. 154. *Revelación de secreto*. El empleado oficial que indebidamente dé a conocer documento o noticia que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cinco (5) años, en multa de un mil a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años.

Si del hecho resultare perjuicio, la pena será de uno (1) a cinco (5) años de prisión, multa de cinco mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

(Adicionado por el art. 32 de la ley 190 de 1995 con el texto siguiente: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley

^{18 bis} Hoy, Fiscalía General de la Nación.

que tengan penas de multa, esta será entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 173 del Código de 1936 tipificaba la *revelación de secretos* con esta norma:

El funcionario o empleado público que haga conocer pública o privada mente documentos o noticias que deba mantener en secreto o reserva, incurrirá en la privación del empleo y en multa de diez a quinientos pesos si no mediare perjuicio. Si de tal hecho resultare perjuicio, en vez de multa incurrirá en arresto de diez días a dos años...

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Aquellos que quedan comprendidos en la calificación legal de *empleados oficiales*.

b) *Abuso de poder*: El conocimiento de lo secreto o reservado le llegó por razón de su investidura funcional. La revelación indebida de ello constituye un abuso del poder de que está investido.

c) *Acción descrita*: *Haga conocer* es la frase verbal que contiene el núcleo de lo criminoso, a lo cual se advierte que tal revelación será delictuosa cuando se hace *indebidamente*. Son valores normativos de este hecho típico, el *secreto* y lo *reservado* de cuya indebida revelación se trata.

4. ANÁLISIS

La figura típica, tomada del Código de Rocco (art. 326), fue redactada de tal modo que el *secreto* o la *reserva* deben ser mantenidos por el empleado oficial, aunque el conocimiento de ello le haya sido suministrado ilegalmente y por fuera de sus funciones. La descripción del tipo es genérica, en este sentido: "el empleado oficial" que "indebidamente" haga conocer noticias "que deba mantener" en secreto o reserva, podrá ser aquel que las conoce en uso de su función o por fuera de ella, lícita o ilícitamente. Parte de su deber funcional, de las tocantes a la investidura que ostenta, será conservar sin revelación lo que por su naturaleza debe permanecer secreto o reservado.

La diferencia entre un *documento* y una *noticia* la da la Academia: el primero es formal y, en general, escrito. La segunda es oral y, por ende, no tiene más forma que la voz humana. Lo documentado consta en algo tangible, guardado, contentivo de lo *secreto* o *reservado*. Tales son, por ejemplo, los escritos en papeles, las fotografías, las grabaciones, las pinturas o dibujos, los planos o diagramas, etc. La *noticia* del *secreto* puede transmitirse entre quienes *pueden* conocerlos, de palabra, sin constancia documentada de su existencia.

No existe ninguna razón de orden normativo que permita diferenciar entre el secreto y la reserva como objetos de la tutela penal. El actual art. 8° del Código de Procedimiento Penal se limita a afirmar la reserva de las etapas investigativa e instructiva del proceso, y el 74 de la Constitución habla con eufemismo del "secreto profesional" como "inviolable", pero no lo distingue de lo reservado. Según este texto, será el legislador el que señale los límites entre ambos. Por lo pronto está en vigencia la ley 57 de 1985 en cuyo art. 12 se dispone así: "Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se expidan copias de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan el carácter de reservados conforme a la Constitución o a la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional".

No obstante, el texto de la ley no traza distancias entre lo que es secreto y lo simplemente reservado; sin embargo, no solo el art. 154 del Código Penal sí lo hace, sino que el texto transcrito arriba hace diferencia entre los documentos relativos a la defensa y seguridad nacional y los demás que contengan otra "reserva legal", según el lenguaje del art. 13 subsiguiente. No hay ninguna duda que lo secreto mantiene una órbita de sigilo más estrecha que lo reservado, y que, según la ley, deben permanecer en secreto lo relativo a la defensa y la seguridad nacional, dejando lo demás a la categoría de lo reservado. Es más, el citado art. 13 de la ley 57 de 1985 declara la prescripción de toda reserva en un lapso de treinta (30) años, mas no de lo secreto.

De acuerdo con el concepto de MANZINI, tanto lo secreto como lo reservado implican una órbita de conocimiento funcional limitado a un grupo pequeño de individuos. La única distinción es que lo secreto tiene una órbita de sigilo más estrecha que lo reservado, y su trato reprochable es más severo respecto de ciertos *secretos* y más amplio en cuanto a toda *reserva*. Así, dijo el maestro en relación con lo *secreto*:

"Es el límite puesto por la voluntad jurídicamente competente a la cognoscibilidad de un hecho, de un acto o de una cosa, de modo que estos queden actualmente destinados a permanecer ocultos para toda persona distinta de las que legítimamente los conocen, o para aquellos a quienes no se los manifieste el que tiene el poder jurídico de extender o suprimir dicho límite, o por fuerzas voluntarias o involuntarias independientes del querer de quien tiene la disponibilidad jurídica del secreto..."¹⁹

Las características del *secreto*, según opinión de MANZINI, son la de protección o tutela de intereses colectivos, como la seguridad del Estado, su independencia, su estabilidad financiera y económica, la libertad de sus súbditos, etc. Para cuidar de tales valores, se limita el conocimiento de ciertos datos cuya divulgación incidiría en la integridad de aquellos. El límite de conocimiento o de divulgación de lo *secreto* tiene un legítimo custodio, que es aquella persona o grupo de personas que pueden extenderlo o suprimirlo, e inclusive señalar cuáles son los *conocimientos* cuyo texto o contenido deba permanecer en *secreto*.

¹⁹ VINCENZO MANZINI, *Tratado de derecho penal*, t. VI, Buenos Aires, Ediar, 1954, pág. 249.

Sea que al Estado se lo considere un fin en sí mismo, como lo creía Kelsen²⁰, o un medio ordenado de consecuencia del bienestar común que se entiende metafísica, como lo predicaba la escolástica, lo cierto es que el *acto administrativo* es acto de Estado, emanación del orden jurídico dentro del cual funciona, y un medio por el cual el derecho provee al interés público, que necesariamente es el interés privado de sus asociados, y que, al fin de cuentas, es ese mismo bienestar común de SANTO TOMÁS.

Si los actos de la administración tutelan el interés de los hombres que componen el Estado, de ellos emanan órdenes que rigen sus actos o custodian sus intereses. Quien ostenta el poder gubernamental, tiene en sus manos el conocimiento de lo que conviene a mantener este orden y dará aquellas que sea preciso para conservar sus valores vitales. Solo quien gobierna tiene posibilidad de conocer cuáles son los actos de la administración de público o ilimitado conocimiento o divulgación, y cuáles deben permanecer reducidos a unos pocos de los mismos gobernantes, para tutelar mejor ese *bienestar común*. De todos modos, no son las leyes las destinadas a encajar en sus preceptos cuáles conocimientos deben permanecer en *secreto* absoluto; es el gobernante, como persona, como individuo razonante y lógico, quien señalará el acto administrativo que deba permanecer en limitada órbita de conocimiento, porque solamente su mentalidad directriz sabrá extender o limitar esta órbita, en cada momento de vida del Estado. No podemos esperar que la ley, que es un escrito emanado de los representantes del pueblo, ni la Constitución, que es otro escrito que procede de su soberanía, contengan un catálogo previo de actos *secretos*. La conveniencia de limitar su conocimiento solo la sabe el hombre que gobierna. Es su *arbitrio*, en el sentido que dimos atrás a la palabra *arbitrariedad*.

La Corte Suprema enfrentó la reserva del sumario con el texto del art. 154 del Código Penal, diciendo que el trato que el Código de Procedimiento le da a esta "impide atender como norma preferente el art. 154 del Código Penal, preceptiva que se queda para violaciones de reservas o secretos que son extraños al sumario penal"^{20 bis}. Esta jurisprudencia, que data de 1984, se refiere al art. 314 del decreto-ley 409 de 1971 (Código de Procedimiento Penal, vigente en ese entonces), en el cual se daba trato especial a la violación de la reserva sumarial. Pero el art. 8º del actual decreto-ley 1700 de 1991 no lo hace, limitándose a señalarlo como una de las reservas de ley. Entonces la consecuencia obvia es que la misma hoy sí constituye un delito tipificado y punido conforme dice el art. 154 del Código Penal.

Pero lo que sí debe aclararse es que lo *secreto* o *reservado* es siempre un *acto de administración*, porque la órbita de divulgación de todo aquello que conviene a la colectividad, no se puede limitar y menos punir su divulgación, sino cuando se trata de acto del Estado. El interés individual no puede privar a

²⁰ HANS Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1973, págs. 52 y ss.

^{20 bis} Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de junio 7 de 1984.

los demás del conocimiento de lo que pueda resultarles igualmente útil, a no ser que la ley proteja ese interés, dentro de determinados requisitos de tiempo y de servicio comunitario, como sucede con los llamados *secretos de industria*.

Ahora bien, si lo secreto es lo no divulgable, sino dentro de una órbita de conocimiento que indica la autoridad gubernamental que señaló qué cosa merecía tal calificación, la *reserva* es lo mismo, pero dentro de una órbita de divulgación más amplia y un sistema de protección de su ocultamiento menos severo. Es, pues, cuestión de forma, no de sustancia: "se trata de noticias no secretas, porque en un determinado lugar y dentro de un conocido círculo de personas, no se les puede mantener ocultas de manera que son cognoscibles por un inconcreto número de individuos por el solo hecho de que estos se encuentren en aquel lugar o pertenezcan al grupo..."²¹.

Hay, pues, en esta tipicidad un grupo de valores normativos en su descripción fáctica, que no se pueden llenar con normas de derecho preexistente, sino que dependerán de las *razones de Estado* aducidas por el legítimo gobernante, con quien, de todas maneras, se debe contar. Qué es lo que debe permanecer en *secreto*, quiénes están dentro de su órbita legítima de divulgación; y, por lo tanto, cuándo uno de sus legítimos conocedores, inclusive si es arbitrario conocedor del *secreto* pero es empleado oficial, lo da a conocer por fuera de este límite, son cosas que no se podrán establecer en un proceso penal, sino con el gobernante que dispuso este secreto.

De la misma manera: cuando una divulgación de lo *secreto* es legítima, se sabe cuando el gobernante que dio carácter de secreto a la noticia o documento, lo manifieste. Será divulgación *indebida* cuando para ello no se contaba con quien dio la orden de guardarla en secreto.

Hemos hablado del *secreto* y muy poco de la *reserva*. Precisamente porque lo *reservado* sí es de orden legal. De tres nos acordamos en este momento: de la *reserva bancaria*, de la *reserva de la prueba* y de la *reserva del proceso*. Y es de orden legal, porque su órbita de conocimiento y posibilidad de divulgación es más amplia, permite la intromisión de personas ajenas al sitio donde se encuentra lo reservado y es imposible, como ocurre con un proceso penal en un juzgado, guarecerla de todo curioso.

Dar a conocer lo secreto o reservado, es divulgar su conocimiento. Bien sea que el ostentador del secreto o reserva deba custodiar el documento o noticia como deber funcional, o que, abusivamente, lo adquirió, pero sigue ostentando el carácter de *empleado oficial* y, como tal, adquiere el deber de guardarlos. "La violación del secreto puede efectuarse en cualquier forma" dice MAGGIORE, y agregamos: puede divulgarse a otro empleado oficial y se agotará el delito, aunque este nuevo empleado público adquiera el deber de mantenerlo y de hecho lo mantenga. Puede divulgarse por escrito u oralmente. Puede recibir dinero o dádiva a cambio de su divulgación, o hacerlo por motivos políticos o sentimentales. Cuando más, desde luego si era de su órbita funcional

²¹ VINCENZO MANZINI, ob. cit., pág. 249.

conservarlo, concursará con un cohecho. Si se trata de "secretos políticos, económicos, estatales o militares", su divulgación constituye *espionaje*²².

Los *secretos*, según lo manifestado, pertenecen a la esfera estatal. La reserva puede permanecer en la privada, como la *reserva industrial*²³. Revelar un secreto, es acción cumplida por el empleado oficial, según el tipo que estudiamos, y conforme al art. 119, que trata del "secreto político, económico o militar", aquel será coautor; pero solamente un cómplice del autor, si es secreto de Estado, no militar, ni económico estatal ni político.

Por último, se trata de un delito doloso. Como no admite culpa la divulgación de lo *secreto* o *reservado* se debe hacer con conocimiento y voluntad de divulgar lo que se sabe secreto o reservado. Si lo admitió por mano ajena, el dolo es claro, mas no si lo facilitó por imprudencia o negligencia, porque la culpa no es punible. Asimismo, si la violación del secreto o de la reserva no repercute en daño al Estado, será igualmente punible, porque se trata de un delito de mera conducta. El daño material que causa, solamente agravará su punibilidad.

Sección IV. Utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva

1. LA NORMA

Art. 155. *Utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva*. El servidor público que utilice en provecho propio o ajeno, descubrimiento científico, u otra información o dato llegados a su conocimiento por razón de sus funciones, y que deban permanecer en secreto o reserva, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años, multa de un mil a diez mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término, siempre que el hecho no constituya otro delito.

(Adicionado con el art. 32 de la ley 190 de 1995 con el texto siguiente: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 176 del Código de 1936 decía lo siguiente:

El funcionario o empleado público, o el encargado de un servicio público, que utilice en provecho propio o ajeno, inventos, descubrimientos científicos o nuevas aplicaciones industriales, llegados a su conocimiento por razón de su

²² Código Penal (decreto-ley 100 de 1980), art. 119.

²³ *Ibídem*, art. 283.

cargo o servicio, y que deban permanecer en secreto, incurrirán en multa de cincuenta a mil pesos y en arresto de dos (2) meses a tres (3) años.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los *empleados oficiales* cuya función o investidura los ponga en conocimiento del descubrimiento científico, información o dato secreto o reservado.

b) *Abuso de poder*: Por abuso funcional, puesto que la norma estatuye: "llegados a su conocimiento por razón de sus funciones".

c) *Acción descrita*: Indicada por el verbo *utilizar*, referido al descubrimiento científico o información o dato secreto o reservado, de orden privado.

Hay una circunstancia de modo en la narración típica, cuando advierte el tipo, que se trata de utilizar un secreto o reserva, que conoce en ejercicio de sus funciones.

4. ANÁLISIS

Originalmente se trató de proteger aquellos descubrimientos aplicados a la industria o a técnicas comerciales. La razón de ser de esta tipicidad no es como en la anteriormente analizada, la de proteger el *secreto* como emanación de actos de Estado no susceptibles de ser divulgados, ni de *reservas* impuestas por la ley a ciertos actos estatales o particulares. En realidad, se trató de proteger toda técnica científica que constituya un invento o descubrimiento aplicado al comercio o a la industrialización del país, en el campo de la iniciativa privada. Fue, por lo menos, este el criterio del redactor del art. 176 del Código del 36, doctor RAFAEL ESCALLÓN, quien lo explicó así:

"Con esta fórmula se procura una protección industrial que hoy en día es indispensable. Gracias a ello no quedan impunes los funcionarios que por razón del cargo tienen conocimientos de nuevas máquinas y nuevos inventos, estando, como es natural, obligados a guardar silencio"²⁴.

De conformidad con las leyes sobre marcas y patentes, el registro de ellas implica la reserva de aplicaciones industriales que reformen o mejoren las ya conocidas y la guarda de aquellas fórmulas que constituyan una verdadera invención o descubrimiento científico, como ocurre generalmente en la farmacia. Los empleados que en ejercicio de su cargo tengan bajo su custodia tales fórmulas, como los empleados de los laboratorios de control sanitario del país, están en conocimiento de tales descubrimientos o inventos o innovaciones industriales, por sus funciones mismas. Revelar esta reserva o *secreto* constituye un delito conforme el art. 154. Pero emplearlo el mismo funcionario en su provecho o para provecho de terceros, no es revelar el secreto o la reserva, porque no es darla a conocer de otros. Es gozar de ella sin licencia, y en ello

²⁴ *Trabajos preparatorios...*, cit., t. II, acta 124.

estriba este delito. La revelación de la *reserva* industrial hecha por el particular, recibe sanción conforme al tipo del art. 238, y la utilización de los inventos o descubrimientos científicos, debidamente patentados, también la reciben en el art. 237, cuando el autor no es servidor público. Si lo es, los tipos aplicables son los que estamos analizando, puesto que ello implica abuso de poder.

La única advertencia que debe hacerse al respecto, es que mientras el art. 176 del Código de 1936 obligaba a la guarda del secreto o reserva industrial, tanto al funcionario encargado *funcionalmente* de custodiar los descubrimientos o inventos respectivos, como al empleado público que, aun extrafuncionalmente, se enteraba de ellas, el tipo del art. 155 sanciona al empleado que se aprovecha de lo secreto o reservado, cuando su conocimiento le viene por razón de sus funciones. De tal modo que aquel empleado que lo conoce por fuera de ellas y se aprovecha de tal conocimiento, será procesado por el art. 237 o 238, en su caso.

Conocimiento de lo secreto o reservado, y su *utilización* en su provecho o ajeno, son los dos actos que señala el verbo *utilizar*. Conocerlo es entenderlo porque se puede disponer de él, por razón de sus funciones orbitales. El Código de 1936, para señalar aquel objeto del secreto o reserva a que se contrae esta tipicidad, hablaba de *inventos* o *descubrimientos* o *aplicaciones nuevas* pero relativas a la industria. La tipicidad del art. 155 actual solo habla de *descubrimientos científicos*, agregando *otras informaciones o datos* recibidos por el mismo empleado oficial en ejercicio de sus funciones. Lo excesivamente genérico del tipo actual, permite aplicar la norma a todo aquello, industrial o no, de origen público o privado, que funcionalmente sea conocido por el empleado oficial, deba permanecer en secreto o reserva, y sea utilizado por él en provecho suyo o ajeno, sin revelarlo. Es decir, sin divulgar el secreto o la reserva del descubrimiento o de la información o del dato correspondiente. Como dijimos, el origen del tipo legal, tomado del art. 325 del Código de Rocco, fue el de tutelar los secretos o reservas de carácter industrial. La norma actual sobrepasa esta tutela al proteger todo tipo de dato reservado o secreto, sea para la industria o no, que se encuentre en manos de empleados oficiales.

Utilizar es aprovecharse de una cosa, según la Academia. Por lo tanto, el empleado que utilice el descubrimiento o la información o el dato secreto o reservado, deberá haber obtenido provecho de ello, para que el delito se agote. El delito no es formal, como dice BERNAL, ni aun en el tipo de 1936, porque el verbo rector era el mismo. Es delito de resultado y se agota con el daño cumplido mediante el aprovechamiento indebido²⁵.

Tentativa es posible y la cooperación del particular también. Solo que cuando una persona, no servidor público, utilice algo secreto por haberlo divulgado el empleado encargado de su custodia funcional, cometerá este el delito del art. 154 y no el 155, y el particular será, de todos modos, su cómplice. Es que la utilización no es la divulgación del secreto o reserva, sino su aprovechamiento por quien debe custodiarlos como servidor público.

²⁵ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 207.

Sección V. Abandono del cargo

1. LA NORMA

Art. 156. *Abandono de cargo*. El servidor público que abandone su cargo sin justa causa, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Si el agente ejerce autoridad o jurisdicción o es empleado de manejo, se le impondrá, además, arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 178 del Código de 1936 decía así:

El funcionario o empleado público que, sin causa justificada, abandone su cargo antes de que se poseione el individuo que ha de reemplazarlo, incurrirá en multa de cinco a trescientos pesos.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los *servidores públicos*, pero de la lista del art. 63 únicamente quienes ostentan el título y la función como tales.

b) *Abuso de poder*: Indicado por las palabras *que abandone su cargo*.

c) *Acción descrita*: Con el verbo *abandonar* como rector, indica la necesidad de continuar frente al cargo público que ocupa hasta su legal reemplazo por quien ha de continuar con la función.

4. ANÁLISIS

Señala BERNAL el art. 252 del Código argentino como el origen del nuestro, por la gran similitud que tiene con tal norma.

La ley penal tutela con esta tipicidad la continuidad y eficacia de la administración pública, al frente de la cual siempre habrá de existir alguien que la preste. Permanecer frente a su cargo es deber del funcionario y, obviamente, emanado de su órbita funcional. De allí que al abandonarlo sin causa justificada ni reemplazo en él, hace daño a la administración pública. Así lo dice la Corte, cuando advierte:

"Uno de los deberes oficiales es el de permanecer al frente de la oficina o despacho que deba desempeñarse, y atenderlo en la forma prevista en las leyes o reglamentos..."²⁶

²⁶ Cas., 1956, "G. J.", t. LXXXIII, cita de DOMINGO SARASTI, en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. I, pág. 54.

Abandonar dice la Academia, es dejar o desamparar una cosa apartándose de ella, o dejar de frecuentarla, por lo que el hecho de *abandonar el cargo público* es emintemente doloso. Abandono lo hay, si el servidor público se aparta de él porque lo desprecia y no quiere retornar más. La *inasistencia injustificada* carece del ánimo de no retorno, por lo que es la simple negligencia en el cumplimiento de sus funciones, y este delito no admite figura culposa. Ha dicho la Corte que "dejar de asistir injustificadamente a la oficina o cerrarla sin motivo legal, o limitar indebidamente las horas de trabajo o de despacho público ... se describe como falta disciplinaria" en el Estatuto de la Carrera Judicial²⁷.

A nuestro entender la *inasistencia negligente* a los despachos oficiales, si bien es cierto no se adecua al tipo legal descrito en el art. 156 del Código Penal, sí encaja perfectamente en la figura típica del art. 152, y que se denomina *abuso de autoridad*. En efecto, si el servidor público no tiene *ánimo de no retorno*, sino simplemente negligencia en el servicio público, por ejemplo cerrando la oficina sin motivo legal, limitando el horario de despacho al público fuera de las horas señaladas por la ley, suspendiendo el trabajo por huelga, el hecho será arbitrario, se habrá extralimitado en el ejercicio de sus funciones, lesiona la administración pública y los intereses del ciudadano que tiene derecho constitucional a la prestación continua y eficiente de los servicios del Estado, y lo hace con *ánimo de abuso de funciones*, que es dolo suficiente en esta figura. El hecho no puede quedar impune y limitado a una sanción disciplinaria.

Abandonar el cargo es, por lo tanto, separarse de él para no retornar nunca, y lo hay solamente cuando la persona a quien se va a reemplazar lo deja, sin esperar la presencia del reemplazo. Una circunstancia digna de consideración, será esta: en tanto que el art. 178 del Código del 36 advertía que el abandono es punible cuando se produce "antes de que se posesione el individuo que ha de reemplazarlo", el art. 156 del Código actual se limita a advertir que el abandono debe ser "sin justa causa". El verbo *abandonar*, pues, lleva implícita la advertencia expresa del Código de 1936: lo hay solo cuando quien deba sucederlo en la prestación de la función no se ha presentado a reemplazarlo. En tal caso, la dejación del cargo sí es un desprecio a la función que se ejerce. Porque si se abandona una vez reemplazado, es obvio que no hay delito. Quizás el redactor del Código de 1980 consideró inútil la advertencia, por lo obvio de la situación planteada, pero de todos modos no sobraba incluirla en su tipicidad.

Más aún, la norma del art. 156 que se analiza, se complementa con la del art. 281 del Código de Régimen Político y Municipal, según la cual el empleado oficial no debe abandonar el lugar de sus funciones mientras no se haya *nombrado* la persona que deba reemplazarlo. *Posesión o nombramiento* significan que la persona que reemplazará al empleado que se retira del cargo público, debe comenzar a prestar la función correspondiente, y ello implica la apre-

²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, auto de marzo 3 de 1989.

hensión material de dicho cargo, más que la *posesión* o el *nombramiento* como actos jurídicos formales que son en sí.

Por esto, pues, se entiende reemplazado un empleado oficial en su cargo, cuando ha hecho entrega objetiva o física del cargo que ocupa a su reemplazo legítimo.

En materia de licencias para retirarse temporalmente del cargo, porque quien hace uso de ellas no abandona su cargo, ni mucho menos debe entenderse como un acto de desprecio a la función pública que desea seguir ejerciendo, no habría delito si la usa antes del reemplazo. Al respecto el art. 298 del Código de Régimen Político y Municipal advierte que el usuario de la licencia debe esperar al reemplazante para salir del cargo. Obviamente que si no lo hace, el cargo será disciplinario, no jurídico-penal. Por lo demás, observamos en la norma citada una franca incongruencia al disponer en su segundo inciso que cuando la licencia se concede "con justa causa" no es necesario esperar el reemplazo, y ello hace suponer que se pueden solicitar y obtener licencias "sin justa causa", lo cual es claramente absurdo. Una cosa es que se concedan licencias para separarse temporalmente de un cargo, sin necesidad de comprobación de la causa u objeto del retiro, y otra que el objeto que se compruebe sea alguna *calamidad doméstica* o *personal* del empleado que la solicita, lo que sería algo más que "causa justa", porque sería una causa "justa y grave" y las demás simplemente "causas justas". Pero por "causas injustas" nunca se podrá conceder licencia.

El abandono del cargo es doloso. La Corte lo señala cuando lo define como "la dejación dolosa de los deberes que el cargo impone a los funcionarios públicos, supone en estos intención dolosa, es decir, conocimiento de que con su ausencia va a producirse daño en la administración pública..."²⁸.

Por manera que el abandono supone dos estados intelectivos muy claros: a) el de desprecio o desamparo de la función que ejerce, y b) el propósito de no retornar más al cargo, al momento del abandono. La consecuencia de lo anterior será el estar advertido de que, con este acto, la administración pública encomendada a él va a recibir el daño de la orfandad en que la sume. Que el propósito de dañarla, directamente nacido de sus sentimientos, no es preciso comprobarse.

La "fuerza mayor" o el "caso fortuito" siguen siendo las únicas causales que *justificarían* el abandono, porque lo harían justo, esto es: no antijurídico. Por ejemplo, si el abandono es debido a amenazas de perder su vida o la de sus familiares, o motivada por razones de salud, la "fuerza mayor" o el "caso fortuito" claramente comprobado, eliminarían la calidad delictiva del abandono. La Corte lo dijo con estas palabras:

Uno de los deberes oficiales es el de permanecer al frente de la oficina o despacho que deba desempeñarse, y atenderlo en la forma prevista en las leyes o reglamentos, pero esa asistencia está condicionada a la seguridad o a la integridad personal del funcionario, pues para que se configure el delito de

²⁸ Sentencia de 1952, "G. J.", t. LXXIII, págs. 115 y ss. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO, en *Jurisprudencia...*, t. I, pág. 50.

que se habla, es menester que haya una dejación dolosa de los deberes que el cargo impone al empleado... Quien se retira o abandona su cargo por graves motivos de salud, no comete el delito previsto en el art. 178 del Código Penal..."²⁹.

Por esto hemos dicho que el abandono supone el *desprecio* de la función oficial que se desempeña.

Sección VI. Asesoramiento y otras actuaciones ilegales

1. LA NORMA

Art. 157. *Asesoramiento y otras actuaciones ilegales.* El empleado oficial que ilegalmente represente, litigue, gestione o asesore en asunto judicial, administrativo o policivo, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años.

Las penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad si el responsable fuere funcionario o empleado de la rama jurisdiccional o del ministerio público.

(Adicionado con el art. 32 de la ley 190 de 1995 cuyo texto dice: "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

En el art. 179 del Código de 1936, esta tipicidad se redacta así:

Los empleados del orden judicial o los agentes del ministerio público, que fueren mandatarios en asuntos judiciales o administrativos, o abogaren en ellos, aunque estén en uso de licencia, o que aconsejaren a cualquiera de las partes litigantes, incurrirán en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término.

Los demás funcionarios o empleados públicos, que no pudiendo ser mandatarios ni abogar en asuntos judiciales o administrativos, violaren esa prohibición, incurrirán en la pérdida del empleo y en multa de diez a quinientos pesos.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos:* Los *empleados oficiales* especificados en el art. 63 del Código Penal y a quienes sea posible ubicar en esta tipicidad.

²⁹ Sentencia de 1956, "G. J.", t. LXXXIII. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO, en *Jurisprudencia...*, t. I, pág. 54. Reiterado en sent., 25 marzo 1982, citada en *Código Penal*, Bogotá, Legis, art. 156.

b) *Abuso de poder*: Por abuso de la investidura oficial.

c) *Acción descrita*: Señalada por cuatro verbos: *representar, gestionar, litigar y asesorar*. El tipo contiene varios valores normativos: la incompatibilidad del cargo público con el ejercicio profesional de abogado: los *asuntos* judiciales, administrativos o policivos, en los que habría de ejercer la profesión con ilícita dualidad de funciones.

4. ANÁLISIS

Al tratar de la "contratación indebida" se hizo referencia a la inhabilidad del empleado oficial para desempeñar dos cargos o funciones públicas al mismo tiempo, y de la incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo o función pública y la contratación con el Estado. En este tipo está tratándose de la incompatibilidad entre el ejercicio de un cargo o función pública con el de la profesión liberal de abogacía.

La incompatibilidad para el ejercicio de la profesión de abogado con el desempeño de algunos cargos públicos es de origen constitucional y surgió claramente al aprobarse el art. 30 del acto legislativo 1 de 1936, incluido más tarde en el art. 110 de la Constitución, que prohibía a los miembros del Congreso Nacional el ejercicio coetáneo del cargo público como legisladores con el ejercicio de esta profesión. Más tarde se complementa con la ley 8ª de 1958 que prohíbe a todo servidor público intervenir como abogados en negocios que, cuando ejercieron su función, pasaron por sus manos.

En la Constitución actual aparece el art. 121 que dice: "Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuye la Constitución y la ley".

El lenguaje de la norma constitucional es claro: "ninguna autoridad del Estado" se refiere a todo servidor público; "funciones distintas" se refiere al desempeño de cualquier labor diferente de la que está adscrita a su cargo, lo que conlleva la prohibición de ejercer su profesión de abogado, si lo es. "Función" dice la Academia de la Lengua en su segunda acepción, es acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio, por lo que no es limitante al cargo público.

Por manera que la regla es la de que el empleado oficial —y en ello no existe ninguna diferencia de jerarquía— no debe ejercer la profesión de abogado, ni durante el ejercicio del cargo, ni al separarse de este, hasta por término de un año, cuando se trate de asuntos en los cuales hubo alguna intervención suya como empleado oficial. Si constitucionalmente se ha subrayado la inhabilidad para los miembros del Congreso, no quiere decir ello que la prohibición de suyo no exista para todo empleado público. La prohibición no surge del Código Penal mismo, sino de los estatutos legales y constitucionales que le precedieron. Por ello la tipicidad que analizamos advierte que se trata de la *ilegal* representación, litigio, gestión o asesoramiento por el empleado oficial.

La diferencia con el *prevaricato* del art. 151 consiste en que el ilícito *asesoramiento* del prevaricador se hace en asunto sometido a su personal decisión, en tanto que este tipo de *abuso de autoridad* contempla el *asesoramiento* en asuntos sometidos a decisión de otros funcionarios.

La cualidad de los sujetos activos no solamente está en la función pública que desempeñan, sino en la profesión de abogados que pueden ejercer. Se refiere al empleado oficial abogado, no a cualquier empleado oficial, pues se trata de poder *representar* o *litigar* o *gestionar* o *asesorar* en casos sometidos a la *justicia* o a las autoridades administrativas o a las policivas, y de acuerdo con el art. 229 de la Constitución y leyes que lo desarrollan, la profesión de abogado es necesaria para poder ejercer esta clase de actos.

Le está vedado a todo empleado público que sea abogado, *representar* a terceros o representarse a sí mismo, con desconocimiento de las normas sobre la incompatibilidad en el ejercicio de la profesión de abogado. *Representar* es verbo que señala la sustitución de alguien por otra persona, hacer sus veces, según la quinta acepción que le otorga la Academia. Representan el padre o la madre a los hijos, el guardador al pupilo³⁰; el que por escritura constitutiva en sociedad de comercio, haya sido designado tal³¹; el mandatario o procurador al mandante o comitente³²; el profesional a quien designe el juez como curador *ad litem*, respecto del incapaz que carece de representación legal o está impedido para asistir al proceso, o ausente³³.

La representación no necesariamente exige el requisito previo de la profesión de abogado. Representan personas indoctas en derecho a las sociedades de comercio, por ejemplo; no obstante, acuden a juicio como demandantes o demandadas y pueden designar sus *procuradores* o *mandatarios judiciales*. Estos sí son abogados, en virtud de la Constitución Política y la ley orgánica de la profesión de abogado. No obstante, la prohibición para *representar* existe para todo empleado público en quien, desde luego indebidamente, coexistieran las calidades de empleado público y representante de alguna sociedad comercial. Ni podría ser tal, ni conferir mandato a un abogado para que acuda, en su representación, a juicio.

Obviamente, la *representación* es prohibida para quien recibe el mandato de *representar*. Un empleado público puede ser demandado o demandante en un proceso judicial o administrativo o policivo, y podrá constituir *mandatario* suscribiendo con él contrato de representación. Lo que no podría es ser *representante* de la persona jurídica, por incompatibilidad con su cargo público, ni guardador de pupilos, y tampoco conferir *representaciones* como tal. Pero sí podría otorgar representación en nombre de sus hijos, lo que no sería ilegal.

El art. 179 del Código de 1936 empleaba el sustantivo *mandato* en vez de la *representación* del art. 157 actual. El *mandatario* representa al *mandante*,

³⁰ Código Civil, art. 62 y decreto-ley 2820 de 1974, art. 1°.

³¹ Código de Comercio, arts. 832 y ss.

³² Código Civil, arts. 2142 y 2144.

³³ Código de Procedimiento Civil, art. 45.

pero esta representación queda circunscrita al uso de un poder o contrato de mandato, como el profesional de la abogacía hace respecto de sus clientes. La *representación* actual hace más extensivo su campo de acción prohibitiva: no solamente les está prohibido representar mediante un mandato, sino también como representantes legales, guardadores, gerentes o directivos en sociedades de comercio, curadores *ad litem*, al síndico de la quiebra³⁴ y al albacea con tenencia de bienes, en el proceso de ejecución³⁵. Ninguno de estos casos de representación queda comprendido bajo el título de *mandatarios* porque no cumplen sus tareas por causa de un mandato, sino que *representan* por ministerio de la ley que les otorga el poder de representar.

También empleaba el art. 179 la voz *abogue*, que en sentido estricto es lo mismo que *litigar*. *Abogación*, dice la Academia, es disputar en juicio, mientras que litigar es defender en juicio, y por ello en ambas expresiones se señala la actividad propia de la profesión del abogado. A diferencia de la *representación*, la *abogación* o *litigio* exige el título profesional en el empleado oficial que la cumple, indebidamente.

Para la Corte Suprema los verbos rectores "representar", "gestionar" y "asesorar" se confunden en el litigio: "del texto se tiene que la conducta sancionada consiste en representar, gestionar o asesorar, ilegalmente, en asunto judicial, administrativo o policivo. Son cuatro verbos usados por el legislador que en verdad todos conducen a una misma acción: «abocar», o también defender en juicio, o interceder por otra persona o de uno mismo, ya sea de palabra o por escrito"³⁶.

El texto anterior no es claro, puesto que al tiempo que confunde el significado de los verbos "representar", "gestionar" y "asesorar" en la misma voz de "abogación", que es actividad de abogado, distingue entre "ejercer la profesión de abogado", "defender en juicio" e "interceder por otra persona", frases que separa con la vocal disyuntiva *o*.

La identificación que pretende la sentencia indicada no es exacta, toda vez que la ley penal no emplea repetitivamente verbos diferentes para expresar la misma idea; por eso el art. 3º del Código Penal dice que "la ley definirá el hecho punible de manera inequívoca". Lo cierto es que se puede representar o gestionar sin tener la calidad de abogado, y si quien tal hace tiene al mismo tiempo la investidura de servidor público, comete este delito, como sería el caso del que al tiempo que empleado oficial es gerente de una empresa de comercio.

En vez de "aconsejar" que empleaba el Código de 1936, el nuevo tipo legal usa los verbos "asesorar" y "gestionar"; "asesorar" es oficio propio de un asesor y la segunda acepción que da la Academia a esta palabra, es la de un "letrado a quien por su oficio le corresponde aconsejar o ilustrar con su dictamen

³⁴ Código de Comercio, art. 1953, num. 1.

³⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 81, inc. 2º.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, casación de abril 7 de 1987. Cita al pie del art. 167 del Código Penal, compilación de Editorial Jurídica de Colombia, Medellín, 1990.

a un juez lego". Ello circunscribe el asesoramiento a la actividad del perito que, según la misma Academia, es el experto, hábil, sabio, y también coincide con la descripción que del mismo hace el art. 264 del Código de Procedimiento Penal. Desde luego que el abogado también asesora al juez, que espera sus alegaciones, con lo que se desprende que el trabajo de asesoría se realiza siempre por un docto que ilustra o aconseja al servidor público. Este tipo humano de sapiente que "asesora" no es, necesariamente, un abogado; cualquiera, siendo servidor público, puede asesorar a los demás, desde que se lo crea un sabio.

La *gestión* es tanto como hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, según concepto académico. La diligencia se podrá cumplir oralmente o por medio de escritos, con formalidades o ritualidades de ley o por la simple influencia amistosa e informal. La gestión no requiere, por lo tanto, la calidad de abogado en quien la cumple, en este caso, el autor de este delito.

Según el art. 2142 del Código Civil, el *mandato* es un contrato mediante el cual se encomienda una *gestión* al mandatario. Mandato, pues, es el continente contractual y gestión es el contenido del contrato; la diligencia que debe cumplir según convenio, siguiendo las voces académicas. Pero la *gestión* del art. 157 de nuestro Código Penal no puede identificarse con la obligación contractual del *mandatario*, sino que tiene un sentido más amplio, puesto que la tipicidad que estudiamos emplea indistintamente las expresiones *representante* y *gestor* separadas por la vocal *o* que hace la disyuntiva. Desde siempre enseña la gramática castellana que la vocal *o* es la decimoctava letra del abecedario español y cuarta de sus vocales, y que se trata de una conjunción disyuntiva que denota diferencia, separación o alternativa.

Por consiguiente, la *gestión* del art. 157 es la *simple recomendación* no contractual ni confundible con el *mandato* de que trata el art. 2147 del Código Civil, cuando la diferencia de este. Es el típico tráfico de influencias con abuso de amistad, en nuestro lenguaje popular e indocto, llamada *intriga*, a la que somos tan aficionados los herederos de España, lo que castiga el Código Penal cuando habla de *gestiones*.

El art. 179 del Código Penal de 1936 advertía que el ejercicio del mandato le está prohibido al empleado oficial, "aunque estén en uso de licencia". La advertencia era innecesaria y se prestó a errores, por cuanto fue colocada hacia la mitad de la oración típica, con lo cual el *asesoramiento* o *consejo* les era factible a los jueces en ejercicio de licencia, mas no la *abogación* o *ejercicio del mandato*. Y a los demás empleados públicos se les permitía ejercer *mandato* y *abogar* en uso de licencia. El hecho de haberse suprimido la advertencia de la redacción típica, no quiere decir que el empleado oficial pueda *representar* o *gestionar* o *litigar* o *asesorar* en uso de una licencia, porque lo que la licencia hace es separar al empleado público del ejercicio de la función, sin perder la investidura. Por esto el art. 291 del Código de Régimen Político y Municipal dice que la licencia es un *derecho* a separarse de sus funciones hasta por 60 días renunciables, y el art. 292 advierte que perderá su empleo si,

al finalizar el período de licencia, no retorna automáticamente al cargo que desempeñaba. Luego lo que se suspende es el ejercicio de sus funciones, pero sigue ostentando su título o investidura, tanto que debe retornar, sin más requisitos, al concluir la licencia. La pérdida de la investidura es la que marca la pauta para recuperar su libertad de ejercer su profesión de abogado, y, se repite, la licencia no hace perder esta.

Para concluir la agravación de penas, cuando el empleado público que *representa o gestiona o aboga o litiga* pertenece a la rama jurisdiccional o es agente del ministerio público, es herencia del Código de 1936, que disponía la tipicidad punitiva más gravosa para ellos en el mencionado art. 179.

Sección VII. Intervención en política

1. LA NORMA

Art. 158. *Intervención en política.* El empleado oficial que forme parte de comités, juntas o directorios políticos, o intervenga en debates o actividades de este carácter, incurrirá en interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a tres (3) años.

Se exceptúan de lo dispuesto en el inciso anterior los miembros de las corporaciones públicas de elección popular y las personas que ejercen funciones públicas de modo transitorio.

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 180 del Código Penal de 1936 estaba redactado en la siguiente forma:

En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior, incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos:* Los *empleados oficiales* señalados por el art. 63 del Código Penal, a excepción del que desempeña funciones públicas transitoriamente y de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, como senadores, representantes a la Cámara, diputados y concejales.

b) *Acción descrita:* Señalada con la frase verbal *formar parte* y relativa a *comités o juntas o directorios* de carácter político-partidista, que tiene valor normativo en este tipo.

4. ANTECEDENTES

El art. 8º de la ley 80 de 1930 habló por primera vez de esta dualidad ética, mas su represión era disciplinaria y no jurídico-penal. El artículo decía: "Ninguno de los funcionarios del poder judicial, de lo contencioso-administrativo y del ministerio público, ni ningún empleado administrativo nacional, departamental o municipal, podrá formar parte de directorios o comités políticos, ni poner al servicio de la política las funciones que ejerza. La violación de lo dispuesto en este artículo constituye causal de mala conducta".

Posteriormente, la ley 105 de 1931, que fue nuestro antiguo Código Judicial, concretó esta prohibición para los empleados de la rama jurisdiccional, con estas palabras: "Tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates de este carácter".

Por lo tanto, hasta la vigencia de la ley 95 de 1936, existieron dos tratamientos reprochadores de la intervención en política del empleado público, diferentes en su origen: la ley 80 de 1930, para todo empleado público del orden administrativo o rama ejecutiva, y el Código Judicial, para todo empleado de la rama jurisdiccional. Obviamente, quedaban excluidos en uno y otro estatutos los miembros del Congreso, al referirse estos expresamente a las otras dos ramas del poder público.

Vino después la vigencia del Código Penal de 1936, y la Comisión redactora integrada en 1933, con ponencia del doctor CÁRDENAS, incluyó en su texto el art. 180 arriba transcrito, con lo cual la intervención en política, de todo empleado o funcionario público, en cualquiera de sus tres ramas, quedaba prohibida y punida como *delito*. Es obvio que el Código Penal derogó los estatutos anteriores, no solamente porque se trataba de una ley general en donde se recogía y normaba toda la materia penal, sino porque daba mayor entidad jurídica al hecho, al sustraerlo del régimen disciplinario para hacerlo parte de los delitos.

Con posterioridad a la adopción del Código Penal de 1936, y por medio del acto legislativo 1 de 1945, se introdujo el que fue art. 70 de la Constitución de 1886, que prohibía la intervención en política mediante el siguiente texto:

"Los funcionarios de la rama judicial y los empleados subalternos de la misma, así como los miembros del ministerio público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo".

La norma no fue muy feliz: por una parte retornaba al régimen disciplinario de 1930 y se enfrentaba al Código Penal. Por otra parte, su mala redacción prohibía a todo servidor público "ser miembro activo de partidos políticos", expresión vacua, imprecisa, pues si la "política" es el arte de conducir el Estado para el bien común, no se le puede prohibir a un servidor del Estado tener ideas políticas y expresarlas con su oficio, y eso es "actividad política". De lo que se trata es de impedir que el servidor público ponga su labor al servicio

exclusivista o preferente de determinado sector o partido político. En su lenguaje fue más acertada la ley 80 de 1930.

El art. 6° del plebiscito de 1957 incluyó una norma que complementaba la Constitución de 1886, haciendo extensiva la prohibición a los "empleados y funcionarios de carrera administrativa". Pero introdujo en la Constitución la frase: "tomar parte en actividades de partidos y controversias políticas" con la cual la dificultad antes anotada persistía: ¿como desproveer de ideas políticas si estas, bien entendidas, son el servicio del Estado?

Con respecto a la política y al servicio público, la fórmula ideal que contenga equilibradamente señalados los límites de lo debido-hacer y lo debido-no hacer, sin detrimento de la armonía en el país, no ha sido perfecta.

Pero el art. 127 de la Constitución de 1991 ha sido el peor de todos. Dice:

"A los empleados del Estado y de sus entidades descentralizadas que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política, cargos de dirección administrativa o se desempeñen en los órganos judicial, electoral, de control, les está prohibido tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos en las controversias políticas, sin perjuicio de ejercer libremente el derecho al sufragio. Los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley..."

Si de lo que se trata es de garantizar la prestación eficaz del servicio público a todo habitante del territorio colombiano, sin tener en cuenta sus convicciones políticas, la fórmula no fue clara. Pero lo grave es que su texto, además de confuso, es peligroso: en los arts. 122 y 123 de la mencionada Constitución, se dice que toda persona que trabaje por cuenta del Estado en un cargo público, en cualquiera de sus ramas, y en entidades como la nación, el departamento o el municipio, se denominarán "servidores públicos", lo que hemos acogido con beneplácito porque permite extender la aplicación de las figuras típicas del título III del libro II del Código Penal, a todo empleado público. Empero, el inciso 2° del art. 127 hace una lista de empleados del Estado a quienes les está prohibido intervenir en política, al lado de una frase ambigua y contradictoria con lo anterior: "*los empleados no contemplados en esta prohibición podrán participar en dichas actividades y controversias en las condiciones que señale la ley*".

En el listado de empleados del Estado a quienes se les prohíbe la intervención en política no se habla para nada del "servidor público", que era su denominación genérica; se habla, en cambio, de "empleados del Estado", "empleados de entidades descentralizadas", "empleados que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política", de los que "se desempeñan en los órganos judicial, electoral y de control"; desmenuza la función pública entre nombres, competencias y tareas por cumplir, pero no dice en lo absoluto del "servidor público". Se pregunta, entonces, ¿cuál empleado del Estado no es servidor público?, ¿cuáles son los empleados del Estado que sí pueden intervenir en política sin violar la ley penal?, ¿cuál será el servidor del Estado que puede poner su función al servicio de grupos o partidos políticos, porque se lo permite el legisla-

dor, autorizado por la Constitución? A nuestro ver, el art. 127 de la Constitución de 1991 introdujo sigilosamente el fenómeno del "clientelismo" en los cargos públicos, propiciando su impunidad.

Frente al texto transcrito de la Constitución de 1991, lo obvio era pensar que mientras el legislador no desarrolle la facultad de distribuir los servidores públicos entre los que pueden intervenir en política impunemente y los que no pueden, la norma legal imperante es el art. 158 del Código Penal que es de aplicación general. Pero la Corte Constitucional, en sentencia del 13 de octubre de 1993, se anticipó al legislador y, de una vez, dirimió la controversia; dispuso que es regla general la impunidad del servidor público que intervenga en política, y que por excepción no pueden hacerlo dos clases de empleados oficiales:

1) los que ejercen jurisdicción, autoridad civil o política o cargos de dirección administrativa, a los que califica a su arbitrio de "empleados que adoptan decisiones", y

2) los que integran la rama judicial, órgano electoral u órganos de control.

Solamente para ellos está vigente el art. 158 del Código Penal, puesto que los demás sí pueden intervenir libremente en política.

Así dice su sentencia:

"1. La prohibición de tomar parte en las actividades de los partidos y movimientos políticos no es general para los servidores del Estado y de sus entidades descentralizadas, sino que únicamente cubre a quienes encajan dentro de la hipótesis planteada en la norma, cuyo alcance es, por lo tanto, restringido. La regla general consiste hoy en permitir tales actividades aun a los servidores públicos, con las siguientes excepciones:

"a) aquellos que —bien al servicio del Estado o de sus entidades descentralizadas— ejercen jurisdicción, autoridad civil o política o cargos de dirección administrativa. Se trata únicamente de aquellos empleados que adoptan decisiones en cualquiera de los campos dichos;

"b) quienes integran la rama judicial, o los órganos electoral o de control. Aquí no interesa el nivel del cargo que se desempeñe, sino el papel que juega, dentro de la organización del Estado el cuerpo al que se le pertenece (.).

"Los empleados no comprendidos en la prohibición están autorizados expresamente por la propia Constitución para participar en esas actividades y controversias; se deja en cabeza de la ley la definición de las condiciones en que ello se haga, pero no la potestad de extender la prohibición más allá de la previsión constitucional"³⁷.

Según los magistrados que salvaron su voto:

"a) El art. 127 de la actual Constitución solo permite la intervención del legislador después de esta normación política, y solo para señalar las condiciones en que los servidores públicos podrán intervenir en política, no para permitir que el empleado público intervenga en ella.

³⁷ Corte Constitucional, sentencia de octubre 13 de 1993. Expediente C-454.

"b) La frase está redactada en tiempo futuro, lo que no permite autorizar desde el presente a ningún servidor público a intervenir en política arbitrariamente, toda vez que aún no se han dado las condiciones en que este nuevo derecho constitucional vaya a ejercerse.

"c) Mientras no se dicte la ley que separe entre servidores públicos que sí pueden intervenir en política de aquellos que aún les está prohibido, y no se reglamente las condiciones en que aquellos podrán hacerlo, ningún empleado oficial puede hacerlo.

"d) Como quiera que la sentencia constitucional de octubre 13 de 1993 hace tránsito a «cosa juzgada», la ley que se expida por el Congreso con posterioridad, podrá admitir la actuación ilimitada en política de este tipo de servidores públicos, y «tendremos a los empleados públicos como miembros de directorios políticos, y directores de diarios, organizadores de campañas, pues el Congreso no podrá limitar sus actividades»³⁸.

Estamos de acuerdo con que una actividad política desmedida por parte del servidor público, especialmente si se trata de "mandos medios" del Estado, es imprudente y corruptora; la decisión de la Corte Constitucional viola el derecho a la imparcialidad establecido por el art. 209 de la propia Constitución y arrebató el poder otorgado al *legislador por el art. 127*. La "regla general" que se desprende de la síntesis de todos sus textos, es la prohibición de intervenir en política a todo servidor público, precisamente por serlo. Resulta absurdo que los altos empleados del Estado, con "poder decisorio" no puedan intervenir en política sin cometer el delito que tipifica el art. 158 del Código Penal, y los mandos medios o bajos, como un secretario, un mensajero, un agente de policía (son servidores del Estado).

El Consejo de Estado había interpretado con más altura jurídica y ética el art. 127 con estas palabras: "La norma citada (art. 127 Const.) autoriza la participación de determinados empleados del Estado en las actividades de los partidos o movimientos políticos, sujetando el ejercicio de tal actividad a las condiciones que señale la ley.

"No hay lugar a duda que la nueva norma constituye una verdadera innovación en el campo de nuestro derecho público al concederle a determinada clase de empleados del Estado —no a todos— el derecho de participar en las actividades políticas de los partidos"³⁹.

Es que la coexistencia de ambas esferas: la disciplinaria y la jurídico-penal, es posible, puesto que el reproche en cada una de ellas tiene su dimensión y objetivos diferentes: dentro del concepto del orden en que debe funcionar la administración pública la primera, y como medida para el reequilibrio socio-jurídico roto por el delito, la segunda. Para reprochar éticamente el desorden, en lo disciplinario, para castigar, advertir, retribuir y resocializar, en la jurídico-penal. Ciertamente, la aplicación de medida disciplinaria y condena penal, al tiempo, no viola el principio del *non bis in idem*.

³⁸ Salvamento de voto, sentencia cit.

³⁹ Consejo de Estado, Servicio Civil, consulta de marzo 18 de 1992.

La locución *formar parte*, una verdadera *frase verbal*, indica que lo prohibido típicamente es el integrarse, como directivo, a una agrupación política, llámese esta *junta*, como las que usualmente forman los parlamentarios para dirigir sus grupos políticos en épocas de crisis de directivos diferentes, o *comités*, como aquellos que crean las convenciones políticas o dirigentes, ibídem, para dedicarlos a actividades de proselitismo, o *directorios*, que son los jefes o conductores o directores del grupo político. Pero no es una enunciación taxativa, pues lo prohibido es *dirigir* el grupo, solo o en compañía de otros. Por ejemplo, se acaba de hablar de las *convenciones* políticas, agrupación de delegados políticos, de cierto partido, de una región del país o de todo este. Obviamente, una *convención* hace las veces de una asamblea general de accionistas en una sociedad de comercio, y como ella, tiene el poder directriz máximo del partido. Pertenecer a ella e intervenir activa y ciertamente, es formar parte de *juntas* o *directorios* políticos, y está dentro de la prohibición típica. Igualmente, si en vez de integrar con otros esa directiva, se trata de un director o jefe único, pues la expresión *directorio* no es indispensablemente la agrupación plural elegida, sino que con ello se quiere indicar "a quien dirige" ese grupo político.

La intervención en un debate o actividad política, como atrás se dijo, debe interpretarse como la opinión o concepción o expresión ideológica en favor del grupo político. Es un acto necesariamente público de proselitismo político partidista. Daño social no puede haber en la actividad de quien informa a sus amistades o relacionados cuál es el político de sus preferencias, como tampoco lo hay en quien acude a la plaza o lugar público en que vaya a hablar su candidato preferido, como tampoco si hace público su entusiasmo con un "viva" o un "abajo". Por esto hemos dicho que la intervención en actividades políticas que reprime la ley como "delito de intervención en política" es una pública intervención proselitista⁴⁰.

Advierte BERNAL, y no es innecesaria la advertencia, que "formar parte" de *directorios* o *juntas* o *comités* políticos, no es tanto como aceptar un nombramiento que para integrarlos se le haga al funcionario en ejercicio. Es necesario que intervenga en sus deliberaciones. La verdad es que atrás dijimos que la dualidad ética, funciones-dirigente político, se cumple cuando el empleado oficial conjuga en sí mismo las cualidades de empleado público y de director de un grupo político. Por lo tanto, sí es verdad que "formar parte" de un directorio político, es reunirse y resolver como integrante de esta directiva. Al final de cuentas lo prohibido por la ley es ser "directivo político".

Sección VIII. Empleo ilegal de la fuerza pública

1. LA NORMA

Art. 159. *Empleo ilegal de la fuerza pública*. El servidor público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición

⁴⁰ Sentencia, "G. J.", núm. 2210, págs. 373 y ss.

para consumar acto arbitrario o injusto, o para impedir o estorbar el cumplimiento de orden legítima de otra autoridad, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años, multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

(Adicionado con el art. 32 de la ley 190 de 1995 con el texto siguiente "Para los delitos contra la administración pública no contemplados en esta ley que tengan penas de multa, esta será siempre entre diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes de acuerdo con la dosificación que haga el juez").

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 181 del Código de 1936 dispuso lo siguiente:

El funcionario o empleado público que obtenga el concurso de la fuerza pública o emplee la que tenga a su disposición, para consumar un acto arbitrario o ilegal o para impedir o estorbar el cumplimiento de órdenes legítimas de otra autoridad, incurrirá en prisión de seis meses a tres años, e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los *servidores públicos*.

b) *Acción descrita*: Realizable de varios modos, que se indican con los verbos *consumar*, *impedir* y *estorbar*.

Hay una circunstancia de modo en la descripción típica: mediante el empleo de la *fuerza pública* bajo su mando o a su disposición.

Hay una subjetividad en su tipicidad: el impedimento o estorbo de la función pública ajena.

c) *Abuso de poder*: Se trata de emplear la *fuerza pública* como método coactivo para hacer valer las determinaciones del *poder político*. El empleo indebido de este poder, agota un *abuso de poder* que podrá ser funcional o extralimitado.

4. ANÁLISIS

La norma trata sobre el hecho de "obtener el concurso de la fuerza pública" o de "emplear la que se tenga a su disposición". La disyuntiva *o* separa, por lo tanto, dos situaciones bien distintas: o el empleado oficial tiene a su mando, dentro de su órbita funcional, el manejo directo y personal de un cuerpo de la llamada *fuerza pública*, y las órdenes contentivas de la ilegalidad o injusticia las da él mismo; o el empleado tiene poder legal para solicitar de los comandantes del grupo de *fuerza pública* su ayuda o concurso, correspondiendo a ella obedecer esta solicitud. El presidente de la república, el goberna-

dor o el alcalde tienen bajo su mando la *fuerza pública*; lo tiene el director de una cárcel, respecto de los "guardianes carcelarios", etc. En cambio, los jueces en lo penal no la tienen a su disposición, ni siquiera la llamada *policía judicial*, pero su solicitud de auxilio deberá ser atendida sin dilaciones por sus comandantes y directores.

Los cuerpos armados de la república se conjugan en una categoría conocida desde la Constitución de 1886 con el nombre de "fuerza pública". A su vez el art. 216 de la Constitución actual la distribuye en dos ramas que denomina: "fuerzas militares" y "policía nacional". Al definir la primera el art. 217 dice: "La nación tendrá para su defensa unas fuerzas militares permanentes constituidas por el ejército, la armada y la fuerza aérea". Con ello se reformó el art. 166 de la anterior Constitución únicamente en el sentido de emplear las voces "fuerzas militares" como genéricas, y las de "ejército", "armada" y "fuerza aérea" como sus especies.

El capítulo 7° del título VII de la actual Constitución, distingue entre los dos conocidos campos en que debe intervenir la "fuerza pública", a saber: "las fuerzas militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional". Y en relación con la policía nacional dice: "la policía nacional es un cuerpo armado permanente, de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y asegurar que los habitantes de Colombia vivan en paz".

Lo anterior no delimita con suficiente claridad el terreno en que puede moverse cada uno de los cuerpos armados que componen la "fuerza pública", porque en cada caso señala un "fin primordial" lo que significa que pueden tener otros fines no primordiales; primordial es lo primero, el principio, el comienzo; entonces tanto las "fuerzas militares" como la "policía nacional" pueden tener como fin secundario tanto la defensa de la soberanía nacional extra como intra fronteras.

Así que conforme dispone la Constitución, los servidores públicos y, concretamente, la rama judicial, en ejercicio de su función o tarea pública pueden acudir al concurso de la "fuerza pública" en cualquiera de sus dos cuerpos armados, desde el momento en que sus órdenes necesiten el respaldo coercitivo y su colaboración se haga necesaria para hacer cumplir la ley. A su turno, emplear este apoyo para consumar un acto arbitrario o ilegal o para impedir o estorbar el cumplimiento de órdenes legítimas de otra autoridad, es delito que tipifica el art. 159 del Código Penal.

El empleado oficial, pues, debe haber obtenido un real o efectivo respaldo de la *fuerza pública* a su mando o a su disposición. El verbo rector es *emplear* arbitraria o injustamente esta fuerza, no *obtener* su concurso o ayuda. Vale decir, solicitar su intervención no es lo que se repudia, porque se supone que el empleado que la solicita tiene potestad para hacerlo así y por esto comete un *abuso de poder*. El delito consiste en *emplear* la fuerza pública que acudió a su solicitud, de modo arbitrario o injusto. Por esto el delito es de re-

sultado, y este consistirá en la realidad del acto arbitrario o de la injusticia bien sea con propósito de impedir que se cumplan órdenes legítimas de otras autoridades o estorbarlas en su ejecución.

Obviamente que si logró el estorbo o incumplimiento de la orden legítima ajena, o no pudo, no es indispensable para entenderlo agotado con el solo hecho de haber logrado su concurso real y efectivo, para este fin. Desde que la fuerza pública, en obediencia a una legítima solicitud del funcionario, intervenga, el delito se agotó, aunque los efectos no sean los de un estorbo o impedimento real.

Sección IX. *Omisión de apoyo*

El art. 216 de la Constitución actual hizo de la policía un componente de la "fuerza pública", y el art. 221 ibídem, dispuso que los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, se procesarán y juzgarán conforme a lo dispuesto en el Código Penal Militar, que es el decreto-ley 2550 de 1988, en cuyo art. 214 se transcribe literalmente el que fuera art. 160 del decreto-ley 100 de 1980, así:

"Omisión de apoyo. El que rehúse o demore indebidamente el apoyo pedido por autoridad competente, en la forma establecida por la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años".

El art. 215 siguiente agrega una circunstancia de agravación punitiva que no existía en el Código Penal de 1980:

"Agravación punitiva. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una tercera parte a la mitad, si la omisión fuere de prestar auxilio reclamado en operaciones de campaña, por el comandante de una fuerza, buque, aeronave, sin justa causa".

Como consecuencia de lo anterior se entiende derogado el art. 160 del decreto-ley 100 de 1980, Código Penal, por los arts. 216 y 221 de la Constitución de 1991.

CAPÍTULO IX

DE LA USURPACIÓN Y ABUSO DE FUNCIONES PÚBLICAS

1. ANTECEDENTES

El art. 182, correspondiente al capítulo VII de la ley 95 de 1936, estaba construido con tal morfología, que dio lugar a inacabables controversias entre autores y jurisprudencia de la Corte. Decía:

"El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de quince días a un año y en multa de diez a quinientos pesos".

En la Comisión redactora del Código de 1936 había sido presentada su tipicidad por el doctor ESCALLÓN en forma de dos artículos que decían así:

"El que ejerza o pretenda ejercer sin título funciones públicas de cualquier clase, y el funcionario, empleado público o encargado de un servicio público que notificado de una medida en virtud de la cual cesa o queda suspendido legalmente en el ejercicio de su cargo, continúa desempeñándolo..."

"El que fuera de los casos previstos en el artículo anterior, se arrogue indebidamente el título de funcionario público o use el título de tal..."

La anterior tipicidad había sido redactada con base en el art. 166 del proyecto del doctor CONCHA que con tan mala suerte rodara en el Congreso. El citado artículo lo había traducido el doctor CONCHA del art. 185 del Código italiano de ZANARDELLI y calificaba de *usurpador* al que "ejerza sin título funciones públicas", con lo cual se planteaba el problema de quién es *usurpador*: la persona ajena a la administración estatal, que se arroga el *título* de empleado oficial, con lo cual usurpa tanto *título* como *funciones* correspondientes; o el empleado oficial atado desde antes a la administración pública, que invade la órbita ajena, con lo cual no usurpa un título que ya tiene, sino la *función* de otro.

El doctor ESCALLÓN quiso despejar dicho problema con este doble articulado, puniendo al funcionario extralimitado, tanto como al particular que toma arbitrariamente el título y sus funciones. No obstante, la Comisión y, posteriormente el Congreso, no acogieron las fórmulas de ESCALLÓN, sino que redactaron el artículo que fue 182 del Código de 1936².

¹ *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, Parte especial, t. II, 2ª edición oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, pág. 37.

² *Ibíd.*, pág. 270.

La fórmula acogida mediante el mencionado art. 182, era una versión del art. 347 del Código italiano de Rocco de 1930, que decía: "El que usurpe una función pública o las atribuciones inherentes a un empleo público..." y que calificaba el hecho muy genéricamente, sin referirlo a la usurpación del título de la función.

Reiteradas veces la Corte despejó esta incógnita diciendo que el art. 18 del Código de 1936 solamente tipificaba el caso de quien, arbitrariamente, usurpa el título de funcionario con sus funciones adscritas, y no la de quien ostenta un título funcional y solo se arroga la función ajena. En lo que la Corte no fue muy convencida, fue en el destino del funcionario que invade la órbita de otro: queda impune, como cree también PEDRO PACHECO OSORIO³, o es punible conforme al art. 171 del Código de 1936, que equivale al art. 152 del Código de 1980⁴.

Al hacer la exégesis del *abuso de poder*, bien como elemento que compone con otros la tipicidad de muchos delitos estructurados en este título, bien como tipicidad autónoma y estructurada en el citado art. 152, dijimos que el servidor público o funcionario o empleado público, que se nos antoja la misma persona, con el nombramiento y su posesión y el ejercicio fáctico del empleo, recibe no solamente un título y con él un *poder funcional*, sino una órbita o lista de funciones o tareas de origen estatal que se han adscrito o encomendado a su labor. Para hacer esta afirmación citamos allí el art. 122 de la codificación constitucional actual que lo advierte paladinamente. Cada empleado oficial tiene su propia esfera, y, por tanto, *abusa de su poder*, aquel que invada la órbita de otro y se arrogue funciones que no se le encomendaron.

Otra cosa es que alguien, como consecuencia de algo que no podemos explicar con lógica, a no ser que lo haga por una *revolución frustrada*, se tome ese poder, arrogándose el título de empleado público, obviamente con el ejercicio de las *funciones* que este envuelve. El primer caso es de *usurpación de la función* y el segundo la *usurpación del título*. Esta fue la confusión que despertó la tipicidad propuesta por CONCHA, aclarada por ESCALLÓN, pero rechazada por la Comisión de 1936, y es natural que en la del art. 182 del Código de 1936 subsistía la confusión merced a la vaguedad con que fue redactado el único tipo legal.

Es evidente que si *usurpar* es arrogarse la dignidad, oficio o empleo de otro, según dice la Academia, pues un capítulo aparte del de "Abuso de autoridad" para el *usurpador* es tanto como diferenciar entre quien usurpa solamente la función de otro y quien usurpa el título y sus funciones. El usurpador es el que se arroga título, y *abusador* el que tan solo se inviste de funciones que no tiene. No se necesitaba mucho esfuerzo para llegar a la misma conclusión a que llegaron la Corte y muchos autores, BERNAL entre ellos. Pero lo que sí no es explicable es la coexistencia del art. 152 del Código Penal de 1980

³ PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959, págs. 247 y ss.

⁴ Autos: abril 10 de 1942, "G. J.", t. LII, núms. 674 y ss.; agosto 25 de 1950, "G. J.", t. LXVII, núm. 2085, págs. 817 y ss. Sentencia del 16 de marzo de 1951, "G. J.", t. LXIX, págs. 407 y ss.

con el art. 162, *ibídem*, si en ambos se estructura el *abuso de poder por acto extralimitado*.

Hablamos en la exégesis del "Abuso de autoridad" sobre la teoría del acto arbitrario. Siguiendo las enseñanzas de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA advertíamos que lo *arbitrario* es lo nacido por fuera del derecho, y que si lo contraría es porque lo desconoce; al contrario de lo *injustificado*, que acepta la sumisión a un *Estado de derecho* pero viola sus órdenes. Lo cierto es que la tipicidad con que se redactó el art. 152 actual, incluyen el *abuso de poder injustificado*, al lado del *abuso de poder arbitrario*, y que el acto extrafuncional de quien ostenta un título funcional, es arbitrario, y como tal abuso de poder, y encaja perfectamente en el citado delito denominado *del abuso de autoridad*.

Citando a MANZINI, JESÚS BERNAL distingue entre el acto *extralimitado* y el *arbitrario*, quizá para encajar el primero en lo que hoy es tipo del art. 162 y el segundo en el actual art. 152. Para BERNAL, la usurpación es un grado a la extralimitación funcional: quien usurpa invade el campo de acción de la autoridad competente. Así, dice: "Usurpar el ejercicio de la función pública, escribe HUNGRÍA, es investírsela y ejercerla indebidamente, arbitrariamente, sin título legítimo. En el mismo sentido se expresa MANZINI cuando dice que el concepto de usurpar implica el de una arbitraria invasión y, por lo tanto, la falta de una norma jurídica o de un acto de autoridad competente que legitime la conducta del agente"⁵.

Tanto lo arbitrario como lo extralimitado, dijimos atrás, son conceptos de valoración jurídica: decir *arbitrariedad* es negar el derecho, es desconocerlo, es prescindir de él. La ontología del acto arbitrario lo sitúa por encima y por aparte del *Estado de derecho*, porque no sabe de él, no porque lo reconozca y lo viole, porque entonces sería un acto sometido a un ordenamiento jurídico, justamente para oponérsele, para violarlo, y se denominaría: *injusto*. Lo arbitrario no es más que "lo caprichoso", como lo califica la Corte. No es derecho, ni siquiera para violarlo, sino su capricho, lo que impone el empleado público arbitrario. Tiene toda la razón MANZINI, como también NELSON HUNGRÍA y, desde luego, BERNAL PINZÓN, cuando afirman que el acto extralimitado del funcionario es *arbitrario*, porque es acto que desconoce, que prescinde, que hace caso omiso del derecho. No es función tocante, según derecho, con su órbita funcional; no obstante, lo acoge y lo práctica, con lo cual está despojando caprichosamente a otro de sus funciones. No violenta el derecho, porque prescinde de él, al prescindir de su órbita propia. Simplemente es *arbitrario* en hacer como función suya lo que la ley no le ha otorgado en modo alguno. Lo extralimitado sí es arbitrario, aunque constituye un grado menos que esto. Usurpar la función de otro, es acto arbitrario por ser acto *extralimitado*. Por consiguiente, cuando el art. 152 del Código Penal habla del funcionario que "cometa acto arbitrario o injusto", está diciendo lo mismo que el art. 162 cuando habla del empleado oficial que "realice funciones públicas diversas de las que

⁵ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 242.

legalmente le correspondan", porque, repetimos, esta última frase es la del *acto extralimitado*, que es un acto arbitrario.

Sección I. *Usurpación de funciones públicas*

2. LA NORMA

Art. 161. *Usurpación de funciones públicas*. El particular que sin autorización legal ejerza funciones públicas, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

3. LA NORMA ANTERIOR

El art. 182 del Código de 1936 decía así:

El que sin autorización legal ejerza funciones públicas de cualquier clase, incurrirá en arresto de quince días a un año y en multa de diez a quinientos pesos.

4. ESTRUCTURA

a) *Sujeto activo*: El particular, palabras que señalan a quien no ostenta ni el título ni la función correspondiente al empleo oficial.

b) *Acción descrita*: Verbo rector: *ejercer*. Indica una acción que lo ubica dentro de la actividad funcional completa, de modo arbitrario.

5. ANÁLISIS

Aunque el art. 63 del Código Penal había adoptado el sistema de equiparar los términos "empleado público", "empleado oficial" y "funcionario", haciendo una lista de personas cuya investidura y funciones equivalen ante la ley penal, el art. 123 de la Constitución actual salvó todo posible obstáculo o desacuerdo interpretativo al manifestar que todo empleado del Estado, en cualquier rama o jerarquía, se denominará "servidor público". Dice la norma constitucional: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

Se autoriza a ejercer la función a quien ostente legítimamente el título de servidor público y a ceñirse a las que le acomoda la Constitución o la ley o sus reglamentos. Eventualmente la misma ley exigirá al particular, no investido de título funcional, que desempeñe una función pública concreta, como las de árbitro o conjuer, con lo que no forman parte del servicio permanente del Esta-

do. Su tarea les otorga, no obstante, una "cuota de poder público" suficiente para ejercerla, porque sin este no podría realizarla, como la de administrar justicia el congreso. Así en su órbita transitoria tendrán responsabilidades que especifica la ley penal.

En el art. 161 del Código Penal se habla del "particular" que sin autorización legal ejerza una función correspondiente a servidor público y se refiere a quienes carecen de investidura o título funcional, tanto el que no ha tenido nunca vínculos con el Estado, como el que transitoriamente desempeña una función pública concreta, porque en ambos concurre el carácter de "particular", con lo que está de acuerdo el diccionario académico.

Ejercer la función, es poner en actividad un título del que, legítimamente, se carece. La simple jactancia de que se ostenta un título, del que se carece, no es *usurpación* de funciones públicas. Lo es tan solo cuando una persona del común, un *particular*, se mete en las oficinas del Estado, saca de ellas mediante la fuerza al verdadero funcionario y, arrebatándole investidura y ejercicio de funciones, "la ejerce", cumple actos de funcionario que hace ejecutar. Por esto dijimos arriba que esta tipicidad no la entendemos sino como fruto o resultado de una revolución, pero que llegó al *poder* y lo perdió. Advertimos, también, que se trataba de "revolución fracasada".

Qué difícil es hacer un cuadro representativo de lo que llamó una vez la Corte "la teoría de la revolución". Por *revolución* entiende la Academia el cambio violento en las instituciones políticas de una nación. El *orden jurídico*, que es lo que hace que en los linderos del Estado impere un Estado de derecho, se estructura, pacíficamente, mediante el imperio de una Constitución. Por este motivo, la ley penal debe tutelar tal ordenamiento, protegiendo el "régimen constitucional del Estado", como ocurre con el título segundo de nuestro Código Penal. Pero el ordenamiento jurídico impuesto, a pesar de que "tiene pretensiones de valer eternamente", como dice Kelsen⁶, siempre tendrá enemigos, que serán amigos de un orden distinto, al que llamarán *un orden nuevo* y que siempre tendrá adictos convencidos de que será "lo mejor". Por esto se gestan las revoluciones: para echar por tierra las instituciones que se creían eternas, e imponer este orden nuevo. En tal sentido acepta Kelsen que una revolución es la pauta que señala el nacimiento de un nuevo Estado y la desaparición de uno antiguo. Por esto a todo orden jurídico se le asignará un principio, el día en que se promulgó una Constitución, y un fin probable, al llegar al *poder gubernamental* una revolución triunfante, la cual, indispensablemente, promulgará su propia Constitución, que sustentará o afirmará un nuevo orden jurídico.

La revolución triunfante derogará el viejo sistema de derecho e impondrá el propio. Frente a él, quienes ostentaban el poder político dejaron de poseerlo; quienes se investían de un título funcional, fueron desposeídos de él; quienes ejercían un grupo de funciones, ya no las van a ejercer. El poder político,

⁶ HANS KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Editora Nacional, 1973, pág. 195.

la investidura y sus funciones se consignarán en un nuevo *empleado oficial*, y este es el "revolucionario triunfante". Pero es obvio que la revolución *debe ser* triunfadora, porque a cada cambio constitucional, necesariamente subseguirá un cambio de leyes que se ajustarán al nuevo molde constitucional. Si se modificó la Constitución por medio de la revolución, los códigos penales serán nuevos. La delincuencia política habrá dejado de ser tal. El *particular* que "ejerce funciones públicas" según el viejo molde jurídico, será el nuevo funcionario, y en presencia del cambio, sus funciones serán legítimas.

La consecuencia es obvia: el art. 161 del Código Penal se refiere al revolucionario que fracasó. Porque el cambio constitucional no se produjo, porque el viejo sistema continuó imperando, la ley penal seguirá en vigencia, y dicho artículo lo considerará un *usurpador*, es decir, que se arrogó la dignidad, empleo u oficio de otro, pero no pudo. Será tan solo un *rebelde* o un *sedicioso* y, como tal, un fracasado. Porque no entendemos cómo la tipicidad del art. 161 puede ocurrir en *tiempo de paz*, esto es, sin mediar una revolución fracasada: solamente el acto aislado de un loco puede pretender sacar a un alcalde, valga el caso, de su oficina e instalarse en ella a "ejercer funciones públicas", cuando a su alrededor todo funciona constitucionalmente. Obviamente que la "usurpación de funciones públicas" puede concursar con la *rebelión* o con la *sedición*.

Quizá no sobre advertir, como lo hace SEBASTIÁN SOLER, que la *función usurpada* necesariamente es *pública*. Porque la usurpación de la *función privada* no constituye siquiera este tipo de delito.

Sección II. Abuso de función pública

1. LA NORMA

Art. 162. *Abuso de función pública*. El servidor público que abusando de su cargo realice funciones públicas diversas de las que legalmente le correspondan, incurrirá en prisión de uno (1) a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

2. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Los servidores públicos que ostentan título y funciones públicas.

b) *Acción descrita*: Verbo rector: *realizar*. Se refiere a la extralimitación de su propia órbita funcional actual, invadiendo la ajena.

Una circunstancia de modo, será la advertencia de que el autor debe ostentar título de funcionario y ejercerlo, al momento de delinquir.

c) *Abuso de poder*: Confundido con la acción descrita en sí misma.

3. ANÁLISIS

Según explicamos atrás, el *acto extralimitado* no es más que el fruto de una *arbitrariedad*. Sin embargo, BERNAL PINZÓN afirma rotundamente que *usurpar* y *extralimitarse* son cosas distintas e identifica esta última con el *abuso de autoridad* arbitrario. Cita a NELSON HUNGRIA, STEFANO RICCIO, CARLO SALTELLI, ENRICO ROMANO DI FALCO y ARTURO ROCCO para concluir, con cita de la Corte y empleando su lenguaje, en que "la extralimitación de funciones no queda comprendida en la norma del art. 182, sino en la del art. 171..."⁷. Y este era el que tipificaba el abuso de autoridad en el Código de 1936. Es lo que estamos tratando de sostener desde antes: el acto *arbitrario* es el acto sin derecho. Por oposición al acto *injusto*, que es el acto contrario al derecho. El primero desconoce la existencia *ontológica* de un *Estado de derecho*; el segundo lo reconoce, acepta su sujeción a él, pero lo viola, se pronuncia en su contra.

Existe un paralelismo inevitable entre la tipicidad contenida en el art. 152 que trata del "Abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto", y la que se halla en el art. 162 denominado "Abuso de función pública". En ambas se describe el abuso de poder, por acto extralimitado que es acto arbitrario.

El funcionario que invade una órbita funcional ajena, se sale de los límites de la propia y desempeña la función de otro, con lo cual obra sin derecho, arbitrariamente, y esto está descrito tanto en el art. 162 como en el 152 del Código Penal. En el primero, porque trata del empleado oficial que, abusando de su investidura, extralimita su poder, desempeñando funciones ajenas. En el segundo, porque trata del empleado oficial que abusando de su investidura, extralimita su poder, desempeñando funciones adscritas a otro funcionario, pero con un resultado fenoménico y valorable, y advertido en el tipo con las palabras: "cometa acto arbitrario o injusto". Esta es la diferencia entre uno y otro: en el art. 162 se tipifica y sanciona la simple extralimitación de poder, sin esperar resultado dañino o lesivo a terceros. En el art. 152 se pune el acto extralimitado que se produce en perjuicio o daño de intereses de terceros:

Haciendo un cuadro comparativo entre el *prevaricato* tipificado por el art. 149 del Código Penal, y el *abuso de la función pública* de que trata el art. 162 *ibídem*, dice la Corte que ambas figuras tienen en común que son comisibles por el servidor público, lesionan el mismo bien jurídico como es la administración pública y se realizan fenoménicamente mediante la arbitrariedad. Se diferencian, en cambio, porque en el *prevaricato* el agente obra dentro de su órbita funcional, abusando de su poder y violando sus textos y su espíritu; en el *abuso de funciones públicas* el funcionario "prevalido de su cargo o investidura realiza funciones que no pertenecen a la órbita de su competencia, invadiendo el campo de acción de otros empleados"⁸.

Es un error de la Corte manifestar, en primer término, que el *prevaricato* y el *abuso de funciones públicas* se parecen porque "tienen como elemento

⁷ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 242.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de diciembre 6 de 1988.

común una conducta arbitraria, entendiendo por arbitrario lo que no tiene apoyo en la ley y se realiza por el solo capricho del agente", para, más adelante, admitir que se prevarica profiriendo resolución o dictamen injustos, dentro de su órbita funcional señalada por la Constitución, porque con esto se reconoce que el *prevaricador* no es un *funcionario arbitrario*, sino un *funcionario injusto*.

Lo cierto es que el *prevaricato* se distingue del *abuso de la función pública*, en que aquel es esencialmente funcional, porque sin un acto propio de sus funciones no puede violar la ley que lo gobierna; en cambio el abuso funcional es *extralimitado* porque con él el servidor público no viola la ley en su poder normativo, sino que inventa un orden fuera de lo legal: inventa la ley a su capricho, tal como lo recuerda la misma Corte. Diría que el *prevaricato* viola el orden legal en concreto, en tanto que el abuso de la función viola el orden constitucional que distribuye equitativamente el poder público.

La verdadera dificultad comparativa está entre el *abuso de autoridad* que tipifica el art. 152 del Código Penal, y el *abuso de funciones públicas* del que trata el art. 162 porque aquí sí, en ambas la ilicitud del servidor público se contrae al campo de lo *arbitrario caprichoso*, así que la extralimitación de funciones es un componente típico de ambas figuras.

Para descartar este dilema, que persiste con la coexistencia de ambas figuras típicas en el mismo Código Penal, dice la Corte que el autor de un *abuso de autoridad por acto extralimitado* ejecuta uno que no está incluido en su propia órbita funcional, pero tampoco ha sido atribuido a otro funcionario; en cambio, en la *extralimitación del abuso de funciones públicas*, el autor ejecuta un acto que no está contenido en su propia órbita funcional, pero sí corresponde a las de otro empleado público, hecho típico que llama *invasión de órbita ajena* y que distingue de la *extralimitación*⁹.

La interpretación anterior nos parece un acomodo a la dificultad que aún persiste y que solo desaparecerá suprimiendo el art. 162 por repetitivo.

Lo que hay que distinguir es entre la *usurpación*, la *extralimitación* y la *injusticia*: las tres son formas típicas de *abuso*; la primera aparece por el capricho respaldado por la violencia del particular que se arroga un poder que no tiene, como es el poder público; en las otras dos el poder público existe en el autor, pero en la *extralimitación* el agente desborda los límites de su función con arbitrariedad o capricho, que apoya en su investidura; en la *injusticia* el agente viola con sutileza la ley, sin desconocerla.

En realidad *usurpar* es un verbo que indica arrogarse una dignidad o empleo que no tenía el usurpador. Por consiguiente, es un particular el que usurpa o se arroga el cargo oficial. Por caso, pongamos, en una revolución no triunfante.

El empleado oficial que acepta un régimen de derecho y hasta lo sirve como empleado suyo, no es un usurpador. Ya tiene un título de funcionario y, con tal investidura, un grupo de funciones. Su acto es *abuso de poder*, por

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, autos de abril 22 y junio 16 de 1982.

cuanto, valiéndose de su título, invadió la órbita de otro. Lo abusivo arbitrario le hace merecedor de una sanción conforme al art. 152 que sanciona su "abuso de autoridad" o "abuso de poder innominado y específico".

Es que quien abusa de su autoridad por *arbitrariedad* tiene ya una *autoridad* y abusa de ella. Lo hace cuando se extralimita. Pero el particular que se arroga el título que no tiene, no abusa de su autoridad lógicamente, porque no la tiene. Por esto el carácter de *usurpador* es para el *particular* que ejerza funciones con prescindencia del derecho imperante. Y *abusador de su autoridad* para el empleado oficial que se extralimite. Copiamos aquí la cita de ARTURO ROCCO que hace BERNAL PINZÓN y que, creemos, si no estamos errados, respalda nuestra afirmación: "Hay usurpación solo cuando se invaden funciones que en manera alguna se podían ejercitar. No es aplicable el título de la usurpación, sino simplemente el de abuso u otra irregularidad, en la hipótesis de violación de los límites y condiciones impuestas para el ejercicio de la función pública de que se está subjetivamente investido y de la cual se tiene la capacidad..."¹⁰.

Sección III. Simulación de investidura o cargo

1. LA NORMA

Art. 163. *Simulación de investidura o cargo*. El que únicamente simulare investidura o cargo público o fingiere pertenecer a la fuerza pública, incurrirá en arresto de seis (6) meses a un (1) año.

La pena se aumentará hasta en una tercera parte si para cometer el hecho el agente utilizare uniforme, prenda o insignia de uso privativo de la fuerza pública.

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 183 del Código Penal de 1936 decía:

El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que continúe desempeñando el cargo después de habersele notificado la cesación o suspensión del ejercicio de sus funciones, incurrirá en las mismas sanciones de que trata el artículo anterior.

3. ESTRUCTURA

Acción descrita: Verbos rectores: *simular* y *fingir*. Se simula una investidura o cargo público. Se finge el título de fuerza pública.

¹⁰ JESÚS BERNAL PINZÓN, cita a Rocco en la pág. 243.

4. ANÁLISIS

El art. 183 del Código de 1936 circunscribía la tipicidad al caso de un individuo que acababa de hacer dejación de cargo público y, no obstante, simulaba su continuidad en él, cualquiera que fuese la finalidad pretendida con ello. Y lo que es más importante, el artículo quedó redactado de modo contradictorio, ya que hablaba del "funcionario o empleado público", y sin embargo advertía que se trata de quien ya no lo es, por cesación en el ejercicio de su investidura, pero continúa desempeñándola.

La nueva tipicidad es más amplia. Se trata de cualquiera persona, ya sea que acabe de dejar cargo oficial o que nunca lo haya ocupado, que *simule* la investidura, aunque, desde luego, no la ejerza ni siquiera con el carácter de un revolucionario. Con esta tipicidad, la jerarquía de ostentadores reales y ficticios del *poder político* queda completa: el *abusador de su poder* castigado por el tipo del art. 152. El *usurpador*, como consecuencia de una revolución fracasada, en el art. 161, y el *simulador de poder*, en el art. 163. El *abusador* tiene poder y lo usa abusivamente y con detrimento de los demás. El *usurpador* se lo arroga y hasta lo ejerce e intenta revoltosamente ejercerlo, pero fracasa. El *simulador* fantasea ante los demás diciéndose ostentador del poder que ni tiene, ni posee el coraje de intentarlo como un rebelde. La simple jactancia hoy en día sí es delito. Claro es que el jactancioso del poder público, como el simulador del poder que emana de la *fuerza pública*, deben haber destruido o amenazado el derecho a vivir en un Estado de derecho. La jactancia o fingimiento inocuos, por aparentamiento inmaduro de ser lo que no se es, no constituye este delito. Se trata de quien simula título funcional o finge poder de fuerza pública, para obtener mediante el engaño un beneficio para sí o terceros. Amenazando o amenazando mediante el poder simulado o fingido. El fingimiento de poder público no existió, como delito, en el Código de 1936; de manera que al tipificarse, obviamente debe distinguirse entre un jactancioso inocuo e infantil a quien no podrá enviárselo a la cárcel, pues sería cometer una injusticia, y el jactancioso que pretende beneficiarse con su jactancia, y es a este a quien se enviará a ella.

Lo anterior es natural consecuencia de que todo hecho tipificado deberá ser antijurídico para ser delito, y su antijuridicidad es esa: simulando título del que se carece, obtiene beneficios o realiza perjuicios, con conciencia y voluntad de ello. Si su intención fue la de divertirse o aparentar ante personas frente a las cuales desea acrecentar su estatura moral, no hay dolo.

La tipicidad de 1936 contemplaba la necesidad de comprobar la "cesación o suspensión del ejercicio de sus funciones", en quien las prolonga indebidamente. En este nuevo tipo ello no es necesario, porque delito es *simular* una investidura que no se tiene, con daño a los demás y beneficio para sí o terceros.

Para concluir, *simulación* y *fingimiento* son verbos que señalan sentidos diferentes a la acción. Se simula cuando se copia o caricaturiza una realidad. Se finge cuando la imaginación da vida a lo inexistente. Pero es lógico que, cuando se habla de ostentador de investidura de funcionario o cargo público,

que son la misma cosa, emplear el verbo *simular* o el verbo *fingir* da lo mismo. De igual modo si se trata de aparentar un poder de *fuerza pública* que no se posee ni intenta poseerse.

5. UTILIZACIÓN ILEGAL DE UNIFORMES E INSIGNIAS

Decreto 180 de 1988, art. 19. "El que sin permiso de autoridad competente importe, fabrique, transporte, almacene, distribuya, compre, venda, suministre, sustraiga, porte o utilice prendas para la fabricación de uniformes de campaña, insignias o medios de identificación, de uso privativo de la fuerza pública o de los organismos de seguridad del Estado, incurrirá en prisión de tres (3) a seis (6) años, multa de cinco (5) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales y en el decomiso de dichos elementos".

(Adoptado como legislación permanente por medio del decreto 2266 de 1991, art. 3º, dictado de conformidad con lo dispuesto por el art. 4º transitorio de la Constitución de 1991).

A nuestro entender la norma anterior subroga el inciso segundo del art. 163 del Código Penal, toda vez que su inclusión como "legislación permanente" es de origen constitucional y no puede circunscribirse a un período como el llamado "turbación del orden público" o "estado de sitio" que desapareció con la Constitución de 1886. No se trata de una tipicidad subordinada a situaciones de conflicto especiales, que quizás fueran motivaciones suficientes para dictar el "decreto legislativo" correspondiente. Hoy constituyen parte de la estructura penal del país y debe buscarse un acomodo en uno de los catorce títulos en que se distribuye el libro II del Código Penal vigente desde 1980. Además, la redacción oracional de la nueva figura típica es genérica y no se limita a actos de carácter "terrorista" o que sean exclusivos para recuperar el orden público en cierto tiempo.

Por otra parte, el empleo de once verbos rectores quizás resulte prolífico y excesivo; de suyo la sintaxis legal debe ser sintética y exacta; por eso dice el art. 4º del Código Penal que "la ley definirá el hecho punible de manera inequívoca". Empero, la figura típica no deja lugar a vacíos interpretativos en su afán de combatir esta forma de delincuencia. Utilizar uniformes e insignias militares o de organismos de seguridad del Estado es una manera despreciable de engañar a las víctimas de la delincuencia común. La inseguridad de nuestro tiempo lo exigía.

6. SUPLANTACIÓN DE AUTORIDAD

Decreto 180 de 1988, art. 20. "El que con fines terroristas simule autoridad, suplante a la autoridad legítima, o usurpe sus funciones, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de diez (10) a sesenta (60) salarios mínimos mensuales".

(Adoptado como legislación permanente por medio del decreto 2266 de 1991, art. 3º, conforme lo dispuesto por el art. 4º transitorio de la Constitución de 1991).

La norma anterior abarca aspectos que ya se contemplaban en las figuras típicas de los arts. 161 y 163 del Código Penal, porque el art. 20 del decreto 180 de 1988, hoy 4º del decreto 2266 de 1991, consagra como verbos rectores los de *suplantar autoridad legítima* y *usurpar sus funciones*. Es más, tiene que ver con el delito de "terrorismo" que tipificara el art. 187 en el capítulo I del título V, libro II, del Código Penal, por lo que, como "legislación permanente" que es, debería incluirse entre estos delitos "contra la seguridad pública".

En efecto, *suplantar* es el equivalente del *simular* que se emplea en el art. 163 del Código Penal, y *usurpar* se usa tanto para conformar la estructura típica de la "usurpación de funciones públicas" del art. 161 del mismo Código, como en la "suplantación de autoridad" del art. 20 del decreto 180 de 1988. *Simular*, dice el diccionario de la Real Academia del idioma español, es representar una cosa, fingiendo o imitando lo que no es. *Suplantar*, dice la misma, es ocupar con malas artes el lugar de otro, defraudándole el derecho, empleo o favor que disfrutaba. Por manera que quien suplanta autoridad pública legítimamente constituida, que es autoridad constitucional, la simula, porque la finge defraudándole su derecho a ejercerla exclusivamente.

El decreto 180 de 1988, fue dictado con el propósito de contribuir a la recuperación del orden público turbado, por ministerio del art. 121 de la Constitución de 1886. Por eso su normatividad se circunscribía al tiempo de "estado de sitio" y a combatir aquellos hechos delictuosos considerados básicos para esta turbación, como el "narcotráfico" o la subversión.

Pero la Constitución de 1991 acabó con el "estado de sitio" y, por ende, con los decretos legislativos que se dictaban en este lapso, con el exclusivo propósito de combatir las concretas causas de dicha turbación. Es más, el art. 8º transitorio de dicha Constitución convierte en "legislación permanente" los textos de los que fueron "decretos legislativos", con lo que su esfera de aplicabilidad no puede circunscribirse a un período de tiempo, sino que entran a formar parte integral de los catorce títulos en que se divide el libro II del Código Penal.

En esta tarea encontramos con que la figura típica del art. 187 del Código Penal denominada "terrorismo" ha sido subrogada por el art. 1º del decreto 180 de 1988, hoy "legislación permanente" por ministerio del art. 4º del decreto 2266 de 1991, pues no pueden coexistir, no solo porque en ambas el lenguaje con que se han construido es de genérica aplicación, sino porque los verbos rectores empleados al construirlas ambas, son los mismos: "crear o mantener un ambiente de zozobra o de perturbar el orden público" en el Código Penal; "provoque o mantenga estado de zozobra o terror" en el decreto 2266 de 1991. Las estructuras se refieren a la misma situación de hecho y a la vida común en un régimen ciudadano.

Por su parte, la "suplantación de autoridad" del art. 4º del decreto 2266 de 1991, se subordina al tipo de terrorismo anterior, toda vez que se le ha introducido un elemento subjetivo al autor señalado con las palabras: "el que con fines terroristas simule autoridad".

Coexiste con las figuras típicas de los arts. 161 y 163 del Código Penal, dado que la nueva figura legal concursa con delitos que tengan origen en acciones terroristas, como el homicidio, en tanto que la "simulación de investidura" concursa con otro género delictivo, como el secuestro.

El "uso indebido de uniformes e insignias militares o policivas" estaba tipificado por el art. 150 del decreto-ley 2550 de 1988, actual Código Penal Militar, en idénticos términos, por lo que lo dispuesto por el decreto 180 de 1988 no se aplica a los miembros de la fuerza pública en ejercicio de sus funciones.

CAPÍTULO X

DELITOS CONTRA LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Sección I. *Violencia contra el servidor público*

1. LA NORMA

Art. 164. *Violencia contra servidor público.* El que ejerza violencia contra servidor público, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto propio de su cargo o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

2. LA NORMA ANTERIOR

El que en cualquier forma cometa violencia contra un empleado, funcionario público o encargado de un servicio público, o lo amenace, para obligarlo a ejecutar u omitir algún acto de sus funciones, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años. (Ley 95 de 1936, art. 184).

3. ANTECEDENTES

Tiene antecedentes en el art. 187 del Código de ZANARDELLI de 1889 y es obvio su similitud con el art. 336 del Código de ROCCO de 1930.

La razón de que exista esta tipicidad reside en que toda violencia contra un servidor público en ejercicio de su cargo, para coactar por este medio su libertad jurídica de actuar según la ley, es un ataque a la libertad con que se debe prestar la administración pública. De suyo, toda tipicidad que aparece en este título tercero del libro segundo del Código Penal, en donde el autor es un *servidor público*, tiene su manera de lesionar o amenazar la administración pública: el *peculado* ofende la disponibilidad de los bienes que administra; la *concusión* como el *cohecho* y el *enriquecimiento ilícito* ofenden la honestidad con que se debe administrar al Estado; la *contratación indebida* y el *prevaricato* lesionan su equidad; el *abuso de autoridad* su imparcialidad y eficacia, y la *usurpación de funciones* su existencia.

El sujeto pasivo es la administración pública, y el objeto material de este delito será el *servidor público* que la representa. El verbo rector *ejercer* señala un delito de acción, de resultado, cuya motivación será obligar al *empleado* a

que haga o deje de hacer acto funcional, lo que constituye una subjetividad exigida por el tipo mismo.

4. ESTRUCTURA

a) *Sujeto pasivo*: El *servidor público* que representa al Estado en su *administración pública*.

b) *Acción descrita*: Verbo rector es *ejercer*. Circunstancia de modo de comisión, es la violencia en cualquiera de sus formas. Subjetividad del autor, exigida por el tipo, es el buscar que, obligadamente, haga o deje de hacer acto funcional a él atribuido.

5. ANÁLISIS

Cualquier persona puede cometerlo. Y al decir cualquier persona, es obvio que nos referimos a personas que no ostenten título de funcionarios al realizar la conducta violenta y opresiva contra otro funcionario. Si tal es el caso, el delito estará tipificado por el art. 159 y no por el 164, siempre y cuando el método de violentar sea el uso de la *fuerza pública*. Si la violencia ejercida es distinta a este empleo, la delincuencia se adecuará al art. 164, aun siendo empleado oficial el autor.

La víctima de la violencia será un *servidor público* y en ejercicio de sus funciones. Justamente lo que pretende el violentador suyo será el obtener un acto funcional lícito, pero en el momento en que lo necesita, con lo cual coacta su libertad de trabajo simplemente; o pretende un acto funcional suyo, pero con violación de la ley, con lo cual no solamente coacta su libertad funcional, sino que le obliga a violar la ley; o pretende impedir el ejercicio libre de su función, con lo cual también coacta su libertad con necesaria denegación de la función pública a él encomendada. Las tres posibilidades se hallan contenidas en este tipo, cuando se dice "para obligarlo a ejecutar" o "para obligarlo a realizar un acto contrario a sus deberes oficiales" o "para obligarlo a omitir acto propio de su cargo".

La coacción ejercida contra el funcionario, debe recaer sobre un campo de absoluta ilegitimidad. Esto quiere decir que si se ejerce violencia contra él para impedir que agote una *arbitrariedad* o una *injusticia*, el autor no estará cometiendo delito alguno, porque, en este caso, la violencia desempeña el papel de medio defensivo de sus propios derechos.

La violencia es el acto de constreñimiento dirigido contra la persona del funcionario y, como en Roma, puede ser *física* o *moral*. La violencia *física* dirigida contra la constitución orgánica de la persona, se denominará *personal*, y dirigida contra los objetos o cosas, se llamará *real*. La moral ataca su siquismo: atemorizando o amedrentando, y entonces se llamará *amenaza*, o engañando o induciendo, y entonces se conoce como *inducción*. La tipicidad dada a este hecho en el art. 184 del Código de 1936 empleaba los adjetivos *violencia* y

amenaza, que se suprimen en esta nueva, por considerar, con sobrada razón, que quedan comprendidos en la sola expresión "violencia".

Dice el texto del art. 164 "el que ejerza violencia"; según el diccionario de la Academia, "violencia" es acción y efecto del verbo "violentar" y este significa obrar con ímpetu o fuerza a las personas o las cosas para vencer su resistencia. Coincide con esto don JOAQUÍN ESCRICHE quien en su *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, la define como "la fuerza que se usa contra alguien para obligarle a hacer lo que no quiere por medios que no puede resistir". Y como quiera que el "no poder resistir" es característico de la violencia, los actos funcionales obtenidos mediante su fuerza compulsiva son nulos y el funcionario que los cumple puede alegar inculpabilidad, si realmente "no pudo resistir".

La preposición "para", empleada por la figura típica en estudio, seguida de las palabras "obligarlo a ejecutar", constituyen un elemento subjetivo que señala el ánimo de forzarle a ejecutar acto propio de sus funciones o a omitir uno a que se halle obligado o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales. Es un mero designio en la conciencia del autor de la amenaza, lo que precisa la norma para adecuar el hecho a la figura legal, no importa si el funcionario se amedrentó o no le hizo caso. El dolo en esta figura típica se conforma por la coexistencia de los elementos: conciencia de que el violentado es servidor público, conciencia de la función que desempeñan, ánimo de amenazarlo.

El grado y la calidad de la violencia empleada no importa, porque de todos modos se da el delito. Un insulto, así sea simple grotesco, un empujón, el solo hecho de dar la espalda y huir del sitio a donde nos llama el empleado público en ejercicio legítimo de su función, como el policía de tránsito, agotan esta delincuencia. Quiere decir esto que si la violencia aumenta en intensidad, al extremo de lesionar el cuerpo o salud del empleado oficial violentado y acaso causarle la muerte, concursará con *lesiones personales* u *homicidio* según el caso¹.

En la tipicidad del Código de 1936 existió la duda respecto de si la violencia ejercida sobre un empleado oficial para que realice acto que no pertenece a sus funciones, no es delito. Faltaba, evidentemente, la expresión que sí contiene el actual: "o a realizar uno contrario a sus deberes oficiales". Como atrás se advierte, la redacción dada al actual tipo legal no deja lugar a dudas al respecto. Por lo demás, así lo había expresado la Corte: "Lo que aquí se reprime es el desacato a la autoridad, al menosprecio que traduce el obligar a sus representantes a hacer o dejar de hacer aquello que en su caso debiera hacerse normalmente y en otro no debería hacerse de ninguna manera. En fin, el pretender sustituirla o imponerse a sus determinaciones..."².

¹ CARLO SALTIELI y ENRICO ROMANO DI FALCO, mencionados por JESÚS BERNAL PINZÓN, en *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 252. Corte Suprema de Justicia, casación del 21 de julio de 1944, "G. J.", núms. 2010-2014.

² Casación citada.

Quizá no sea inútil recordar que lo pretendido por el autor es la obtención de un acto funcional, lícito o ilícito, o la omisión de una de sus funciones o la invasión en la órbita ajena. Pero que tal cosa pretenda no quiere decir que el delito se agote cuando el empleado oficial, amedrentado, le haya dado gusto. La sola amenaza lo agota, siempre que ese sea su propósito. Por esto hemos dicho que esta parte del tipo contiene la subjetividad exigida por este autor.

Sección II. *Perturbación de actos oficiales*

1. LA NORMA

Art. 165. *Perturbación de actos oficiales.* El que por medio de violencia, o simulando autoridad, invocando falsa orden de la misma o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años e interdicción de derechos y funciones públicas de uno (1) a cuatro (4) años.

2. LA NORMA ANTERIOR

En la misma sanción incurrirá el que por medio de violencias o amenazas, trate de impedir o turbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones legislativas, judiciales o administrativas, o de cualquiera otra autoridad pública, o pretenda influir en sus deliberaciones.

La pena será de prisión de uno a cinco años si el responsable es un funcionario o empleado público (art. 185).

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos pasivos:* Corporaciones públicas o funcionarios que deciden o dictaminan en plural: cuerpos legislativos, jurisdiccionales, administrativos, juntas directivas en empresas de economía mixta.

b) *Acción descrita:* Verbos rectores o *frases verbales:* "trate de impedir" o "trate de perturbar" y "pretenda influir". Se pretende impedir o perturbar su reunión en el ejercicio de funciones o influir en sus deliberaciones o decisiones.

4. ANÁLISIS

Impedir es imposibilitar la ejecución de algo. Turbar es alterar el curso natural de una actividad. Se interrumpe la reunión de una corporación o el ejer

cicio de sus funciones, cuando se imposibilita su reunión o si, reunida, se hace imposible que delibere y menos que decida. Influir es producir sobre una cosa ciertos efectos que, desde luego, se previeron y se buscan como fin. Se influye en las decisiones o deliberaciones de una corporación pública, cuando se la deja reunirse y hasta ejercer sus funciones, pero estas y sus decisiones se ajustarán a lo pretendido por el autor.

Téngase presente que se trata, en todo caso, de funcionarios que deciden en plural, aun en el caso advertido por el tipo, de "cualquier otra autoridad pública". Cuando la violencia o engaño se dirigen al *servidor público* que decide unilateralmente, la tipicidad aplicable será la del art. 164.

El tipo que se estudia tutela la libertad con que debe actuar el empleado público, aun siendo cuerpo colegiado y sus decisiones se tomen en plural.

La violencia empleada deberá tener suficiente entidad como para lograr, por sí misma, su propósito de impedir o turbar o influir. Ser idónea para el fin propuesto, dice ARENAS, fuera de que al emplearla tendrá este propósito, aunque no lo consiga. Por esto el tipo habla de "trate de impedir o perturbar", lo cual se refiere a un tipo de mera conducta, no de resultado.

La violencia podrá ser física o moral y por tanto podrán ser amenazas, escritas u orales, con poder suficiente para amedrentar. El ambiente de inseguridad que se crea con propósito de impedir o perturbar o influir en su reunión y deliberación o decisión, es violencia suficiente, no siendo preciso que aquella se dirija directa o inmediatamente sobre la corporación. La violencia directamente ejercida sobre la corporación, elimina su libertad de deliberar o decidir; la violencia ejercida sobre el medio ambiente, indirectamente sobre una corporación que se va a reunir, impide su libre reunión, y por ende incide sobre su libertad de funcionar, que es tanto como impedir su deliberación y decisión funcional.

El sujeto activo, pues, no quiere que se reúna, o deja que lo haga, e impide que funcione y delibere, o permite una deliberación controlada por él, y una decisión adecuada a sus pretensiones. La libertad de la entidad gubernamental se ve coactada, pues, en su derecho a reunión, o en su derecho a funcionamiento o en su derecho a decisión o conceptualización.

Esto más, lo exigido a la corporación, cuando se influye en su decisión, podrá ser acto funcional y lícito, y se coacta su libertad de decisión simplemente. O podrá ser acto contrario a sus deberes oficiales y, más aún, extralimitado, y se coactará su libertad funcional y decisoria, con violación de la ley, imputable a quien coaccionó.

Desde el tipo legal de 1936 consagrado en el art. 185 se echaba de menos la figura típica de la "Resistencia a la autoridad", de la cual sí trató el Código de Rocco de 1930³. Habría *resistencia* cuando el autor no *trata* de impedir o perturbar ni influir en las decisiones de la corporación, sino que simplemente rechaza su cumplimiento o ejecución, y emplea la violencia para su conducta

³ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 255 y ss.

pasiva. La realidad es que nuestra figura típica actual tampoco contempló esta posibilidad, pues la tipicidad del art. 165 es similar a la del art. 185 del Código de 1936. La tipicidad dicha prevé la posibilidad de impedir su reunión o perturbar el ejercicio de su actividad funcional o lograr una decisión favorable, mediante empleo de fuerza o engaño. Pero no consagra, ni indirectamente, la posibilidad de que el autor simplemente se oponga con violencia a que se cumplan las órdenes libres y legítimas de autoridad plural, que es el clásico *desacato* impune en nuestro sistema penal.

Advertimos, igualmente, que el acto que adopte una corporación, nacido de este tipo de violencia, podrá ser anulable o inexistente, e inclusive válido. No importa esto para que el delito no se entienda agotado.

De tiempo atrás se ha hecho la advertencia de que la violencia con que se amenace al cuerpo estatal, para que decida en cierta forma que conviene al autor, debe ser *injusta*. Con ello se aclara que si la violencia con que se amenaza es justa, como sería el caso de amenazar con formular la denuncia penal correspondiente o la queja disciplinaria a la Procuraduría, la decisión que adopte no sería consecuencia de la violencia, sino de su propio sentimiento de culpa, y resultaría inocua penalmente aquella amenaza. Lo anterior es lógico, como también lo es que el acto funcional que se pretenda impedir o turbar o influir del empleado plural, debe ser *injusto* o por lo menos funcionalmente debido. Esto es, si lo que el autor pretende mediante violencia es impedir la realización de una *arbitrariedad abusiva* o una *injusticia*, no habrá delito de "perturbación de actos oficiales", porque lo que tutela este tipo es la libertad funcional de las entidades plurales del Estado. Y ninguna de ellas puede tener libertad para lo ilícito.

Por último, como quiera que el delito se agota con el *intento*, puesto que la tipicidad dice: *trate de*, pues la *tentativa* no es viable. La sola *intención* ejecutada agota el delito de la *perturbación*, aunque la corporación que sea víctima de la violencia la rechace.

La "simulación de autoridad" aquí es elemento compositivo de la tipicidad, por lo que la figura del art. 163 del Código Penal no concursaría con la del art. 165 *ibídem*, si la autoridad que simula el autor pretende impedir o turbar la reunión o ejercicio de las corporaciones públicas de cualquier clase.

TÍTULO SEGUNDO

**DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA**

INTRODUCCIÓN

La función general de administrar al Estado contiene la específica de administrar justicia. Esto significa que bastaba con un título para que en él se ubicaran todos los delitos que ofenden a la administración pública, inclusive los que lesionan su justicia, como lo hace el Código argentino.

La idea de separarla en dos títulos distintos, como si se tratara de derechos tutelados diferentes, surgió del Código de ZANARDELLI de 1889, copiada por el Código de Rocco en 1930. En aquella época, el maestro ZANARDELLI dio la razón, potísima por cierto, de que la justicia es la más excelsa de las funciones públicas y merece especial y hasta más severa protección de la ley penal. Acogiendo este pensamiento, nuestro Código de 1936 hizo la separación de delitos en los títulos, que casualmente tienen el mismo orden numérico en el Código de 1980 y, desde luego, la misma denominación de los derechos tutelados: "Delitos contra la administración pública" en el título tercero del libro segundo, y "Delitos contra la administración de justicia" en el título cuarto del mismo libro, en ambos códigos.

El Código de Rocco hace una separación más técnica de la delincuencia contra la justicia, en tres capítulos en que se divide este título: a) delitos contra la actividad judicial; b) delitos contra la autoridad decisoria de los jueces, y c) defensa arbitraria de las propias razones, o lo que es igual: menosprecio de la justicia, al defender por mano propia sus personales intereses. Quizá resultara demasiado farragosa la división del título en estas tres especies, pero es útil destacar que perfectamente caben dentro de las tipicidades contenidas en él, en la actualidad: la falsa denuncia, las falsas imputaciones, el falso testimonio, el soborno y la colusión son delitos que ofenden a la justicia, atacando la actividad judicial. El encubrimiento y la fuga de presos atacan la autoridad de los jueces; el fraude procesal, la defensa arbitraria de las propias razones, el fraude a la decisión judicial y el reingreso ilegal al país, atacan la entidad de la justicia con el menosprecio¹.

El Código de 1890 no hablaba de "Delitos contra la administración pública", ni tampoco de "Delitos contra la administración de justicia". Por allá en títulos distintos incrustaba la "fuga de presos" en el título quinto de su libro segundo, como "presos detenidos que se fugan y responsables de la fuga", y en otro título denominado "Delitos contra la fe pública" incluía el capítulo correspondiente a "los testigos falsos y perjueros". Hermosos titulares estos, que recuerdan los nombres que CERVANTES dio a los capítulos de su *Quijote*.

Fue el maestro JOSÉ VICENTE CONCHA quien incluyó en su malogrado Código de 1922 la división entre uno y otro grupo de delitos, en títulos diferentes, puesto

¹ *Progetto preliminare del Codice Penale italiano*, Roma, Tipografia Della Mantellate, ottobre 1927; GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, Parte especial, t. V, trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá, Edit. Temis, 1925.

que lo acababa de copiar del Código de ZANARDELLI². Y el mismo ordenamiento del Código de CONCHA fue seguido por la comisión que elaboró el anteproyecto de 1925³, y uno y otro, junto con las disposiciones del Código de Rocco, fueron tomados por la comisión redactora de la ley 95 de 1936⁴.

Sin siquiera discutirse la posibilidad de fusionar en un solo título ambos grupos de delitos, se redactaron los anteproyectos de 1974⁵, de 1976⁶ y de 1978⁷. Y por esto aparece sencilla y claramente en el decreto-ley 100 de 1980.

Seis capítulos contiene este título. El primero se denomina "De las falsas imputaciones" y contiene como tipicidades específicas: "La falsa denuncia", "Las falsas imputaciones" y la "Autoacusación". El capítulo segundo se llama "Del falso testimonio" y contiene como tipicidades "El falso testimonio" y "El soborno" del testigo. El tercer capítulo tiene el nombre de "La infidelidad a los deberes profesionales", que en el Código de 1936 recibió el castizo nombre de "La colusión", por cierto lo único *nuestro* en materia legal penal. El quinto se denomina "De la fuga de los presos" y en él se tipifican "La fuga" y "La evasión", división esta que también deberíamos haber heredado de España. En el capítulo cuarto se tipifican bajo el nombre genérico de "El encubrimiento", el "Favorecimiento" y la "Receptación". Y en el capítulo sexto la nueva tipicidad que heredamos de los Códigos de Procedimiento Civil de esta convulsa época y que se llama "Del fraude procesal", producto de la turbia manera de litigarse en nuestros días.

² *La reforma penal en Colombia*, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.

³ *La reforma penal en Colombia*, ts. II y III.

⁴ *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, Parte especial, t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, actas 132 y 133.

⁵ *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, 1977, acta 71; *Proyecto de Código Penal colombiano*, Bogotá, Publicaciones del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, 1976, y *Proyecto de 1978*, Bogotá, Imprenta Nacional.

⁶ *Ibídem.*

⁷ *Ibídem.*

CAPÍTULO I

DE LAS FALSAS IMPUTACIONES ANTE LAS AUTORIDADES

Sección I. *Falsa denuncia*

1. LA NORMA

Art. 166. *Falsa denuncia*. El que bajo juramento denuncie ante la autoridad un hecho punible que no se ha cometido, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años y multa de quinientos a cinco mil pesos.

2. LA NORMA ANTERIOR

El que denunciare ante la autoridad una infracción penal, a sabiendas de que no se ha cometido, incurrirá en multa de cincuenta a mil pesos.

Si para formular la denuncia de que trata el inciso anterior, se simularen pruebas, la sanción será de cinco días a un año de arresto, a menos que la simulación constituya por sí misma un delito especial que tenga señalada otra sanción.

Se impondrá la misma sanción de que trata el inciso anterior, al que con el fin de entorpecer el curso de una investigación, se declare responsable ante la autoridad de una infracción que no ha cometido (art. 187).

3. ANTECEDENTES

El capítulo se denomina "De las falsas imputaciones", puesto que se refiere a la denuncia falsa, *in genere*, y que esta toma un carácter agravado cuando en la falsa denuncia se imputa a persona determinada el hecho punible no cometido por ella. "De la falsa denuncia" debería ser el nombre dado a este título, con tres tipicidades diferentes: "La falsa denuncia" tipo básico; "Las falsas imputaciones" tipo especial y agravado de la denuncia falsa, y "La auto-acusación".

El art. 187 de Código Penal de 1936 fue tomado íntegramente del 211 del Código de ZANARDELLI de 1889. Como él, reunió en un mismo tipo tres tipicidades diferentes, sin siquiera la técnica de presentarlas como modalidades comisivas

distintas de una sola tipicidad, como sí lo hizo, en cambio, el art. 367 del Código de Rocco de 1930.

Comenzando porque el Código de Rocco no tipifica la falsedad mediante *denuncia* o *querrela* solamente, sino el hecho bien genérico por cierto de "afirmar falsamente que se ha realizado una infracción", cualquiera que sea el momento procesal en que ello ocurra. Por esta razón, el delito no se denomina *falsa denuncia*, sino *simulación de infracción*, y por esta razón, igualmente, otra modalidad comisiva de esta misma tipicidad es la "simulación de huellas de una infracción, de modo que se pueda iniciar una investigación". La realidad es que lo que se pretende rechazar mediante la pena, es el poner en funcionamiento el aparato de la justicia sin necesidad, a un grave costo en tiempo y dinero para los coasociados: "Objeto de esta acriminación —dice MAGGIORE— es el interés público por que no se extravíe la acción de la justicia por medio de denuncias falsas y aberrantes..."¹.

Por este motivo la fórmula de Rocco era acertada, pues un proceso penal se inicia mediante denuncia, mediante un oficio informativo de otra autoridad pública, por noticia privada recibida por el instructor o por percepción directa de las huellas dejadas por el delincuente². Las palabras empleadas por el art. 211 del Código de ZANARDELLI, que copiaron los códigos colombianos de 1936 y de 1980, circunscriben el delito al exclusivo acto de iniciar el proceso penal mediante falsa denuncia, con lo cual no se tutela el derecho ofendido, en la misma medida en que se tutelaría siguiendo la sintaxis de Rocco.

4. ESTRUCTURA

a) *Acción descrita*: *Denunciar* es el verbo rector que fija la dinámica del hecho punible.

b) Una circunstancia de modo en ella, se indica con la frase *bajo juramento*. Y una subjetividad en el tipo con las palabras *que no se ha cometido*.

5. ANÁLISIS

Pretendiendo obviar la dificultad que ofrece el empleo del verbo *denunciar*, palabra de valor jurídico concretado en el Código de Procedimiento Penal como un acto jurídico y formal, cuya ritualidad incluye el *juramento* del que también se habla en este artículo, varios autores³ sostuvieron que aquí *denunciar* no es el acto jurídico procesal, con ritos propios, sino comprensivo de todo acto idóneo para

¹ GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, t. III, trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá, Edit. Temis, 1955, pág. 324.

² Código de Procedimiento Penal, art. 318.

³ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 277; JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, págs. 271 y ss.; PEDRO PACHECO OSORIO, *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959, pág. 271.

iniciar un proceso penal. BERNAL sustenta lo anterior, apoyado en que el art. 267 del Código de Rocco así lo dispone.

La realidad es que cualquier interpretación que se dé el verbo *denunciar* tendrá que restringirse a su valor jurídico y procesal penal, puesto que la ley penal es restrictiva en este sentido. Ampliar el campo de acción de la pena a casos no previstos expresa y claramente en su norma, es *analogía*. Más todavía, si la ley procesal dice expresamente qué cosa debe entenderse por una *denuncia*. El mismo art. 367 del Código de Rocco advierte que se comete delito, cuando el autor "afirma falsamente que se ha realizado una infracción" y que tal afirmación podrá haberla hecho tanto en una *denuncia* como en una *querella*, en un *requerimiento* o *instancia*, equivalentes a nuestros *oficios*, aun anónimos o con falso nombre, verbalmente a la autoridad instructora u otra que lo comunique al instructor. Es que el verbo rector del art. 367 del Código de Rocco no es *denunciar*, que sí es el rector en el art. 166 de nuestro Código actual, como lo fue en el 187 del Código de 1936. El rector del tipo de Rocco es *afirmar*.

En consecuencia, el delito restringe la acción criminosa a una *denuncia*. Denunciar es dar a la autoridad parte o noticia de un daño hecho, según acepción académica. La investigación se inicia al recibir el instructor la *notitia criminis*, y entre otras maneras de llegar a él este conocimiento, es mediante una denuncia. El art. 25 del Código de Procedimiento Penal dice que denunciar es poner en conocimiento del funcionario de instrucción todo hecho punible de investigación oficiosa que el denunciante, a su vez, haya conocido con anterioridad. Que la *denuncia* es acto jurídico y formal, se desprende del art. 27 subsiguiente, que dispone dos maneras de formularla: a) Por escrito, que llevará listo el denunciante, contentivo de un relato sucinto de los hechos, sus pormenores, delincuencia imputada. b) Verbalmente, narrando al funcionario los mismos sucesos antes detallados. En ambos casos se hará *bajo juramento*. De ambos casos se tomará acta escrita y firmada por el denunciante y el instructor. Y en ambas oportunidades podrá denunciar personalmente el conocedor del delito o por medio de un apoderado. Justamente el art. 27 del Código de Procedimiento Penal se denomina "Requisitos de la denuncia", con lo cual acabamos por completar nuestro pensamiento de que se trata, no de una simple solicitud de información a la autoridad, sino de la exigencia de un acto formal y procesal llamado *denuncia*.

La *querella* es igualmente un medio eficaz para cometer esta tipicidad delictiva. *Querella* es tanto como decir *denunciar*, solamente que esta es un deber cívico de todo coasociado que tiene conocimiento de un delito, en tanto que aquella se circunscribe a un grupo de *legítimos querellantes*, a quienes, les asiste un *derecho* y no los impulsa un *deber*⁴.

Ante todo, la querella es una exigencia de la ley procesal penal, contenida en el art. 29 del Código procesal en vigencia⁵. Solamente quienes tienen la calidad de

⁴ Código de Procedimiento Penal, arts. 29 y 30.

⁵ En igual forma lo contempla el art. 1º de la ley 81 de 1993.

legítimos querellantes pueden solicitar que se inicie un proceso penal pidiendo que se investigue y sancione un delito, y la *querella* se hace presentando ante la autoridad respectiva la correspondiente *denuncia*. Por consiguiente, la ley misma en sus textos reconoce la identificación entre una *denuncia*, una *querella* o *petición especial* y la somete a los mismos ritos.

Es obvio, por lo tanto, que allí en donde el art. 166 del Código Penal dice *denuncie*, refiriéndose al hecho falso, también se entienda *querelle* un hecho falso susceptible de ello. La *falsa querella* es una *falsa denuncia* o una *falsa imputación* si se dirige mentirosamente contra determinada persona.

El *juramento* es la modalidad de comisión en este y subsiguientes tipos legales. Quien *denuncia* debe haber prestado juramento previo.

Jurar, dice la Academia, es afirmar o negar una cosa poniendo como testigo de su verdad a Dios, o a sí mismo o a otras cosas. La realidad es que el *juramento* es una vinculación moral y que a través de la historia tiene sentido y origen religioso. Inclusive se conservó así entre las más arraigadas costumbres de todos los países en todo tiempo. Juramento encontramos desde el Código de HAMMURABI, pasando por Roma y hasta los países sajones y latinos de nuestros días. Por esto don JOAQUÍN ESCRICHE advierte que el juramento es un acto civil y religioso, pero académicamente se reconoce que se puede jurar por valores diferentes a la divinidad.

Es, pues, un valor fenoménico y vinculante con la verdad, de naturaleza ética y sociológica, al que algunas personas dan valor religioso. De todos modos, la laicización del juramento se explica como un fenómeno casi natural producto del momento histórico que se vive.

En la Antigüedad y en el medioevo el juramento tuvo connotaciones esencialmente religiosas, porque a través de la historia antigua y medioeval fue religiosa. CARLOS LESSONA, procesalista español, escribe sobre él que jurar no implica por sí la confesión de una creencia religiosa, sino prometer solemnemente decir la verdad⁶, y en el mismo sentido escribía, no hace mucho, el procesalista colombiano HERNANDO DEVIS ECHANDÍA⁷. En los tribunales castrenses el juramento se confunde con la "amonestación previa" y se hace "por su honor militar", según dispone el art. 404 del Código Penal Militar, que es tanto como jurar por sí mismo⁸.

El juramento como acto procesal fenoménico o vivo, y por lo tanto de imprescindible cumplimiento, es de la esencia del acto que se va a cumplir. Sin él la denuncia o el testimonio o el peritaje no existen, jurídicamente hablando. El art. 27 del Código advierte que "la denuncia se hará bajo juramento", lo que implica tomarlo antes de formularla. Si quedaren dudas al respecto, el art. 282 advierte que "toda persona está en la obligación de rendir, bajo juramento, el testimonio que se le solicite". Más aún, el art. 166 del Código Penal advierte que es delito la denuncia

⁶ CARLOS LESSONA, *Teoría general de la prueba*, t. II, Madrid, Edit. Reus, 1929, págs. 10 y ss.

⁷ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, *Teoría general de la prueba*, t. II, Buenos Aires, Víctor de Zavallía, Editor, 1970, págs. 7 y ss.

⁸ Decreto 2550 de 1988, art. 404.

mentirosa, siempre y cuando se realizare *bajo juramento*. No tomarlo, aun en el caso de firmar un acta en donde se hace constar que se tomó, no es más que una falsedad en ese documento que no suple el acto de jurar.

Estamos por creer que es verdad que su exigencia no solo es inútil, sino estorbosa⁹, considerando que el hombre laiciza cada día más su vida, con lo cual, el poder religioso vinculante del juramento se ha perdido. Por otra parte, debe admitirse que a quien está dispuesto a decir la verdad el juramento no lo convencerá más de lo que ya está convencido. Por el contrario, si desea mentir, no va a impedirlo en modo alguno. De todos modos le ha dado un realce de tanta trascendencia, que sin él la denuncia o declaración carecen de valor en lo absoluto¹⁰.

Lo que se denuncia es *un hecho punible* que, según el art. 18 del Código Penal, se divide en *delitos y contravenciones*. En este caso, pues, es delito una denuncia falsa por delito como por contravención, solamente que la pena es menos gravosa para esta última, según el subsiguiente art. 170, *ibídem*.

La denuncia es *falsa* cuando el hecho denunciado *no se ha cometido*. Esto significa que lo denunciado no tuvo existencia fenoménica o real, aunque por denunciarlo se le diera forma de figura típica. Se preguntan algunos si puede tenerse como *hecho no cometido* cuando lo denunciado sí existió como fenómeno, mas no como entidad jurídicamente adecuada a tipicidad alguna. Entre estas posibilidades está el caso de quien denuncia a alguien *por concubinato*, como quiera que el hecho, cierto o no, no constituye delito alguno y quien formula la denuncia lo sabe. Una de las características del *hecho denunciado* y falso, es que aparente ser verdadero delito. La apariencia de verdad sale del texto mismo del art. 166 cuando dice que falsa denuncia es denunciar "un hecho punible que no se ha cometido". En realidad, el precepto quiso decir: "un hecho aparentemente típico" pero no cometido. Denunciar hechos claramente atípicos no es *falsa denuncia*, aunque se haga con conocimiento de la mentira.

Otro problema diferente es el interrogante planteado respecto de si la exageración consiente en lo enunciado es falsa denuncia. Si alguien denuncia como homicidio agravado lo que no es más que un culposo y quien denuncia lo sabe. Es la llamada por CARNELUTTI *falsa denuncia calumniosa*¹¹, quizá porque suele ocurrir con la *falsa imputación* y precisamente para lesionar al denunciado. A nuestro entender, el delito de *falsa denuncia* se comete si lo denunciado es un hecho con apariencia típica, pero no cometido. Si el hecho sí existió y era típico, pero se exageró, para agravarlo en su tipicidad, hay falsa denuncia porque el hecho, tal y como se denunció, no tuvo existencia fáctica y quien lo denunció lo sabía.

⁹ RICARDO LEVENE (h), *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1962, pág. 75.

¹⁰ Casación del 3 de diciembre de 1949, "G. J.", t. LXV. Cita de DOMINGO SARAŠTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. II, Bogotá, Edit. Lex Ltda., 1980, pág. 295. Reiterada en sentencia de 3 de mayo de 1984, citada en *Jurisprudencia penal*, Editorial Jurídica de Colombia, 1984, pág. 240.

¹¹ JESÚS BERNAL PINZÓN, *ob. cit.* Cita en la pág. 295.

Sección II. De las falsas imputaciones

1. LA NORMA

Art. 167. *Falsa denuncia contra persona determinada*. El que bajo juramento denuncie a una persona como autor o partícipe de un hecho punible que no ha cometido o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años y en multa de un mil a diez mil pesos.

2. LA NORMA ANTERIOR

El que denunciare ante la autoridad a persona determinada como responsable de una infracción penal, a sabiendas de que es inocente, como también el que simulare pruebas contra ella, incurrirá en prisión de uno a cinco años, siempre que en este último caso, el hecho no constituya otro delito más grave (art. 188).

3. ESTRUCTURA

a) *Acción descrita*: Verbo *denunciar*, referido a persona determinada, como autor o partícipe de un hecho típico que no ha cometido, o sí cometido, pero no ha tomado parte en ello.

b) *Circunstancias*: de *modo* en su tipicidad, que se haga *bajo juramento*; de *lugar*, que sea *ante autoridad* que debe ser *competente* para tramitar un proceso penal.

4. ANÁLISIS

Con la simpleza sajona con que se han denominado ciertas tipicidades, este de *falsas imputaciones* recibe en el art. 167 del Código Penal la denominación específica de "falsa denuncia contra persona determinada". Mayor exactitud, síntesis y sonoridad tiene en la denominación genérica que le otorga el capítulo, que es el que siempre se le ha dado: *Falsas imputaciones*. CARNELUTTI lo llamaba *denuncia calumniosa* y en la mayoría de las obras de derecho italiano recibe un trato que lo asimila a la calumnia, a la que en realidad se parece. Diríamos que es un tipo especial de *falsa denuncia* que se agrava teniendo en cuenta que se toma la justicia como medio para lesionar el honor de las personas. Dos personas ofendidas, pues, encuentra esta tipicidad: la justicia, al poner su mecanismo en movimiento para satisfacer situaciones anímicas negativas de otro individuo, y la persona calumniada, al recibir con ello lesión, y muy grande, en su honra y en la de sus familiares¹².

¹² Casación de 1952, "G. J.", t. LXXII. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia...*, t. II.

El Código de ZANARDELLI, en su art. 212, lo llamaba *calumnia*, en tanto que BERNAL PINZÓN adopta la denominación de CARNELUTTI. LUIS CARLOS PÉREZ, acogiendo al Código de Rocco lo llama *simulación de delincuente*. Nuestro criterio es el expresado arriba.

Hemos dicho que *denunciar* es un acto procesal con ritualidad precisa y formalista. Cuando se emplea la denuncia para calumniar a alguien se cometen *falsas imputaciones*. Como denuncia que es, deberá estar redactada en un acta, si fue verbal, o un escrito, y ambos presentados ante un fiscal. Existe previo *juramento* y el hecho denunciado debe tener apariencia de verdad, para ser veraz. Esto significa que solo es delito de *falsas imputaciones* si lo denunciado tiene tipicidad penal, aunque no sea hecho real.

Para que sea calumniosa, la denuncia debe dirigirse contra determinada persona. Es su diferencia con la *falsa denuncia* y es la razón para que hablemos de falsas imputaciones, puesto que *imputar* es señalar a alguien. "Tú lo hiciste", decía CARRARA. Por otra parte, lo que se imputa es un hecho típico, delictual o contravencional. Y por otra, deberá tratarse de persona real y natural, no ficticia ni jurídica. Vale decir, que se imputa la autoría y complicidad en un delito no cometido, pero tipificable, y se imputa a una persona individual, no a la jurídica. Más aún, a personas que tienen existencia cierta, no personajes nebulosos o irreales, porque de ser así, sería simplemente *falsa denuncia* y no *falsa imputación*.

Otro tema interesante es que cuando en un mismo acto jurídico de denuncia, se formulan imputaciones falsas a varias personas, se comete un solo delito de *falsas imputaciones*, porque lo que se ofende es la administración de justicia mediante el aparato de una denuncia calumniosa, y no la integridad moral de las personas. Recordemos, al efecto, que la *falsa imputación* también puede realizarse mediante una *querrela falsa*.

Si el hecho imputado falsamente sí ha tenido ocurrencia, habrá falsa imputación, no obstante, si se denuncia a quien es ajeno a su comisión. Lo *simulado*, dice ARENAS, no es el delito denunciado, sino la denuncia a persona inocente¹³. En realidad, sí se simula el delito en una falsa imputación, no en el sentido de que se da vida jurídico-penal a un hecho no típico, sino porque se fantasea sobre hechos que, de ser ciertos, adecuarían a uno de los tipos penales. Pero es lógico que no solo se comete falsa imputación simulando el delito, sino que también se agota cuando se simula el delincuente, es decir, si se señala como autor o cómplice a quien es inocente de un delito real.

En cuanto a la persona a quien se denuncia falsamente, es obvio que debe ser inocente, como advertía el tipo penal extinguido. Su inocencia queda advertida en la nueva tipicidad, al decirse de ella que no ha cometido el hecho que se le imputa. Lo que ocurría es que el art. 188 del Código de 1936 agregaba una subjetividad al tipo que complicaba su comprobación, al decir que el denunciante debería "saber que es inocente". La *inocencia* absoluta o relativa, es tanto como la ajenidad, total o parcial, respecto del hecho punible que se le imputa. Es un estado personal del

¹³ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Comentarios...*, Parte especial, t. I, Bogotá, Universidad Nacional, 1959, pág. 153.

denunciado, y como tal de sabor subjetivo y de difícil comprobación en un proceso. Más todavía, si lo que se trata de establecer no es que el denunciado sea *inocente*, sino que el falso denunciante sabía que aquel era inocente cuando lo denunciaba.

En la actualidad y frente a la nueva tipicidad, toda objeción planteada a este respecto se despeja: el denunciante tiene conciencia de que el hecho punible que se denuncia no ha sido cometido por quien él denuncia, ni ha participado en el hecho, y no obstante lo denuncia. Es cuestión de *dolo* y no de elemento subjetivo del hecho tipificado, y se comprueba estableciendo sencillamente que el denunciado no cometió ese delito ni participó en él, sin que interese saber si el denunciante "sabía de su inocencia" o no. Ya no interesa, tampoco, distinguir entre la inocencia respecto de lo objetivo del hecho tipificado o en su subjetividad también, porque se denuncia a quien no cometió el hecho, cuando realmente es ajeno a él y tal como se lo denuncia. Si alguien es denunciado por un homicidio, por ejemplo, sin advertir que mató en defensa justa, la denuncia es calumniosa con solo establecer ese hecho y que lo conocía quien denunció, sin importar al efecto su estado subjetivo sobre el "conocimiento de la inocencia".

5. UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL

El delito de *falsa denuncia* ha concurrido siempre con el delito denunciado falsamente, como un problema prejudicial. La *falsa imputación* se agota en el momento de la denuncia fraudulenta o falsa. Pero mientras que el delito denunciado no se investigue y falle, en forma definitiva, no habrá posibilidad jurídica de decir que "no se ha cometido" por quien fue denunciado. El fallo del segundo es requisito que integrará la tipicidad de aquel. Aplicando normas vigentes sobre procedimiento al respecto, el fallo de la falsa imputación se detiene prudencialmente hasta cuando se falle el delito denunciado y se califique al denunciado como persona que no lo ha cometido. El fenómeno de prescripción de su acción corre inmisericordemente, como el tiempo mismo, y entre tanto no se puede remediar, como tampoco tiene remedio el que nos volvamos viejos.

Sección III. Falsa autoacusación

1. LA NORMA

Art. 168. *Falsa autoacusación*. El que ante autoridad se declare autor o partícipe de un hecho punible que no ha cometido, o en cuya comisión no ha tomado parte, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años.

2. ESTRUCTURA

Acción descrita: La frase verbal "se declare" indica que alguien, en presencia de funcionario investigador, confiesa un hecho punible que no ha cometido, ni como autor, ni como cómplice.

La reducción a un tipo aislado de la *autocalumnia* o *autoacusación* es originada en el Código de Rocco de 1930. Inclusive que la Comisión que redactó el Código de 1925 lo presentó en esa forma, sin saberse por qué motivo se redujo a un solo tipo con la *falsa denuncia*¹⁴ en el Código de 1936. En esta forma se da a su tipicidad independencia estructural del hecho punible que se comete mediante una "denuncia fraudulenta o simulada".

La autoacusación consiste en declararse una persona como responsable de una infracción de la ley penal, que en realidad no ha cometido. Su tipicidad en el Código extinguido exigía una subjetividad típica en el autor, al obligarse a la comprobación de sus motivos, que se concretaban en el ánimo de entorpecer el curso de una investigación, obviamente para impedir que se descubrieran verdaderos autores o partícipes. Es en realidad uno de los grandes motivos de la autoacusación, mas no el único. LOCARD, en su *Criminalística* que data de principios del siglo, dice que muchas personas se han autoacusado con el ánimo de "salir en los periódicos", lo cual tiene mucho de patológico. Esta especie de patología resulta corriente para el hombre de estas épocas. Pero hay más móviles, como es el dinero. Cuántas veces alguien se declara culpable porque recibirá, él o su familia, una subvención a sus necesidades, a cambio de unos años en prisión. Lo cierto es que la nueva figura eliminó la subjetividad típica, con lo cual los motivos del falso confeso no interesan, y basta con su conciencia clara y no patológica, de que es ajeno al hecho que confiesa como propio.

No importa que el confeso fuese quien denunció o el denunciado. Nada tiene que ver esta tipicidad con la *falsa imputación* ni con la *falsa denuncia*. Tampoco que la investigación pertinente se dirija contra él o terceras personas. Ni siquiera que el hecho denunciado se investigue por una falsa denuncia, porque en el curso de ella podrá haber una *autoacusación falsa* y este será un delito diferente. La falsa autoacusación deberá tener aptitud jurídica para influir en las decisiones judiciales, y por lo tanto, solo es punible si se hace mediante el rito de una indagatoria. En el rito procesal actual al señalado como autor o partícipe en el hecho punible, se le recibe una declaración sin juramento que se llama "versión del imputado" o "versión libre" en la práctica investigativa, en la primera etapa del proceso que se denomina "investigación previa" y que, una vez transpuesto el límite entre investigación e instrucción, tendrá el mismo valor de una indagatoria, según enseña el art. 322 del Código de Procedimiento Penal. Por ende, la aceptación del hecho por parte del imputado en cualquiera de estas dos diligencias, tiene carácter de confesión.

La ajenidad del falso confeso, respecto del hecho del cual se *autoacusa*, debe ser absoluta. Si quien confiesa hecho que sí ha cometido, lo hace en proporciones distintas de las que realmente tuvo al participar en él, solamente ha utilizado su derecho a narrar los acontecimientos como tenga a bien hacerlo, según disponen los arts. 358 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

¹⁴ *La reforma penal en Colombia*, t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925, pág. 382.

Sección IV. *Simulación de la prueba*

1. LA NORMA

Art. 169. *Circunstancias de agravación.* Si para los efectos descritos en los artículos anteriores, el agente simula pruebas, las penas respectivas se aumentarán hasta en una tercera parte, a menos que esta conducta por sí misma constituya otro delito.

2. ANÁLISIS

La *simulación de pruebas* formaba parte de la tipicidad de la falsa denuncia en el art. 187 del Código Penal de 1936, pero para establecerla era preciso referirla a una denuncia falsa, lo cual implicaba una tipicidad compleja: simular pruebas en la denuncia. Ello dejaba por fuera de todo reproche la simulación de pruebas en el curso del proceso penal, salvo cuando la prueba simulada estaba dirigida a *imputar falsamente* un delito a una persona concreta, caso contemplado por el art. 188 del mismo Código.

La tipicidad que analizamos en este nuevo Código, comoquiera que se afirma en un tipo legal autónomo de los anteriores, permite aplicarla a los casos de simulación de la prueba en el curso de un proceso penal, sin limitarlo a la coexistencia con una "denuncia falsa o calumniosa". Es la *prueba simulada* la que se reprocha, cualquiera que sea el momento procesal en que aparece, y no la *simulación de pruebas* destinada a realzar el hecho de denunciar fraudulentamente, o afianzar la *denuncia calumniosa*, como ocurría en el Código del 36.

Ante todo nos preguntamos: ¿qué cosa es *prueba simulada*? El mismo precepto que estudiamos advierte que la simulación de la prueba no alcance la magnitud propia de otros delitos. Deducción obvia es, pues, que una cosa es *simular* la prueba, y otra *falsearla*, y otra muy diferente a las otras dos es defraudar al servidor público con pruebas simuladas o falsas.

Prueba, según la Academia, es la razón argumento o instrumento con que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de una cosa. Correspondiente a este concepto, la voz *probar* viene del latín *probare*, que significa experimentar. *Probar*, dice la Academia, es hacer examen y experimento de las cualidades de personas y cosas. De manera que *probar* es examinar o experimentar sobre las cualidades de lo que se sostiene como una *verdad*, y la *prueba es la manera racional como se hace patente ese examen sobre la verdad*.

Según dice CARAVANTES, el sustantivo *prueba* se deriva del latín *probe* que quiere decir lo que es honesto u honrado. De allí el calificativo *probo*. En este sentido, el *quaesitor* romano recopilaba durante la *quaestion* todas las pruebas presentadas por los litigantes y señalaba su *buena fe* u honestidad con que habían sido recogidas¹⁵.

¹⁵ Véase TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. I, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna (s. f.), págs. 391 y ss.; C. A. J. MITTERMAIER, *Tratado de la prueba en materia criminal*, trad. de Primitivo González de Alba, Madrid, Edit. Reus, 1916, págs. 12 y ss.

Por consiguiente, vamos agregando valores al significado o sentido de lo que es *prueba*: probar es experimentar o examinar honestamente las cualidades de lo que se sostiene como una *verdad*; y *prueba*, la manera racional y proba como esa verdad es reproducida en el lugar en donde se quiere hacer patente.

¿Y a quién se le quiere hacer patente esa verdad, tan honestamente experimentada por el probador? A quien decide sobre su esencia o sustancia de *verdad*. Si se trata de comprobar hechos o pretensiones entre litigantes, obviamente que quien toma decisiones sobre la *verdad* que los asiste, es el juez. A él se dirige la prueba. Es en él, en su mente, en donde esa verdad debe ser *reproducida* para convencerlo, para obligarlo a aceptar su *pretensión* como la *verdad* en el respectivo litigio. La tarea del juez en el proceso, respecto a la *prueba*, será la de *reconstruir* los hechos que se sostienen como verdad mediante el uso de su prueba: confrontándola y criticándola; buscando el derecho aplicable a la *verdad* que lo convence, y dictando sentencia decisoria sobre la real existencia de esa verdad.

Tenemos pues que la palabra *prueba* tiene aplicación jurídica siempre dentro de los linderos del proceso. Por esto pertenece al derecho procesal.

Según don ANTONIO DELLEPIANE¹⁶, la palabra *prueba* se usa para indicar cada uno de los tres estadios o situaciones de razonamiento por las que tiene que pasar el probador para hacer patente su verdad en la mente del juez. En este sentido, *prueba* es: a) *medio de prueba*, o sea las razones, argumentos o instrumentos con que se pretende *reproducir* la verdad en la mente del juez, para mostrarla o hacerla patente allí. b) O es *acción de probar*, que es el conjunto de ritos o de requisitos que la ley prevé para lograr esa reproducción, honestamente, de *buena fe*. c) O es la *certeza* o convicción que se produce en esa mente, luego que se ha reproducido en ella su *verdad* pretendida. Tres estadios que en su emisión de convencer, experimentan o procuran reproducirla en la inteligencia del juez. Por eso, *probar es reconstruir*.

Cuando la ley penal, en su art. 169, habla de *simulación de la prueba*, se refiere a la simulación de todo este proceso de reproducción de la verdad pretendida. La *simulación* puede referirse al *medio de prueba*, tanto como a la *acción de probar* o a la *convicción* adquirida. *Simular*, dice la Academia, es representar una cosa fingiéndola o representando lo que ello no es. *Simular* la prueba es darle dimensión ontológica a lo que no la tiene, es darle *cosidad*, o sea, hacerla cosa —para usar expresión de HEIDEGGER— cuandoquiera que no es, que no existe, que es la *nada*.

Se *simula el medio probatorio* cuando se fingen razonamientos o argumentos o instrumentos, con los que se pretende reproducir como *verdad* en la mente judicial lo que no es. Ocurriré cuando se hace mención o cita de personas como *testigos* que en realidad no lo fueron o no existen. Cuando se agregan manchas de sangre o de espermatozoides allí en donde no estaban. Cuando se alborota una habitación para fingir una lucha en el lugar donde no la hubo. Cuando se mencionan papeles o palabras que no se escribieron o no se dijeron.

¹⁶ ANTONIO DELLEPIANE, *Nueva teoría general de la prueba*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1955.

Se *simula la acción de probar* cuando se fingen ritos o requisitos legales que no se han cumplido, o se inventa una forma *honest*a que no tuvo ocurrencia procesal. Tal cosa ocurre cuando se le afirma al juez que se desconoce el domicilio del testigo, o que no lo tiene, o que se desconocen nombres y domicilio de demandados, para lograr la designación de un curador *ad litem* que facilite el curso del procedimiento, cuandoquiera que se trata de personas reales, conocidas y de vistosa residencia o domicilio. También cuando se le afirma al juez que una citación de testigo se hizo, sin que se haya tomado la molestia de buscarlo, o cuando se le dice que tenía dirección equivocada o inexistente, si es conocida la persona y su residencia.

Se *simula la certeza en la mente del juez* cuando este dicta providencias judiciales, dando por ciertos unos hechos irreales o ficticios. O como en el caso de que el juez dé por aprobados hechos que no son, apreciando pruebas que no existieron, que es uno de los casos contemplados en la causal primera de casación, según el art. 220 del Código de Procedimiento Penal.

Pero cosa distinta es la *falsificación* de la prueba. Falsificar, conforme dice la Academia, es adulterar, corromper o contrahacer lo que es verdad. De manera que se *falsifica* lo que tiene existencia, entidad ontológica, *cosidad* propia sustante y valorable. Se falsifica la prueba que está allí; que tiene su propia dimensión. Pero se la falsifica para darle una dimensión diferente: para lograr su evaluación de modo distinto. Para llevar *convicción* a la mente del juez, en forma diferente a como lo lograría esa prueba, si no mediara el acto falsificador.

Cuando no se limita a *inventar* testigos, sino que se los vuelve sustantes y reales, llevándolos a declarar en falso, ya no se trata de una prueba *simulada* sino *falsificada*. Y la falsificación de la *prueba testimonial* se llama en el Código Penal *falso testimonio* (art. 172). O cuando no se contenta con inventar documentos no escritos, sino que se escribe uno, que contiene verdad contrahecha. No se hablará de *simulación de documento* sino de *falsificación documentaria* (arts. 218 y ss.). Cuando se agrega al expediente una boleta de citación a un testigo conocido, como si hubiese manifestado no acudir o no hubiese sido hallado porque no se lo buscó, la simulación adquiere *cosidad* y se convierte en *falsedad en el documento* llamado proceso. Cuando el juez escribe y ejecuta su providencia judicial, valorando pruebas inexistentes, da *cosidad* a la simulación, y su sentencia resulta un *prevaricato* (art. 149).

Tenemos clarificadas, en lo posible, las pretensiones del legislador cuando en el art. 169 habla de *prueba simulada*. Pero es obvio que la simulación aludida se refiere a la prueba del proceso penal, no al procedimiento civil, ni al laboral, ni al contencioso-administrativo, ni al régimen probatorio no judicial. Lo técnico habría sido extender la tipicidad que estudiamos, a la *simulación de pruebas* en todos los campos del derecho en donde ellas sean exigidas para adoptar una decisión de autoridad pública. Pero no se hizo así, por lo cual el problema de prueba simulada en campos extrapenales se resolverá como un *fraude procesal*, puesto que lo permite la muy amplia tipicidad del art. 182, *ibídem*.

Sección V. La retractación

1. LA NORMA

Art. 171. *Circunstancias de atenuación.* Las penas previstas en los artículos anteriores se reducirán de una tercera parte a la mitad, si antes de pronunciarse sentencia de primera instancia, el autor se retracta de la falsa denuncia.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 190:

Las sanciones de que tratan los artículos anteriores se disminuirán hasta en las dos terceras partes, y aun podrá otorgarse el perdón judicial, si el responsable se retracta de la declaración falsa o confiesa la simulación, antes de que se califique el sumario respectivo, cuando se trate de asunto criminal, o antes de que se pronuncie sentencia de primera instancia en los demás casos.

3. ANÁLISIS

El art. 190 del Código Penal del 36 consagraba una atenuación punitiva entre las dos terceras partes de la pena imponible a una *falsa denuncia* o a la *falsa imputación* o a la *simulación de pruebas*, y la mitad de aquellas cuando el autor o partícipe se *retracta* de su falsedad. Pero la atenuante la combinaba con aquel embeleco del más puro sabor positivista como fue el *perdón judicial* que inventó FERRI con el pomposo e inútil título de *subrogados penales*. Conforme a la tesis ferriana de la peligrosidad individual, según la cual la patología humana hace al hombre más o menos delincuente, cuando la personalidad del delincuente, sus antecedentes, las circunstancias en que fue cometido el delito "permiten al juez presumir fundadamente que ha dejado de ser peligroso", el art. 90 de aquel Código le permitía al juez aplicar el *perdón judicial*, que consiste en prescindir de aplicarle la sanción correspondiente¹⁷.

El perdón judicial fue un sistema legalizado de impunidad de casos de delincuencia clara, montada sobre algo tan gaseoso y vago como lo era la peligrosidad individual o predelictual. Si alguien cometió un delito como este, de *falsa denuncia*, y el análisis de su *personalidad* convence al juez de que no lo va a volver a hacer, y no es tan *peligroso* para la sociedad a la que ofendió en su derecho a una justicia pura, simplemente lo deja sin sanción, porque le *perdona* la pena.

El Código de 1980 tiene como una verdadera conquista el haber dado al traste con todo vestigio del *peligrosismo* positivista. Por este motivo, la *retractación* es tan solo una circunstancia que disminuye o atenúa el rigor de la pena aplicable, pero no un vehículo de impunidad.

¹⁷ Ver ENRICO FERRI, *Proyecto preliminar*, art. 82, trad. de Cristino Jiménez Escribano. Madrid, 1925.

Retractar, dice la Academia, es revocar expresamente lo que se había dicho o escrito. Es desdecirse. Hay retractación cuando el autor de la denuncia falsa o calumniosa o de la simulación de prueba, se presenta al juez del mismo proceso en donde estas se produjeron y, antes de sentenciarse en primera instancia, se desdice de sus mentiras.

La retractación debe ser un acto formal en el proceso. Con las ritualidades propias de quien denunció falsamente, esto es: con el juramento debido y formalismos propios de una *denuncia* o de un *testimonio*, si se trata de retractarse de una simulación de pruebas. Como dice BERNAL PINZÓN, la ley no exige estos formalismos, pero es obvio que los tenga, puesto que se trata de anular un acto procesal válido que, de no retractarse, va a incidir sobre una sentencia, que bien podría ser desfavorable a alguien. De allí, también, que el período para retractarse sea durante todo el proceso, hasta antes de dictarse sentencia en primera instancia. La retractación tardía hace inevitables los efectos de una sentencia injusta y perjudicial.

Considera BERNAL la posibilidad de tener a la *retractación* como un caso de *estado de necesidad* en quien hace una *falsa denuncia* o una *falsa imputación*, obligado por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a un pariente próximo de un grave perjuicio contra su honor o su libertad. La fórmula la consagraba el art. 384 del Código de Rocco y fue el fundamento para dar cabida en el art. 190 del Código anterior al mencionado *perdón judicial* del más puro sabor positivista, como se dijo. En realidad, la tesis de si alguien pueda alegar *estado de necesidad* al salvar su libertad o la de un pariente suyo, levantando calumniosamente un proceso penal contra un tercero inocente, es cuestión de ética. Personalmente nos parecería inadmisibles, y mal podría justificarse tal acción. Además, es cierto que la institución del estado de necesidad, como surge del art. 29, numeral 5, del Código Penal actual, exige en el autor del hecho necesitado, no ser causa del *peligro* del cual se salva, y quien pretende eludir la acción de la justicia, imputándolo falsamente a un tercero, es causa del *peligro* de perder su libertad o su honra, o lo es su pariente inmediato a quien pretende salvar por este medio¹⁸.

4. ANTIJURIDICIDAD

Los hechos que constituyen una *falsa denuncia*, una *falsa imputación*, una *autoacusación falsa* o una *simulación de pruebas*, por un lado, perturban el correcto funcionamiento del aparato judicial tan costoso y de difícil funcionamiento, y, por otro, su poder coactivo resulta agresivo contra los demás. Y si se lo hace funcionar contra personas inocentes, la agresión que sufrirán ellas las perjudicará irremediablemente, porque es este un poder del cual no les es posible sustraerse, ni siquiera mediante el empleo de la violencia, puesto que no cabría una *legítima defensa*, por ejemplo, opuesta al cumplimiento de una sentencia judicial, por inequitativa que ella resultara. J.

De este modo, una *falsa imputación* puede convertir a la justicia en un mecanismo odioso y hasta terrible, si se emplea para satisfacer bajos apetitos de venganza.

¹⁸ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 311 y ss.

za o para encubrimiento de sus propias infamias. La administración de justicia sufre, no solamente porque, como anota BERNAL PINZÓN, "queda burlada cuando se simulan infracciones penales y se pone en movimiento la máquina del Estado para investigarlas"¹⁹, sino por sobre todo, porque se le hace descender de su pedestal de equidad, para volverla instrumento de ambiciones.

Y hemos resaltado el daño moral que sufre la administración de justicia del Estado, no el que padece, al propio tiempo, la persona particular a quien se calumnia por este medio y se la somete a injustificada violencia. Este es otro tipo de daño que emerge del denunciar falsamente, o emplear pruebas simuladas en su contra.

5. CULPABILIDAD

Son todas tipicidades *dolosas*. Conocimiento de la no comisión del *hecho punible* y denuncia con voluntad de mover el aparato judicial inicuaamente. La intención o propósito de dañar con ello a terceros no cuenta para estructurar culpabilidad en estos tipos, pero es circunstancia de agravación de la pena, según el art. 66, numeral 10: en ninguna de ellas se admite la *culpa*.

6. EXCLUSIÓN DE LO ANTIJURÍDICO

Si, como atrás dijimos, poner en funcionamiento el aparato judicial resulta una burla costosa a la justicia, no se ve cómo una denuncia falsa o calumniosa, una autoacusación fraudulenta o la presentación de pruebas simuladas, puedan emplearse como medio defensivo, y en todo caso justificantes de hechos. Quizá para salvar a un cónyuge o hijos o padres o hermanos, de la acción de la justicia, alguien se autoacuse falsamente o simule pruebas o denuncie falsamente ese mismo hecho. Pero reiteramos nuestra creencia: la agresión a la justicia, para defenderse de ella misma, no es ni jurídica, ni éticamente aceptable, máxime si la justicia actuaba correctamente contra la persona a quien pretende *salvar* o *defender* de su acción. Sería un exabrupto que se entendiera *legítima defensa* si se permite la condena a muerte de una persona inocente, mediante prueba simulada o como consecuencia de una denuncia calumniosa, para defender de esa misma sentencia a un pariente.

7. TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y CONCURSOS

Ningún problema hay en hablar de una *tentativa* de falsa denuncia, o falsa imputación, o autoacusación fraudulenta o prueba simulada, si los hechos que los agotan, la denuncia formal y concluida, por ejemplo, o la prueba simulada dentro de la órbita del proceso en marcha, no se pudieron producir, quedando en un mero *intento* de delito.

¹⁹ BERNAL PINZÓN, ob. cit., pág. 270.

Tampoco hay problemas para que operen todos los órdenes de participación en el delito, desde la coautoría a la complicidad, en cada uno de ellos. Inclusive la autoacusación, porque varias personas pueden confesar falsamente un hecho punible, para salvar a una tercera.

En cuanto a la posibilidad de concursar, la hay con muchos de los delitos del Código: *soborno* del testigo, o *cohecho*, por ejemplo.

CAPÍTULO II

DEL FALSO TESTIMONIO

Sección I. *Falso testimonio*

1. LA NORMA

Art. 172. *Falso testimonio*. El que en actuación judicial o administrativa, bajo la gravedad del juramento ante autoridad competente, falte a la verdad o la calle total o parcialmente, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 191:

El que en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento, ante autoridad competente, afirme una falsedad, niegue o calle en todo o en parte lo que es verdad, incurrirá en presidio de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujetos activos*: Cualificados. Todo aquel que intervenga en actuación ante los jueces o en procedimiento administrativo, y deba hacerlo bajo juramento.

b) *Acción descrita*: Señalada por dos verbos: *faltar* y *callar*, el primero referido a la falta de veracidad del acto del autor. Su contrariedad con la *verdad* puede ser sobre toda su actuación o solo en una parte de ella.

Esta tipicidad está acompañada por circunstancias de tiempo, modo y lugar. De tiempo, porque el *falso testimonio* se comete mientras se ejecuta o realiza una "actuación judicial o administrativa" y solo en el curso de ella. De modo, porque no habrá *falso testimonio* si el autor no estaba *bajo juramento*. De lugar, porque deberá hallarse en presencia del juez o funcionario administrativo que preside la actuación correspondiente.

4. NOCIONES GENERALES

El art. 191 de la ley 95 de 1936 fue redactado conforme lo estaba la norma correspondiente en el Código de ZANARDELLI que, entre otras cosas, fue modelo de los arts. 371 y 372 actuales del Código italiano y del 275 del Código argentino. Por

este motivo, la denominación de *falso testimonio* se ha dado siempre a la falsa declaración de testigo, al lado de la falsedad en la peritación y en la versión del traductor judicial. Existe, hoy en día, mucha actuación procesal que se cumple bajo juramento, como la afirmación que hace el demandante de desconocer el domicilio o residencia del demandado y no poder hacerse a la prueba de ello¹.

En consecuencia, la tipicidad que se le ha dado al falso testimonio en el art. 172 actual es más amplia. Comprensiva de toda *actuación* ante un funcionario de la rama jurisdiccional o administrativa, abarca los anteriores *testigo*, *perito* o *intérprete* y da cabida a muchos más que, sin serlo, también actúan en cualquier diligencia, bajo juramento. La fórmula elegida para esta nueva tipicidad le da más dinámica, con la única innovación de convertir en un falso testimonio el perjurio que se cometía cuando la falsedad se llevaba a cabo ante cualquiera otra autoridad diferente de la judicial.

Como un hecho de importantes repercusiones socio-jurídicas se ha tenido siempre el *falso testimonio*. Normas punitivas de los falsos testigos aparecen en la codificación de HAMMURABI, en el *Talmud* hebraico, e inclusive, a los *falsos testigos* les dedica una fuerte reprimenda el Nuevo Testamento. En Roma, a partir de las *XII Tablas*, se condena a muerte, y es bien popular la forma como esta se ejecuta, despeñándolos por la roca "Tarpeya"². Es curioso observar que la legislación mosaica obligaba al testigo de delitos punidos con pena capital, a ejecutar por su propia mano la sentencia de muerte que con su testificación había ayudado a imponer, para dar más severidad al deber de decir únicamente la verdad en ello³.

El falso testimonio es un delito de sujetos activos cualificados, pues solamente puede ser cometido por quienes, bajo juramento, actúen ante la justicia o ante autoridades de la rama ejecutiva. De acción compuesta y alternativa, se señala por los verbos *faltar* a la verdad y *callar*, los cuales indican una acción psicológica de la esfera del conocimiento. Es de actividad comisiva u omisiva. La acción descrita en su tipicidad preceptiva, contiene circunstancias de *tiempo*, de *modo* y de *lugar*. Hay una normatividad en ella: el juramento. No hay subjetividades exigidas especialmente por el tipo legal. Es delito instantáneo en su consumación. Y, como adelante veremos, no se agota por un daño o lesión cumplido, sino por su amenaza o peligro de él, por lo cual es de *mera conducta*. El tipo básico es el *falso testimonio* del art. 172, y hay una tipicidad especial, dependiente de este, que se encuentra en el art. 174 y se denomina *soborno*.

Etimológicamente, *testimonio* viene del latín *testimonium*. Según concepción académica, *testimonio* es atestación o aseveración de una cosa, y también es prueba, justificación o comprobación de la certeza o verdad que contiene esa cosa. Por manera que el sustantivo *testimonio* tiene dos significados, en relación con la actividad de conocer la verdad de algo: testimonio es *aseveración* de que una cosa existe, como una verdad sustante vale decir: es garantía de la existencia de una verdad; o testimonio es *inquirir*, comprobar, o establecer la verdad contenida en una cosa.

¹ Código de Procedimiento Civil, arts. 78 y 80.

² RICARDO LEVENE (h), *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1962, págs. 37 y ss.; TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. I, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna, pág. 391.

³ GIOVANNI ROSSADI, *El proceso de Jesús*.

El *testigo* es la persona que da testimonio. Se deriva del castellano *testiguar* que, a su turno, es derivado de *testimialis* o sea la persona que rinde *testimonium*.

Por otra parte, *falso* es lo engañoso, fingido, simulado, contrario a la verdad o falto de veracidad. Atando estas dos expresiones, *falso testimonio* resulta tanto la aseveración de una verdad que no existe, como la afirmación de una mentira, como si fuera la verdad sustante de una cosa. Igualmente, por falso testimonio se entiende la comprobación ficticia de una cosa, como si fuera la verdad contenida en ella. En este último sentido, es mejor hablar de *falso testigo* que de falso testimonio.

Según enseña CARAVANTES, *testigo* viene de *testando*, que es tanto como declarar o explicar según su mente; esto es, dando de la mente. En el *Digesto* de JUSTINIANO se hablaba de los *testimonios*. De *testibus*, que daban fe a favor de otro, confirmando una cosa. De manera que, desde el derecho romano, el falso testimonio es delito contra la verdad producida en los linderos de la justicia. Siempre se tuvo este delito como una ofensa a la justicia, y en nuestros antecedentes legislativos se tipificó en el capítulo pertinente a este derecho, a lo menos desde la codificación de 1936, tal como lo habían hecho ZANARDELLI y ROCCO.

Pero en el Código de 1980 el falso testimonio, a pesar de su ubicación como delito contra la administración de justicia, se estructura con un elemento nuevo que lo hace extensivo a la falsedad de testigos no judiciales, sino en procedimientos administrativos, lo cual lo desubica como delito contra la justicia, exclusivamente. Desde el art. 197 del anteproyecto de 1974 se introdujo esta modalidad típica, con el evidente propósito de punir como *falsos testigos* a quienes frecuentemente faltan a la verdad en actuaciones bajo juramento, ante otras autoridades públicas, con detrimento de intereses colectivos. Una vez más, la falta de pudor generalizada de la época en que se vive, obliga al legislador a desvirtuar la técnica en la tipificación del hecho, en beneficio de una colectividad lesionada en sus derechos. El capítulo, pues, tutela el interés social en la *prueba testimonial*.

5. ANÁLISIS

Son sujetos activos de falso testimonio todas las personas que intervienen oficialmente en alguna actuación bajo "la gravedad del juramento", según el texto legal. La frase resulta bastante general y comprende no solamente a los tres clásicos sujetos activos del art. 191 del Código Penal de 1936, que eran el *testigo*, el *perito* y el *intérprete*, sino quienes, sin ser alguno de estos, sin embargo intervienen en diligencias administrativas o judiciales y lo hacen sometidos al juramento de proceder con veracidad o autenticidad en la parte que les corresponde suministrar o hacer frente al Estado. Observamos que en el procedimiento civil, extensivo a los procesos laborales, se le exige juramento a quien formula demanda sin señalar domicilio o residencia del demandado, manifestando serle desconocida.

Según concepto académico, *testigo* es el que explica o declara. De manera que para merecer dicho calificativo, debe actuar ante los jueces o autoridad administrativa como tal. El solo hecho de presenciar un hecho o tener un conocimiento, de interés judicial o en procedimiento administrativo, no da el calificativo de *testigo*, por lo

menos jurídico-penalmente. Es preciso que, para merecer el calificativo, se haga presente el funcionario o empleado oficial, y *testifique*. MITTERMAIER, seguido por LEVENE (h) y EUGENIO FLORIAN, consideran que *testigo* es la persona que ha declarado y cumplido la plenitud de la ritualidad procesal para hacerlo válidamente. En realidad sí, se considera que el *testigo* es la prueba ya producida en el proceso. No obstante la tipicidad dada al art. 172 califica de testigo a quien está produciendo en ese instante su *testimonio*, por manera que si, no concluido, pero juramentado, se suspende por circunstancias ajenas a su voluntad, en lo depuesto hay delito de *falso testimonio* si faltó a la verdad en su declaración.

En nuestro sistema probatorio, testigo puede ser cualquier persona, sin limitación de sexo, edad o nivel cultural, salvo en el proceso civil, puesto que el art. 215 del Código de Procedimiento Civil hace inhábil para declarar al menor de 12 años.

La única limitación puesta por la ley procesal penal, es la *capacidad* psicológica de quien *declara*. La capacidad síquica del testigo, según opina MANZINI⁴, se refiere exclusivamente a su sanidad mental, lo que no es rigurosamente cierto, porque el sordomudo que no puede darse a entender por escrito, ni por signos convencionales o lenguaje traducible, tampoco es testigo hábil⁵. En este sentido el procedimiento penal es más amplio, pues al menor de 12 años se le permite testificar, aunque se le exime del juramento y se le hace asistir de un representante legal. FRANÇOIS GORPHE fundamenta lo anterior, diciendo que al menor de esta edad no es posible encontrarle sentido crítico que lo haga fijar diferencias claras entre las ventajas de la verdad en lugar de una mentira, ni entre los valores de bien y mal en ello⁶.

Bajo juramento puede declarar el mismo indagatorio, siempre que acuse a terceros, sin señalarse a sí mismo.

De manera que es cierto, como dice LEVENE (h), que para recibir el título o denominación jurídica de *testigo* se necesita reunir tres requisitos: tener un conocimiento que deba ser manifestado a los jueces o las autoridades administrativas, hallarse en su presencia y bajo juramento, en actuación oficial, y manifestar la verdad de ello⁷. *Sensación, percepción, fijación y exteriorización* son las operaciones psicológicas que realiza el *testigo*, según anota LEVENE.

El testigo es alguien compareciente, comunicable, perceptivo y lógico. Y al hablar de testigos nos referimos a toda persona que cumple "actuación judicial o administrativa" y no solamente a quien declara ante el juez. La tipicidad que se dio al art. 172 se refiere a todos ellos, pues en la denominación del tipo emplea la palabra *testimonio* y por esto los denominamos, genéricamente, *testigos* a todos ellos.

La acción que se describe es compuesta y alternativa: se agota un falso testimonio, o "faltando a la verdad" o "callándola en todo o en parte". El art. 191 del Có-

⁴ VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, t. III, Torino, Edit. Giuffrè, 1931, pág. 196.

⁵ Código de Procedimiento Civil, art. 215, num. 3°.

⁶ FRANÇOIS GORPHE, *De la crítica del testimonio*, trad. de Mariano Ruiz Funes, Madrid, Edit. Reus, 1971, págs. 91 y 119.

⁷ RICARDO LEVENE (h), *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1962, pág. 63; *Manual de derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Edit. Víctor de Zavallía, 1976, pág. 569 y nota 67 de la misma página.

digo de 1936 tipificaba tres modalidades, a saber: afirmando una falsedad, negando total o parcialmente lo que es verdad, y callándola íntegra o fragmentariamente. Testigo reticente es este último, y su actuación punible es eminentemente omisiva y de la esfera del conocimiento, siendo, por lo tanto, actuación psicológica. Si el testigo es alguien compareciente, comunicable, perceptivo y lógico, el testigo reticente también lo es; solamente que comparece y ha percibido, pero no comunica y, por tanto, no es lógico. En realidad, no hay diferencias entre las tipicidades de 1936 y 1980: afirmar una falsedad o negarla, es tanto como "faltar a la verdad" y la síntesis favorece la gramática del tipo. Además, en esta forma se expresan las dos modalidades de testimonio punible: cuando se agotó el delito por acción, y cuando se agota por omisión en la expresión de la verdad.

Por consiguiente, el *falso testimonio* consiste en la expresión de un conocimiento de modo diferente a como debería emitirse: "faltando a la verdad", que es la afirmación de lo que no debió expresarse, o "callando la verdad total o parcialmente", que es omitirla u ocultarla, no expresar lo que en verdad se conoce.

Faltar a la verdad es tanto como la testificación de una mentira, y mentir es expresar opinión o concepto contrario a lo que se sabe, cree o piensa el declarante. Por lo tanto, al faltar a la verdad, hay discrepancia entre lo que comprendió la inteligencia del declarante y lo que comunica a la autoridad oficial que lo interroga o escucha, es decir: entre lo conocido y lo expresado por él. A esta figura la denominan algunos autores *falso testimonio subjetivo*. Si la discrepancia existe entre la realidad ontológica o sustante del objeto de conocimiento y sobre el cual versa la declaración, y lo expresado por el declarante, es porque este comprendió erróneamente el objeto mencionado, y por eso lo expresa de modo fenoménicamente distinto a como es. Se habla, entonces, de *falso testimonio objetivo*. Y como este es un error, no es punible.

Al respecto decía CARRARA que es posible punir como falso testimonio uno *objetivamente* considerado. Supone el caso de alguien que cree haber presenciado la comparecencia de una persona al lugar de un crimen, y, queriendo encubrirla, declara no haberla visto allí. La mentira en su declaración es obvia, puesto que quiso mentir y lo logró, aunque eventualmente su exteriorización coincida con la verdad ontológica o fenoménica. Se punirá su aptitud para delinquir y su propósito de engañar a la justicia pública⁸. He aquí un implícito reconocimiento carrariano a la *peligrosidad predelictual* de los positivistas, por lo menos en cuanto al mentiroso. Lo cierto es que el hecho, como lo supone el maestro, no tiene capacidad de daño y de suyo no lo logra. Su mentira es algo abstraído en su propia mente; tan solo de valoración subjetiva. Punirla es punir sus propósitos, y desde los prácticos ya se sabía que los pensamientos, por sí mismos, no se pueden punir.

MANZINI afirma que la falta de la verdad en el declarante implica fingimiento de sensaciones no percibidas por los sentidos, o alteración de las sí percibidas⁹, con lo cual el maestro distingue dos modos de faltar a la verdad: simulando la verdad,

⁸ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961, § 2698.

⁹ VINCENZO MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, cit., pág. 422.

o falseándola. La primera finge su existencia, le da entidad cuando ella no es. La segunda la contrahace o altera. La verdad es, tiene sustancia, pero se la modifica hasta deformarla; vale decir: se le da otra forma que no corresponde a su presencia. En otras palabras: se falta a la verdad, creándola o adulterándola. Recordemos, a propósito, que lo *simulado* aquí no es el testimonio, sino la verdad del testigo. No es *prueba simulada*, sino falsa; porque el *testigo*, que es la prueba tiene entidad, existe y expresa conocimientos. Pero los simula al hacerlo, crea su verdad, que es distinto de lo que ocurre cuando no crea una verdad, sino que la adultera. Y, desde luego, también es algo diferente a cuando se crea o simula el testigo mismo. En este último caso sí se habla de "simulación de la prueba testimonial", que encaja en la tipicidad del art. 169 ya analizado.

RICARDO LEVENE (h) opina que es más grave ofensa al bien jurídico tutelado, cuando el declarante finge sensaciones no percibidas, que cuando deforma o altera las sí percibidas, porque en este caso a lo menos declara sobre hechos que conoció¹⁰. La observación resulta pueril, si se considera que en ambas formas se engaña a la justicia.

La reticencia podrá ser total o parcial, según dice el tipo legal que analizamos. La reticencia es total, cuando comparece ante la autoridad competente, pero no comunica a ella lo que sí ha percibido. Dice desconocer los hechos, cuando en realidad los conoce. Será parcial, si habla sobre el objeto de su conocimiento y materia de su declaración, pero parcialmente, fragmentariamente. Omite u oculta la verdad respecto de los demás aspectos de conocimientos, a pesar de que sí los posee en su inteligencia. Para efectos de la punición por falso testimonio lo mismo da que el reticente haya sido total o parcialmente silencioso. Psicológicamente, el reticente total desprecia a la justicia o la pospone frente a valores que deberían ceder el paso ante ella. El reticente parcial la teme cuando la engaña, porque a lo menos le narra la verdad en parte.

Quien, teniendo el conocimiento, no acude al llamado del juez, es un *desacatador*. El desacato no es falso testimonio puesto que no comparece ante la justicia; no le miente, sino que la elude. El desacato es una contravención sancionada conforme al art. 225 del Código de Procedimiento Civil. La razón para esta diferencia en el trato penal la da LEVENE diciendo que el que comete desacato, si bien no presta su concurso a la justicia, por lo menos no la engaña¹¹.

Ya desde los tiempos de FARINACCIO y de JULIUS CLARUS¹² se planteó el interrogante de si se debe punir el falso testimonio sobre todo el cuerpo de una declaración, o apenas si se falta a la verdad en aquella parte que es considerada *esencial* o relevante a lo que pretende conocer de quien declara el juez o empleado oficial que recepciona su declaración. Suele distinguirse, entonces, entre lo esencial y lo accidental en una declaración. Muchos defienden la diferencia, diciendo que el daño a la justicia solo se producirá si la mentira copa aquella parte esencial de una declaración, porque incide sobre aquello que se pretendía averiguar con ella. Lo que no

¹⁰ RICARDO LEVENE (h), *El delito de falso testimonio*, cit., pág. 65.

¹¹ LEVENE, ob. cit., pág. 64.

¹² VINCENZO MANZINI, ob. cit., pág. 711.

deforma esta verdad, porque son accidentes en un declarante o en su manera de hacerlo ante el juez, no hace daño y permite administrar correcta justicia¹³.

La Corte no ha adoptado una posición clara al respecto de este viejo e insoluto dilema. Así, dijo en cierta ocasión: "Lo esencial en el delito de "falso testimonio" es que la afirmación falsa se haga sobre un hecho, bien sea principal o accesorio, pero de tal entidad que por su misma naturaleza pueda influir o indicar la decisión del fallador"¹⁴. Trata de adoptar una posición ecléctica, pero no señala cuáles son las razones para considerar una parte de una declaración como su asunto *principal*, y cuáles partes de ella son lo accesorio.

La diferencia que se quiere establecer entre lo principal y lo accesorio en una declaración, por una parte carece de asidero legal, ya que no se infiere de ningún texto del Código de Procedimiento Penal, ni de otro cualquiera. Sería una diferencia netamente teórica, creada por la doctrina o la jurisprudencia. Por otra parte, es imposible distinguir entre aquello que es esencial o lo que es accidental en sus dichos, si se trata de dar crédito a un testimonio.

En efecto, de las normas de procedimiento se desprende que en una declaración hay tres partes bien definidas y que cada una cumple su propósito de facilitar la *crítica del testimonio*. En la primera el *encabezamiento*, según el lenguaje procedimental; en la segunda, la narración de hechos, y en la tercera los datos sobre la personalidad de quien declara. La primera parte no es narración del declarante, sino un grupo de constancias procesales, referentes a la oficina que toma la declaración, la fecha en que se hace, los parentescos con interesados en el asunto y el haberse recibido juramento previo. La tercera se refiere a la persona que declara. Los arts. 292 y 294 del Código de Procedimiento Penal dispone que es indispensable saber sus nombres, apellidos y sobrenombres, estado civil, lugar de domicilio o residencia, oficios, labores, profesiones que conoce y ejerce, estado de salud fisiológica y psicológica, antecedentes herenciales, patológicos o biológicos, parentescos directos o colaterales, consanguíneos o afines, grado de cultura, datos que se recibirán sin admitirle ninguna contestación oscura o ambigua. La segunda parte de una declaración se refiere a los hechos *materia de la declaración*. Y una persona declara narrando una sucesión de hechos colaterales al núcleo de lo que el juez pretende conocer mediante la declaración de ella. Por ejemplo, si alguien va a narrar cómo presenció un homicidio, comenzará diciendo lo que hizo ese día, muchas horas antes, hasta llegar al momento y lugar del crimen. ¿Qué es lo esencial o lo accidental en ello?

¿Para qué pretende la ley suministrar todo dato que le permita al juez valorar la personalidad de quien declara? Antes hablábamos de la edad y citamos a GORPHE: un niño tiene poca maduración psicológica para dar a la *verdad* la valoración que se merece, y sus conceptos del bien y del mal tampoco han alcanzado la serenidad crítica que otorgan el tiempo y la cultura. Igual puede ocurrir con quien, a pesar de sus años, jamás alcanzó suficiente maduración psicológica. El sitio y lugar de origen o de domicilio, y aun de su residencia, pueden determinar a la persona a exponer

¹³ RICARDO LEVENE (h), ob. cit., pág. 73.

¹⁴ Sentencia de 1949, "G. J.", I. LXV. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. II, Bogotá, Edit. Lex Ltda.

ciertos aspectos que realza sobre otros, y que no corresponden a la forma como lo hacen habitantes de otro lugar. Los ancestros son interesantes para saber la forma como la persona aprecia, retiene y valora los hechos que la rodean. Su sicología clara y corriente es trascendental para dar crédito a lo que dice, y tal como lo dice. En fin, que cada testimonio corresponde a la verdad expresada por cada personalidad que declara, y que esta pudo haber sido diferente, y hasta contradictoria, con la verdad valorada y expresada por otra persona. Por lo tanto, ¿será accidental esta parte, respecto del crédito que merece el testigo? ¿Podrá mentirse, impunemente, sobre su personalidad, si con ello se engaña a la justicia, que de otro modo habrá restado crédito a sus dichos?

¿Será accidental a la declaración todo hecho antecedente al núcleo central de lo que se pretende conocer por medio de él? Que estaba cansado, o había ingerido bebidas alcohólicas, que estaba solo o en compañía de otros, que llegó a la escena del crimen por una ruta y no por otra, que es miope o présbita, que padece daltonismo o no, que tiene memoria excelente o deficiente, ¿no es determinante del crédito que merece lo que dice haber visto? ¿Como hacemos para seguir el consejo de la Corte que nos lleva a distinguir entre lo *principal* y lo *accesorio* y, sobre todo, separar las mentiras que pudieron incluir en la credibilidad proporcionada por el declarante al juzgador?

La declaración a que se refiere el art. 172 se debe haber producido válidamente. Esto es, con la ritualidad exigida por la ley de procedimiento, para su existencia jurídica y aptitud de convencer al juez o empleado oficial a quien corresponda tomar decisión sobre ella. Si no hay una auténtica declaración, la falta a la verdad contenida en el acto cumplido no alcanzará a producir daño jurídicamente visto, y por ende no es delictuosa.

6. CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR

Esta tipicidad incluye circunstancias relativas al tiempo, al modo y lugar. Al tiempo, porque el *falso testimonio* se comete durante el curso de una declaración en procedimiento judicial o administrativo. El precepto lo señala cuando dice: "el que en actuación judicial o administrativa". No es cualquiera el momento en que se pueda cometer, sino en presencia de los jueces o empleados oficiales que recepcionan una declaración juramentada. Los límites de procedimiento fijados para cada acto de declarar, determinan el momento en que la declaración se produce, y solamente durante ella, con sus formalidades que le otorgan vida jurídica, la falsedad del declarante toma cuerpo de hecho punible. Mentirle a un juez, por ejemplo, en momento distinto de su trabajo y por razones de índole personal, no alcanza a configurar el delito. Lo será si reitera su mentira durante la declaración formal.

El modo de realizar o cometer el delito, será con la formalidad propia de una declaración juramentada. La norma que estudiamos lo dice: "Bajo la gravedad del juramento". *Declaración*, dice la Academia, es la deposición de testigo hecha bajo juramento o promesa de decir la verdad. En términos similares se pronuncia don JOAQUÍN ESCRICHE. De acuerdo con esto, y según nuestras instituciones de procedimiento, una persona declara, ante cualquiera autoridad facultada por la ley para

recibirlo, bajo juramento. La declaración es un acto procesal y formal, y declaran no solamente los testigos ante los jueces, sino ante cualquier empleado oficial autorizado para juramentarlo. El juramento es la modalidad que distingue entre una declaración inocua, penalmente hablando; y otra capaz para enviar a la cárcel a quien miente en ella.

En la historia el juramento se conservó como una institución de naturaleza religiosa. Era la esencia de su especial y severa punibilidad en Roma, y conservaba esta naturaleza cuando sobre el falso testimonio escribió CARMIGNANI el siguiente comentario: "Se diferencian poco de los calumniadores, y son casi peores los que, llamados en un juicio público o privado, se atreven, con desprecio de la santidad del juramento prestado por ellos, a alterar o disminuir maliciosamente la verdad"¹⁵.

Ya explicamos que el juramento ha sido despojado de su herencia religiosa. Hoy se puede jurar sin tener a Dios como garante de la verdad, y hasta se lo desplaza por el *honor* de un militar. Fruto de la época en que nos correspondió vivir, el juramento es una simple garantía jurídica de decir la verdad en su declaración. Siendo esto así, resulta exacto el comentario de CARLOS LESSONA, para quien el jurar resulta un vínculo inocuo, en sí mismo. Quien no se compromete con la entidad de una creencia religiosa, no necesita comprometerse con la importancia del derecho. De suyo es cierto que quien declara con las formalidades de la ley, ante los jueces, está jurídicamente comprometido a decir la verdad. No es preciso un juramento para darle relieve a esa verdad. Y tampoco debería serlo para imponer penas a quienes mientan a los jueces en ejercicio de sus funciones.

Pero el juramento es de la esencia de la declaración, y tanto, que sin él no hay delito de falso testimonio y sin él no existe jurídicamente esta declaración¹⁶. Por esto es una circunstancia de modo del delito que comete el falso declarante.

La circunstancia de lugar está señalada en la norma que estudiamos, con las palabras "ante autoridad competente". Según SEBASTIÁN SOLER, autoridad competente es cualquiera autorizada para recepcionar testimonios sobre cualquier materia¹⁷. Más exacta la opinión de LUIS CARLOS PÉREZ, para quien autoridad competente es cualquiera autorizada para recepcionar bajo juramento una declaración¹⁸.

7. CONSUMACIÓN

PEDRO PACHECO OSORIO sostiene que, tratándose de un falso testigo, el delito de falso testimonio se entiende consumado tan solo cuando aquel firma el acta en donde consta el hecho. Pero si queda sin firmas, por ejemplo, no hay declaración y, por consiguiente, tampoco falso testimonio.

¹⁵ GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, págs. 350-351.

¹⁶ Casación del 3 de diciembre de 1949, "G. J.", t. LXV. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia...*, t. II, pág. 493.

¹⁷ SEBASTIÁN SOLER, *Derecho penal argentino*, t. IV, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina (reimpresión total), 1951, pág. 256.

¹⁸ LUIS CARLOS PÉREZ, *Derecho penal colombiano*, t. I, 1ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 306.

No resulta exacta la tesis anterior, puesto que declarar es expresarse ante el juez o funcionario respectivo. Que se tome acta escrita de sus dichos, carece de interés, en cuanto a la prueba. Si no lo hizo, después de declarar formalmente, el juez es suficiente garantía de que esos fueron sus dichos, y será punible. Al respecto, una vez dijo la Corte: "La simple omisión de firma del acta por el testigo cuya declaración abona el juez, no constituye violación de las normas ordenadoras del proceso, ni socava los derechos y garantías fundamentales de las partes"¹⁹.

8. ANTIJURIDICIDAD

Su clasificación en el Código Penal de 1936 fue materia de amplios debates. Algunos no lo ubicaban bajo un solo título, sino la tipicidad correspondiente al pie de cada derecho tutelado, con lo cual resultan múltiples los derechos ofendidos. Otros autores lo consideran como una especie de la *falsedad*, y hay quienes lo sitúan como delito *contra la fe pública*. Y es a partir de ZANARDELLI en 1889 cuando se lo tipifica como hecho autónomo, contra la administración de justicia, lo cual se ratifica en el Código de Rocco y es lo que adoptamos en aquel Código de 1936 y en el que ahora nos rige.

No faltan quienes consideran el falso testimonio como delito de resultado, y por esto comisible en tan solo cuando, mediante la falsa declaración, la convicción judicial conduzca a decisión injustificada. La Corte, como la mayor parte de autores, lo consideran como delito de mera conducta, por lo cual su consumación tiene lugar cuando se ha declarado en falso. El choque o colisión de antijuridicidad no es cuando la convicción judicial se torció merced al *falso testigo* o la decisión de autoridad perjudicó intereses en contradicción con la falsa declaración, sino que lo antijurídico se da cuando, con la ritualidad formal, una persona se atrevió *amentirle a la justicia*. Así, dijo la Corte: "Tampoco es necesario que el daño sea real o efectivo; basta que sea potencial. Es decir, que tenga capacidad, aptitud o disposición suficiente para influir en los resultados del juicio, bien sea favorable o desfavorable a los intereses de la justicia"²⁰. Aquí es conveniente citar al maestro JOSÉ VICENTE CONCHA, quien en vigencia del Código de 1890, escribió lo siguiente: "El falso testimonio no es punible, sino cuando pueda influir en alguna manera en la decisión del proceso"²¹.

9. EXCLUSIÓN DE LO ANTIJURÍDICO

Quizás el *estado de necesidad* justifique el hecho de rendir falsa declaración. En todas las épocas, pero especialmente en la que vivimos, nunca una persona se había visto más apremiada a hacer cosas que no quisiera, bajo el imperio de la violencia. Es posible que alguien sea forzado a omitir la verdad en una declaración, o, más aún, faltar a la verdad en los hechos que bajo juramento narra a la competente

¹⁹ Casación del 5 de julio de 1972, en *Jurisprudencia...*, años 1972-1973, págs. 1 y ss.

²⁰ Casación de 1948, "G. J.", t. LXV, págs. 97 y ss. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia...*, t. II, págs. 498 y ss.

²¹ JOSÉ VICENTE CONCHA, *Tratado de derecho penal*, Bogotá, Librería Americana, 1929, pág. 208.

autoridad. El hecho bien podría ser tomado como producto de la coacción ajena insuperable, con lo cual sería excluyente de culpabilidad, al tenor del art. 40, num. 2. Pero si alguien se halla bajo peligro de perder su vida, por ejemplo, y, llevado a declarar, omite decir la verdad para conservarla, es obvio que se adecua más la figura al *estado de necesidad*.

10. CULPABILIDAD

Como la esencia de esta tipicidad es faltar a la verdad en su declaración, es obvio que quien lo hace tiene conocimiento de lo que es la verdad y voluntad de narrar hechos contrarios a ella, u omitir su manifestación, esperada por la ley.

El delito es doloso. No admite culpa.

Sección II. La retractación

1. LA NORMA

Art. 173. *Circunstancias de atenuación*. Si el responsable de los hechos descritos en el artículo anterior se retracta en el mismo asunto en el cual rindió la declaración, de tal modo que dicha retractación pueda ser tenida en cuenta antes de la sentencia de primera instancia, la pena imponible se disminuirá hasta en la mitad.

El Código de 1936 consagraba la *retractación* en el art. 195 en estos términos: "Podrá otorgarse el perdón judicial por los hechos de que tratan los artículos anteriores, al responsable que se retracte en el mismo proceso en que se rindió la declaración, dictamen o versión falsos con la oportunidad necesaria para que tal retractación pueda ser apreciada en la sentencia".

2. ANÁLISIS

Retractar es verbo que indica desdecirse, revocamiento expreso de lo que se ha dicho. Cuando el art. 173 dice que quien se retracta es "responsable", se quiere indicar al declarante en falso, simple y llanamente. La denominación *responsabilidad* suena a positivismo jurídico criminal y, por ende, a la peligrosidad predelictual ferriana.

Responsable es un adjetivo que deviene del latín *re* que es un prefijo que significa retroceder o devolverse, y del sustantivo *spondeo* que significa ofrecer; así que, etimológicamente, responder es devolverse para ofrecer respuesta adecuada o exigida. Son sinónimos "contestar" o "corresponder".

Como para dar una respuesta a alguien se necesita conciencia capaz de acto volitivo y libre, creemos que la responsabilidad no corresponde a la acción en su aspecto meramente objetivo sino que es parte de su libre albedrío y, por eso, un componente de lo culpable.

Disentimos del concepto de la Corte Suprema de Justicia, en Sala plena, que entiende la responsabilidad como un efecto objetivo o fenoménico, vinculado al he-

cho típico, en sí antijurídico, pero ajeno a lo culpable del autor. Por esto la Corte cree que sí son responsables, tanto los imputables como los inimputables. Así dijo: "La responsabilidad penal es el compromiso que le cabe al sujeto por la realización de un hecho punible y, conforme a la legislación vigente, no existe duda alguna de que esto se predica tanto de los sujetos imputables como de los inimputables"²².

En el concepto anterior se confunde la responsabilidad con un mero señalamiento, cuando aquella es la consecuencia de ser el hombre un ente dotado de espiritualidad y, como tal, dueño de una racionalidad lógica. Se es responsable, no solo por el hecho de haber sido el autor de un hecho típico y antijurídico, sino también emergido de su conciencia culpable; por ello merece una pena. Es punido precisamente por ser responsable. La responsabilidad es la consecuencia humana del delito en su plenitud ontológica, y se extiende a tres campos, a saber: a) pagando la pena (responsabilidad jurídico-penal); b) indemnizando los perjuicios causados con su delito (responsabilidad jurídico-civil); c) cargando con las consecuencias ulteriores al hecho punible (responsabilidad personal).

El pensamiento de la Corte se refiere a la responsabilidad social del positivismo lombroso-ferriano que es meramente causal y objetivo y con ello nos retrotrae al Código Penal de 1936, ignorando lo culpabilista del Código de 1980.

Dice RICARDO C. NÚÑEZ que la responsabilidad es la consecuencia jurídica de la integración plena del delito, y no lejos de este concepto, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA considera la intervención de cuatro factores que la determinan, a saber: a) la vinculación causal objetiva de los hechos y su resultado; b) la injuria, o sea el tratarse de un hecho lesivo de derechos; c) lo culpable del autor que lo hace reprochable; d) la consecuencia de ser punible según la ley²³. Se es responsable cuando aparecen la totalidad de los componentes del delito, según lo formula el art. 2º del Código Penal de 1980 en vigencia.

El inimputable carece de capacidad para comprender la ilicitud de sus actos y de voluntad libre para autogobierno; por eso no puede responder por ellos. La ley 43 de 1982, reformativa del art. 33 del Código Penal, dispuso que el inimputable sea sometido a "medidas de seguridad", denominación que tomó del sistema ferriano, con las cuales se pretende recuperar la salud del enfermo y proteger a la sociedad de los riesgos que produce su presencia en la comunidad. Son medidas de salud pública, que es un servicio social a cargo del Estado, según dispone el art. 49 de la Constitución actual. La responsabilidad jurídico-civil que se desprende de los daños causados por los hechos atribuidos al inimputable, se hace radicar en las personas a cuyo cuidado se encuentra el inimputable, según disponen los arts. 2347 del Código Civil y 65 y 70 del decreto-ley 2820 de 1974 que lo complementó. Decir que al inimputable le cabe "una responsabilidad penal" es un error nacido del inconveniente de haber dispuesto que sean los jueces los aplicadores de estas "medidas de seguridad", cuando quiera que esa no es función judicial sino policiva.

La ley 95 de 1936 hablaba de *responsable*, para señalar al *imputable* sicológicamente y, en el caso de las patologías de su art. 29, tan solo *imputabilidad física*.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala plena, sentencia de exequibilidad de febrero 4 de 1988.

²³ RICARDO C. NÚÑEZ, *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1946, pág. 5; LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, t. V, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1958, pág. 88.

si es que esta expresión tiene sentido lógico en el derecho. Así que en el viejo sistema había *responsables* cuando había reprochables y punibles.

El art. 173 habla de *responsable*, para señalar al falso declarante, en un proceso en donde tan solo es *testigo*, no procesado; por ende, no es "el responsable" jamás en esas mismas páginas en donde produjo su *falso testimonio*.

Pues bien, para que haya atenuación de penalidad, quien declaró falsamente debe revocar sus dichos anteriores, desdeirse de ellos. Y lo va hacer con las mismas formalidades con que se produjo la falsa declaración, lo hará en los términos probatorios del proceso con la suficiente antelación al fallo de primera instancia.

Paralelo a la *retractación*, el art. 192 de la ley 95 de 1936 instituyó el llamado *derecho al silencio* y que nosotros, en clases, denomináramos *derecho a la mentira*. La aberrante disposición decía: "No incurrirá en la sanción de que trata el artículo anterior el que, por disposición legal, no estuviere obligado a declarar".

El art. 33 de la Constitución actual ratifica el derecho a no declarar en estos grados de parentesco, pero lo hizo extensivo al "compañero permanente", expresión eufemística que por sí misma no significa nada. Según el diccionario de la Academia, *compañero* es la persona que acompaña a otra con algún fin no determinado, con lo que el calificativo hace la norma imprecisa. *Compañeros permanentes* no son necesariamente la pareja humana; por el contrario, cualquier persona, de cualquier sexo y edad, desde que acompañe a otra, para cualquier propósito, desde que acredite el impreciso *permanente*, queda comprendido en el "derecho al silencio" del art. 33 de la Constitución. Suponemos que el constituyente quiso referirse a lo que el Código Civil de don ANDRÉS BELLO llamaba *amancebamiento* y el diccionario de la Academia denomina *concubinato*; que es definido como "el trato ilícito y habitual de hombre y mujer". Admitimos que el desdibujamiento de la moral y la pérdida de los nexos de la familia, llevarán al constituyente a descalificarlo como "trato ilícito"; pero no podemos admitir que con el "derecho al silencio" se tutelen relaciones humanas permanentes diferentes a la unión del hombre con la mujer, porque el ocultamiento de la verdad a los jueces se volvería lo corriente*.

Clarificando su oscuridad, sobre el art. 33 de la Constitución ha dicho la Corte Suprema que no es posible invocarlo tratándose de procesos en donde los intereses que se ventilan son de orden privado, como los civiles, los laborales, los administrativos y los fiscales. El art. 33 "queda limitado a los asuntos en que va envuelta la potestad sancionatoria del Estado. Así se desprende de la circunstancia de que la norma se halle enmarcada por otras innegables connotaciones penales, ya que la disposición en comento está antecedida de un artículo que, como el 32, establece los postulados a los cuales debe ceñirse la aprehensión del delincuente sorprendido en flagrante delito y seguida de otros que proscriben la imposición de penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, permiten que pueda declararse la extinción del dominio de los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito"²⁴.

*Clarificando la oscuridad del artículo 33 de la Constitución, el artículo 1º de la ley 54 de 1990 dice que para todos los efectos civiles "se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y a la mujer que forman parte de la unión marital de hecho".

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala plena, sentencia de octubre 17 de 1991.

Pero otra cosa bien distinta es que, advertidos del derecho que tienen para abstenerse de declarar, quieran hacerlo. Luego que estén en presencia del juez, bajo juramento, dirán la verdad y solamente ella. Si se abstienen en todo o parte de lo que es verdad, incurrirán irremediabilmente en *falso testimonio* y son tan punibles como cualquier otro mentiroso.

El derogado art. 192 del Código de 1936 se fundaba en una mítica consideración de *estado de necesidad* en quienes declaran falsamente, en defensa de sus parientes en consanguinidad o afinidad o adopción. La realidad es que un delito como el falso testimonio no puede ser justificado por circunstancia tan baladí, como decir que se trata de evitar el rigor de la ley penal, a parientes del declarante, aunque en realidad merecieran el castigo.

Lo que sí es cierto es que hay un grupo grande de personas a quienes la ley exime de la obligación de declarar bajo juramento.

a) A los parientes en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y adopción.

b) A las personas que deben guardar silencio, respecto de hechos conocidos por su ministerio, profesión u oficio, como los ministros de la religión católica u otra admitida en la república, abogados, consejeros técnicos, médicos, enfermeros, cirujanos y profesiones sanitarias.

Tampoco están obligados a declarar los contadores públicos por hechos conocidos en desempeño de su oficio, los absolutamente incapaces y las personas carentes de capacidad síquica para comprender el sentido de la *verdad*.

El menor no es inhábil para declarar, por lo cual no tiene sentido que se omita el *juramento* en su testificación. Los relativamente impedidos, por drogas, ebriedad, sugestión, no lo harán mientras se compruebe que se hallan bajo tal efecto.

Sección III. *El soborno*

1. LA NORMA

Art. 174. *Soborno*. El que entregue o prometa dinero u otra utilidad a un testigo para que falte a la verdad o la calle total o parcialmente en su testimonio, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 194:

El que ofrezca o prometa dinero u otra utilidad a un testigo, perito o intérprete, con el fin de inducirlo a dar una declaración, dictamen o versión falsos, incurrirá en prisión de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo tiempo, aun cuando la oferta o promesa no sea aceptada.

3. ESTRUCTURA

a) *Acción descrita*: Verbos: *entregar*, *prometer* el dinero o la utilidad en intento de compra del *falso testimonio*.

b) *Predicado*: Para *sobornar* al declarante, se promete u ofrece dinero u otra dádiva.

c) *Subjetividad típica*: con el propósito de que el declarante falte a la verdad o la calle, total o parcialmente.

4. ANÁLISIS

Cualquier persona puede ser autora del *soborno*: el interesado en el proceso judicial o administrativo en donde se pretenda cumplir el falso testimonio, u otra tercera persona. Se puede sobornar al testigo que ya declaró, para que amplíe *falsamente* su declaración; lo mismo, desde luego, a quien aún no lo ha hecho. Se puede sobornar haciéndose presente ante el juez y *callando* la verdad, o también para que no acuda al despacho del juez: para que *desacate* sus órdenes. Al hablar del *desacato* en el falso testimonio del art. 172, dijimos que *callar la verdad* es modalidad que implica la presencia física del declarante ante el juez, no obstante lo cual no la dice. Es la *reticencia* y el *desacato*, es decir, la no presencia personal ante el juez no es falso testimonio, sino una contravención. Es cierto esto, puesto que el art. 172 dice que para que haya falso testimonio en la reticencia, debe haber presencia, o sea: "el que en actuación judicial...".

En cambio, en el *soborno* el art. 174 solamente dice: el sobornador que pretende que el "declarante calle la verdad", sin exigir la "actuación judicial" sino el simple hecho de faltar a la verdad. Por tanto, se puede *sobornar* al declarante para que calle la verdad omitiendo su relación al ser interrogado por el juez, o, sencillamente, no presentándose al despacho judicial.

Se *soborna* ofreciéndole al declarante dinero, valores equivalentes, intereses económicos, mercedes sexo-sentimentales, y aun beneficios políticos o eminentemente personales. Por esto dice la norma: "otra utilidad", que tiene el mismo alcance que se le da en los arts. 140 y 141.

Entregar es verbo que indica acción actual o en ejecución: se está entregando el dinero. *Prometer* es hacer oferta o cumplimiento futuro. De todos modos, al testigo se le soborna mediante un acto o contrato con él, o aun sin este pacto, cuando sencillamente se *prometió* y este no lo aceptó. Porque es delito de mera conducta y se agota con la sola oferta de *soborno*.

Para terminar, las tipicidades de este Código no hay distinción alguna entre el *falso testimonio* rendido por declarante en el proceso penal, o en el civil o en el laboral. Y tampoco si quien declaró en falso era *parte* en asunto civil o penal o del trabajo, o simple *declaración de un tercero*. Al suprimiese la tipicidad del art. 192 de la ley 95 de 1936, las *falsas declaraciones* de quienes lo hacen bajo juramento en proceso civil, como *partes*, cometerán falso testimonio corriente, estructurado por el art. 172, *ibídem*.

5. ANTIJURIDICIDAD

La tipicidad estructurada en este artículo es tutela de la *prueba testimonial*, tan común en nuestro sistema judicial, en todas las ramas del derecho. Por consiguiente, su antijuridicidad se valora enfrentando el hecho *sobornador* con los intereses de la justicia. Si se lesiona este y los de la persona en cuyo perjuicio se hace el *soborno*, y si se observa que se pone a marchar la justicia por linderos por donde no es debido, dándole el *derecho* a quien no lo tiene, entendemos por qué es hecho antijurídico.

Además, no existe causal alguna que justifique un soborno de testigos. Por ello, las causas de justificación del hecho no tienen aplicación en esta tipicidad.

6. CULPABILIDAD

Es delito doloso, sin culpa. Aquella consiste en la conciencia de la compra de la prueba testimonial y la voluntad de inclinarla hacia el falso testimonio que le interesa. La figura descrita tiene una subjetividad típica, que no es sino la reiteración del dolo en el tipo mismo: "para que falte a la verdad o la calle", dice.

7. CONCURSOS Y COPARTICIPACIÓN

Como la calidad de testigo es una situación de hecho que toma forma jurídica en el proceso solamente cuando rinde deposición sometido a los ritos que para ello exige la ley, es posible sobornar a alguien que aún no es *testigo procesal*, sino *testigo presencial*, con lo que también se agota el delito del art. 174 del Código Penal. Y si el sobornado rinde declaración falsa después, agotaría el *falso testimonio* del que se trató en el art. 172 *ibidem*. En el primero el sobornado sería copartícipe, y en el segundo el sobornador su coautor. Al fin de cuentas se trata de hechos distintos, cumplidos en tiempo diferente y no existe razón alguna para no cumplir las reglas generales sobre concurso y coparticipación.

Sección IV. Colusión.

Infidelidad a los deberes profesionales

1. LA NORMA

Art. 175. *Infidelidad a los deberes profesionales*. El apoderado o mandatario que en asunto judicial o administrativo, por cualquier medio fraudulento, perjudique la gestión que se le hubiere confiado o que en un mismo asunto defienda a las partes que tienen intereses contrarios o incompatibles, incurrirá en prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años.

Si la conducta se realiza en asunto penal, la pena imponible se aumentará hasta en una tercera parte.

2. LAS NORMAS ANTERIORES

Los arts. 196 y 197 de la ley 95 de 1936 decían:

El apoderado o consultor que mediante acuerdo con la parte contraria, o de cualquiera otra manera sea infiel a sus deberes profesionales, comprometiendo la causa que se le hubiere confiado, o que en un mismo asunto defienda a las partes que tienen intereses contrarios o incompatibles, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años, interdicción de derechos y funciones públicas, y suspensión en el ejercicio de su profesión por el mismo término.

El defensor o apoderado en asunto criminal que fuera de los casos de que trata el artículo anterior, y a sabiendas, perjudique los intereses de su defendido o representado, incurrirá en arresto de un mes a un año, interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas y suspensión en el ejercicio de la profesión por el mismo tiempo.

Si el perjuicio de que trata el inciso anterior se ocasionare por acto u omisión culposos, solo se aplicará la última de las sanciones enumeradas.

3. ESTRUCTURA

- a) *Sujetos activos:*
- a) El *apoderado*
 - b) El *mandatario*

- Sujetos pasivos:*
- a) El *mandante*
 - b) O el *representado*.

b) *Acción descrita:* Verbos rectores: *perjudique y defienda*. *Predicado:* Perjudique la gestión que se le encomendó o sea infiel a su representado, defendiendo intereses contrarios o incompatibles a los suyos. *Circunstancias de tiempo:* En asunto judicial o administrativo. *Circunstancia de modo:* Por cualquier medio fraudulento. *Circunstancia agravante:* Cuando el *asunto judicial* es de naturaleza *penal*.

4. ANÁLISIS DE LOS SUJETOS

En el Código de 1936 se hacía una tipicidad específica para la *colusión* cumplida por el abogado cuya actuación procesal fuera oficiosa y a designación del juez, y se la refería al *proceso penal*; en cambio, ahora la *colusión* está referida a cualquier traición cumplida por un abogado en perjuicio de los intereses de su representado, sea mediante mandato o por oficiosa designación del juez, tanto en lo penal como en lo civil, pues el curador *ad litem* designado por el juez, conforme lo disponen los arts. 45 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

Tradicionalmente, por *apoderado* y por *mandatario* se ha entendido al abogado que ejerce su profesión mediante un contrato *demandatoo poderde sumandante*. *Apoderado* es la persona que tiene poder para representar y proceder, dice la Aca-

demia. El *mandato* es un contrato que regulan los arts. 2142 y ss. del Código Civil, y se refiere al encargo que una persona hace a otra de realizar hechos o gestiones a su nombre. De manera que el *mandatario* cumple su gestión por haberle sido conferida mediante un *poder*.

Pero en el proceso penal las denominaciones anteriores reciben calificación diferente: *Apoderado* o *defensor* es el abogado que representa al procesado en la primera etapa del proceso, que es la investigativa, y lo es, sea que lo designe el mismo procesado mediante un *mandato* o que lo designe el juez oficiosamente²⁵.

Así, pues, en el lenguaje procesal penal el *apoderado* es el que ejerce el *poder* de representación de otro, y este se recibe del representado mismo, mediante un contrato de *mandato*, y en ese caso *apoderado* y *mandatario* se confunden; o lo recibe del juez oficiosamente, y en este caso solo será un *apoderado*. Esta es la diferencia entre las dos clases de autores que tipifica el art. 175 del Código Penal.

De este modo, lo que se distribuyó en dos tipicidades distintas en el Código de 1936, queda ahora unificado bajo una sola.

Y, obviamente, a la clasificación de autores corresponde la de los pasivos de la acción criminosa: el *representado* será el que lo esté siendo por un *apoderado* oficioso o *curador ad litem*. El *mandante* será aquel a quien está representando su *mandatario*, que es quien recibió su *poder*, y por lo tanto, es su *apoderado*.

Por consiguiente, sea *apoderado* o *mandatario*, el autor de una colusión es un profesional de la abogacía. Para representar a otro en procesal penal, laboral, civil o administrativo, debe tener la cualidad y título profesional universitario del *abogado*. Por algo lo dispone así el art. 229 de la Constitución. CARRARA dijo sobre el sujeto de una *colusión*, que "ejercer la profesión de abogado" es su primer elemento constitutivo²⁶.

5. EL PERJUICIO DE LA GESTIÓN CONFIADA

Perjudicar es ocasionar daño o menoscabo material o moral, según la Academia. El perjuicio a la gestión confiada, es el daño real, mensurable, tangible, de los bienes o derechos que se confiaron a su habilidad profesional. El agente debe haber actuado en proceso judicial o administrativo y de su actuación debe haberse seguido un perjuicio para su representado, bien sea por su actividad profesional o por su inercia o descuido profesional. Pero el daño debe haberse producido como algo visible o valorable. El art. 196 del Código Penal de 1936 empleaba el verbo *comprometer*, y este es tanto como arriesgar la causa encomendada. Bastaba, pues, con someter a peligro el interés de cuya gestión se trata, sin esperar un daño real. El verbo actual es de daño o lesión e indica resultado; por esto es delito de perjuicio real.

Lo que ocurre es que, respecto de ejercer una profesión, la actuación profesional de un abogado puede ocasionar daño real, con la sola presentación de un escrito suyo. Presentar un poder de parte con quien su cliente tiene intereses incompatibles

²⁵ Capítulo IV del título III del libro 2º del Código de Procedimiento Penal en los arts. 138 y ss.

²⁶ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, § 2595.

o contradictorios, por ejemplo. Aconsejando a la contraparte de su cliente. Abandonando la práctica y solicitud de pruebas que benefician a su representado. Dejando de alegar en su defensa o de recurrir a las providencias susceptibles de revisión benéfica. Esto, por sí mismo, es lesión suficiente a los intereses que representa.

La causa confiada se perjudica por actividad u omisión, como acaba de decirse. Por lo tanto, al abandonar por descuido o negligencia una gestión profesional, hay *colusión* en la medida en que el agente tuviera conciencia de tal comportamiento. Esto es lo mismo que se dijo para el *prevaricato* por omisión y que se decía para el *abuso de autoridad* omisivo del art. 172 del Código de 1936: si el mandatario conoce su deber de actividad profesional y para ella está comprometido, y si conoce los momentos procesales para tal actividad, y la omite sin razón distinta a la negligencia o descuido no justificable por trabajo diferente, es obvio que hay dolo en su omisión.

Defender, según la Academia, es alegar en favor de uno o abogar. Es decir, hacer el papel de *abogado* representando o gestionando en vez de otra persona. Cuando se "defiende a partes que tienen intereses contrarios o incompatibles" se está actuando como *abogado* de dos personas o grupos de personas, que son *partes* contradictorias entre sí y, por lo tanto, con intereses opuestos una respecto de la otra, o no compatibles, aunque no haya oposición entre sus pretensiones. *Defender* es amparar, librar o proteger los intereses que se le confían. Por consiguiente, la *defensa* de intereses de partes en contrariedad una de otra, o incompatibles entre sí, implica la actividad plena de la abogacía, comenzando por una representación formal, con mandato *opoder* para hacerlo, introducción formal al procedimiento judicial o administrativo y actuación procesal en *defensa* de tales intereses.

No importa que la gestión profesional en favor de partes contrarias o incompatibles sea transitoria o en uso de poder *sustituto*; desde que se apodere a *parte* contradictoria, es delito de *colusión*.

Tampoco interesa que se trate de procesos distintos; siempre que en ambos las *partes* sean las mismas y sus intereses contradictorios entre sí o incompatibles con los intereses de la otra. No interesa que en tales procesos se debatan los mismos objetos de las pretensiones contradictorias o incompatibles, siempre que en cada uno de los *intereses* de cada *parte* no puedan competir con los de la otra o se pongan en contradicción.

En primer lugar, *parte* tiene un claro valor jurídico y procesal. El proceso civil tiene por objeto la constitución de una unidad jurídica que contiene la relación de intereses en litigio, con el fin de darles una solución justa. Esto significa que el proceso civil es algo así como un campo o un terreno jurídico, delimitado y formalizado por el derecho procesal, y dentro del cual intervienen ciertas o conocidas personas entre quienes se mueve el conflicto de intereses y la solución legal a ello. Este campo de movimiento o dinámica jurídico-procesal es el denominado de la *litis*, que comienza o se abre con la demanda y se cierra o concluye con la *contestación* (*litis contestatio*). Dentro de ella intervienen los llamados *sujetos procesales*, que son aquellas personas entre quienes surgió el conflicto, los terceros intervinientes en la relación jurídico-procesal iniciada, que en el viejo lenguaje procesal tomaban el nombre de *tercerías* y en el Código Procesal actual *litis consorcio*. Igualmente, el ter-

cero que interviene como prueba, el auxiliar de la justicia, el juez y el personal de su juzgado, e inclusive, pues, el agente del ministerio público.

Pero no todo sujeto procesal tiene intereses en conflicto en el proceso. Solo quien *demanda* el reconocimiento de su interés o grupo de intereses acumulados, y de quien *se demanda* o *demandado* para que reconozca aquel interés o intereses y actúe en conformidad, son quienes tienen el nombre de *partes*. Quien pide al juez y de quien pide, son *partes*. Son las personas interesadas en el objeto de la *litis*: *demandante* y *demandado*. *Parte* es quien inicia la acción procedimental y aquel de quien se pide reconocimiento, en el curso de esta acción. La parte, por consiguiente, es bilateral siempre. En acción judicial en donde no exista tal bilateralidad, no habrá *partes*, sino *interesados*. Parte es también quien *demandar* y de quien *se demanda*, lo mismo que sus *apoderados* o *mandatarios* para la acción.

Lo son el ministerio público, el *procesado* y su apoderado o defensor y la *parte civil*. Igualmente existe respecto de ellos la denominación de *partes*, aunque ella tenga más clara aplicabilidad en el proceso civil y laboral, por pertenecer al *derecho privado*.

El capítulo primero del título tercero, libro primero del Código de Procedimiento Penal, da el calificativo de "sujeto procesal" al fiscal general de la nación, entidad eminentemente investigadora, que ni puede tener el carácter de "parte" en el proceso penal, ni administra justicia, como erradamente dice el art. 116 de la Constitución actual.

Por consiguiente la *defensa*, calificada por el delito de *colusión* como punible, se refiere a la de quien es técnica o procesalmente *parte* de su cliente, bien en el mismo proceso u otro distinto, siempre que la posición de cada uno resulte incompatible y, más aún, contradictoria. La contrariedad o incompatibilidad a que nos referimos, no es solamente por razón de la *litis* misma, de las pretensiones de cada parte en conflicto, sino como consecuencia de un pleito por haber surgido entre ambos una incompatibilidad personal, extraprocesal, que en todo momento los sitúa en conflicto, o sea, contradictorios, incompatibles. El apoderado debe respetar el conflicto y, sin formar parte de él, abstenerse de *defender* intereses del contrario a su cliente.

Pero, como se acaba de decir, está vedado *defender* a quien es *parte* contraria a su cliente. Si en un proceso alguien es *testigo* contrario a los intereses de su cliente, posteriormente podrá ser *defendido* por el mismo abogado. El testigo no es parte en el proceso en el cual declara.

El art. 196 decía que la infidelidad estaba en defender intereses incompatibles o contradictorios, de *partes* en *asunto litigioso*. Se consideró que por "un mismo asunto" la ley quería indicar, no los límites de un proceso judicial, sino los varios procesos que ocasionen las mismas pretensiones litigiosas. Inclusive, *asunto litigioso* es algo que pone en conflicto a las personas, aunque no exista todavía un solo proceso judicial entre ellas.

El art. 172 restringe la prohibición de *defender* a personas que ya son partes en asunto judicial, esto es: en proceso judicial o administrativo andando, jurídico-procesalmente en marcha. De manera que si dos personas están en conflicto sin proceso

de por medio, y una de ellas es mi cliente, y la otra me consulta o me busca, puedo *defenderlas* a ambas en sus intereses, y quizá con alguna fortuna logre el justo medio entre ambas. Pero que no haya asunto judicial o asunto administrativo andando, porque la existencia de proceso me obliga a una sola, puesto que ya son *partes* en conflicto, una respecto de la otra. Es que mientras no haya *proceso* podrán ser *personas en conflicto* pero no partes.

Contrario, dice la Academia, es la persona que sigue pleito o pretensión contra otra. En cambio hay *incompatibilidad* cuando una cosa tiene repugnancia para unirse a otra. Dos *partes* son incompatibles cuando sus respectivas pretensiones no pueden coexistir, ni en el mismo proceso, ni en procesos diferentes, ni en el mundo fenoménico. Se puede tener interés incompatible, sin ser *partes* una respecto de la otra. Por ejemplo, en una sucesión, dos herederos pueden discordar en relación con una partición. En cambio, contrariedad la hay entre *demandante* y *demandado* en el mismo proceso o en varios, con iguales *pretensiones* o conexas con las del otro proceso. *Contrarios* son los intereses de partes y siempre.

Es cierto que no por ser partes en un mismo proceso, tienen intereses contradictorios. Bien puede suceder que una *allane* a los de la otra, o que el actor *desista* de sus pretensiones, frente al demandado. Interés contradictorio lo hay, cuando frente a la justicia uno y otro han expresado su voluntad de no permitir la coexistencia de ambos.

6. LA COLUSIÓN EN ASUNTO PENAL

Cuando el apoderado o mandatario actúan en proceso penal o en etapas extraprocesales, bien antecedentes o coetáneas, pero referidas a un *caso penal*, la *colusión* se cumple si perjudica la gestión encomendada a él, o *defiende* intereses contrarios a los de su representado. Las palabras *asunto penal* nos permiten la afirmación de que no se limite al profesional que actúa en proceso penal abierto por "resolución de apertura" sino en diligencias extraprocesales, pero relacionadas con el *caso criminal*, por decirlo así.

Cuando se abandona la causa por desidia, es actuación dolosa, del mismo modo en que el no cumplimiento del deber funcional por negligencia fue siempre un *abuso de autoridad* por omisión de la función pública, y doloso, en el art. 172 del Código Penal de 1936. Por lo tanto, sobraba la *colusión* culposa del viejo art. 197 del Código Penal de 1936.

7. ANTIJURIDICIDAD

A través de su historia, el llamado por nosotros *delito de colusión* es en realidad una de las formas tipificadas de la *infidelidad profesional* que en el derecho romano se llamó *praevaricatio*. El nombre elegido por el Código de 1980 es el de *infidelidad* y tiene razón, pues lo que fundamentalmente se reprocha es eso: la conducta infiel del abogado en quien confía su representado o cliente. La traición a su profesión de servicio social. El solo hecho de perjudicar conscientemente la gestión encomenda-

da, o de representar intereses incompatibles con los de su cliente o contrarios a él, es suficiente *colusión*. No obstante, el art. 175 le agregó a esta tipicidad un componente más, de que carecía la figura de 1936: "por cualquier medio fraudulento" dice la norma típica actual. Esto es que no habrá *colusión* en tanto no se emplee el fraude para perjudicar la gestión encomendada. No es cualquier tipo de perjuicio ocasionado, ni aun con conocimiento de ello o de sus deficiencias, sino el perjuicio logrado por medios falsos, falaces, ficticios o fraudulentos.

Y ello es obvio, porque *colusión* es cuando el abogado *traiciona* a su cliente, vale decir, le es *infiel*, y la infidelidad o traición existe solamente cuando es *fraudulento* con su representado.

Por lo demás, el art. 175 tipifica un delito contra la administración de justicia. Vieja controversia esta de aceptarlo como delito contra la autonomía de las personas o contra la justicia, ciertamente ofendida con la *traición* del profesional a quien se encomienda su ayuda al cliente y a la propia justicia. NELSON HUNGRIA, citado por BERNAL PINZÓN, asimila la labor del abogado en juicio a la del funcionario público, y por esto justifica que su *infidelidad* ofende a la justicia²⁷. Más acertado MANZINI, igualmente citado por BERNAL, para quien el daño a la justicia se ocasiona por las actividades traidoras de quien debe ser eslabón para que la ley tenga cabal cumplimiento.

Por nuestra parte consideramos que la justicia se hiere por la ofensa irrogada al particular por su abogado. La del derecho es profesión de contenido y vivencia social, y fundamentalmente se ejerce ante los jueces y teniendo como fin último el de la justicia. Justamente el acto *infiel* ocurre al aplicar las leyes torcidamente, con beneficio traidor de terceras personas. Entonces, la justicia es la lesionada con actividades cumplidas con fuerza emanada de sus propias leyes.

8. CULPABILIDAD

Hay *colusión* cuando el mandatario judicial o administrativo emplea cualquier método fraudulento para lograr un perjuicio de la gestión que se le encomendó. El hecho es culpable si el fraude se empleó con ese fin: lograr perjuicio a la gestión encomendada, ante los jueces o empleados del orden administrativo.

Obviamente que la defensa de intereses incompatibles o contradictorios no necesita de medio fraudulento. Este se refiere al *perjuicio* en la gestión, según la lógica y la composición gramatical de su tipicidad.

Por otra parte, *colusión* dolosa, cuando la defensa de intereses incompatibles o contradictorios se hace *sucesivamente* y no *simultáneamente*, como creen muchos. Es que por el solo hecho de *haber defendido* una causa, no me autoriza para *defender una nueva* incompatible con la que acabo de defender, si se refieren a un mismo *asunto litigioso*. De todos modos, la conducta es plenamente dolosa, con un concepto único de dolo.

²⁷ BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 375 y ss.

9. TENTATIVA, PARTICIPACIÓN Y COMPLICIDAD

Estamos de acuerdo con ARENAS para afirmar que la *tentativa* es posible. La *colusión* tipificada en el Código de 1936 era de *conducta* y por ende de *peligro*, y no daba lugar a la *tentativa*. La *colusión* del art. 175 actual implica la existencia de un *medio fraudulento* con el cual se ocasionará un real *perjuicio* a la gestión encomendada. Basta esta consideración para deducir con facilidad una *tentativa de colusión*, si el medio fraudulento empleado no produjo su resultado esperado, o si, andando la actividad perjudicial, esta no completa su finalidad y queda en mero *intento*. Por ejemplo, si se trata de convencer al cliente que no es conveniente la interposición y sustentación de un recurso contra alguna providencia que le es desfavorable, para asegurar su inmediato efecto en beneficio de la parte contraria con la cual hay *colusión* andando. Pero el fiscal interpone el recurso y otro abogado lo sustenta y la causa se modifica en su favor. El *medio fraudulento*, como lo es el engaño se empleó, pero el *perjuicio* a la gestión encomendada no se logró, por la intervención de terceros. Es *tentativa* de colusión en esta modalidad.

Por otra parte, es obvio que en la modalidad de coludirse por defender *a partes* con "intereses contrarios o incompatibles", la *tentativa* sigue siendo imposible, pues el primer acto de colusión que se realizaría sería la presentación de un poder de la contraparte, y tan solo esto lo agota. O dar un consejo a la parte contraria, y esto solamente lo agota.

La complicidad en la *colusión* es posible, siguiendo las reglas generales. Es posible que alguien colabore con el abogado coludido como causa suya, no propia. Sus socios o auxiliares en la gestión podrán llevar sus escritos en defensa de la *parte* contraria, pero con conocimiento de que agota una colusión, con lo cual son sus cómplices.

Este delito concursa con otros, sin que haya nada que advertir al respecto como no esté en las reglas comunes sobre la materia.

CAPÍTULO III

DEL ENCUBRIMIENTO

1. GENERALIDADES

Fueron los romanos quienes, al decir de PESSINA¹, introdujeron a la *complicidad* en el delito de otro el elemento *intencional* o *ánimo* de colaborar con el hecho ajeno. Esto se desprende del concepto de punir a cada uno por sus propias acciones, acogido por los clásicos, para quienes no era posible vincular un tercero a hechos ocurridos o agotados con anterioridad a su propia conducta, porque la vinculación carecería de nexo causal con el delito al cual se los vincula: "la esencia de la causa está en preceder al efecto, según la teoría de la causalidad, en el orden metafísico, pues todo lo que viene después del efecto, es siempre extraño a su realización"².

Rebuscando en MOMMSEN su trato penal en Roma, dice este que el derecho romano tuvo la idea general de punir a los varios partícipes de un mismo hecho, como coautores o codeincuentes. Sobre la codeincuencia no tuvo muchas reglas, y su aplicación casuística la propagó la jurisprudencia del *pretor*. Por lo tanto, no es raro que, para la época de las *Doce Tablas*, de las últimas compilaciones en la República, "el auxilio prestado después de consumado el delito, no caía con razón dentro del concepto de la codeincuencia, y así parece confirmarlo la manera como se trataba en las *Doce Tablas* la receptación y el encubrimiento"³. "No obstante, la Roma de la época de la República ya hace del *encubrimiento* una tipicidad autónoma y suficiente en sí misma, y hay que admitir que con el tiempo, y para la aplicación del *Digesto* por el pretor del Imperio, el encubridor del *furtum* participó en el trato del propio *ladrón* como si fuera su codeincuente, por cuanto el *receptator* colabora con el autor del *furtum*"⁴. Con esto el *receptator* y, en general, el encubridor recibe el trato de un copartícipe en el delito que encubre. Y va ser el pensamiento de los "prácticos" en plena Edad Media y el de estos más tarde recogido por el Código de Napoleón, en donde se les coloca como un especial renglón de coparticipación en el delito y hasta se les da el nombre de *fautores*. De la codificación napoleónica recoge este sistema el Código español del siglo XIX.

Y con este se elabora el Código que fue nuestra ley de 1890, en cuyo art. 21 se decía: "Son punibles, sujetos a la responsabilidad que les imponga la ley, no sola-

¹ ENRICO PESSINA, *Elementos de derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1936, pág. 203.

² DIEGO MOSQUETE MARÍN, *El delito de encubrimiento*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1946, pág. 41.

³ TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, t. I, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna, págs. 108-109.

⁴ TEODORO MOMMSEN, ob. cit., t. II, pág. 233.

mente los autores del delito, sino también los cómplices, los auxiliares y los encubridores"⁵.

El Código de 1936 estableció el sistema romano de la República. Para ello tipifica, como delito contra la administración de justicia el del *encubrimiento* en sus dos especies típicas tradicionales: el *favorecimiento* y la *receptación*. Esto fue producto de ceñirse mucho al espíritu del Código de ZANARDELLI, que entraba por el mismo criterio.

Sobra decir que el Código de 1980, sin más advertencias, sigue el mismo espíritu de tratar penalmente como un delito distinto, cuando se es un *encubridor* que cuando se es autor o cómplice del delito que se pretende *encubrir*.

2. NATURALEZA DEL ENCUBRIMIENTO

Como consecuencia del trato penal romano habido durante el Imperio, y por mucho tiempo más, se consideró que el *encubridor* tomaba parte en los hechos propios del delito encubierto. Y se opone al pensamiento del *pretor* de la República, para quien el encubridor es dueño de su propia e intencional conducta postrera y no puede ser *codelincuente* de lo que no fue en su tiempo. Así está en las *Doce Tablas*.

No obstante la posición clara de los *clásicos* sobre esta materia en uno y otro bando tomaron parte grandes juristas.

a) *Como proyección del delito encubierto*. Teoría surgida del derecho romano del Imperio, desarrollada por los *prácticos* y heredada por el Código Penal de Napoleón, fue sostenida por muchos códigos penales. Aparece defendida por GROIZARD y VON BELING, entre otros. Al hecho del *encubridor* se le califica como *codelinquencia* o *coparticipación secundaria*. Aun se llega a afirmar que la pena aplicable debe salir de la establecida para el delito que encubre. Las principales razones para sostener este criterio sobre la naturaleza del *encubrimiento* son las siguientes:

1) Por cuanto los objetos del delito de encubrimiento son generalmente los mismos del delito que encubre, la víctima del delito encubierto es la misma para el encubridor. El propietario o poseedor del bien hurtado, por ejemplo. *Igualdad de objeto material*.

2) Como consecuencia de lo anterior, el *derecho tutelado* para el *encubrimiento* es el mismo que se tutela al castigar el delito encubierto, pues el encubridor está lesionando o chocando contra los mismos derechos que se tutelaban al castigar el delito que se encubre. Esto es *igualdad de antijuridicidad*.

3) El *trato penal* para el *encubridor* es proporcionado al delito que encubre: es *más* o *menos* delito, según el encubierto sea *más grave* o *menos grave* para los intereses sociales y jurídicamente protegidos. Así, no es igual el *trato penal* para el encubridor de un hurto que para el encubridor de un *homicidio calificado*. Esto es: *igualdad criminológica*.

⁵ Código Penal colombiano, ley 19 de 1890, compilación de CARLOS JULIO ÁNGEL. Bogotá, Edit. ABC, 1934.

4) Cuando el encubridor favorece al autor de otro delito, o negocia con los objetos que provienen de otro delito, está prolongando, en el tiempo, el hecho punible de aquel otro delito que, al final de cuentas, no se agotó en su propio autor, sino que continuó en el encubridor. Prolongación en el tiempo de su *iter criminis*, dijeron en el siglo XIX. *Igualmente en los hechos*.

5) El encubridor siempre participa del propósito y finalidad del autor del delito que encubre, y no solamente en lo objetivo de su acción. Favorece al delincuente, por identificarse con sus motivos y deseos. Recepta con lo que produjo el delito que encubre, con lo cual participa del ilícito ánimo de lucro de su autor. Reitera la voluntad de delinquir del autor del delito encubierto, en el tiempo en que ejecuta su acto encubridor. *Igualdad en la culpabilidad*.

b) *Como conducta típica autónoma*. Autores como ENRICO PESSINA, ROSSI y SANDERS combatieron el criterio anterior sosteniendo, en cambio, que a cada efecto corresponde una causa. El delito es el efecto de una causación humana. Por lo tanto es imposible atar al *encubridor* como causa de un delito ya agotado en el tiempo, y que tuvo su propia *causa humana* en el autor del delito que se encubre. El ladrón, por ejemplo, es causa de su propio hurto. El *receptor* no puede convertirse en causa de este hurto, puesto que en el tiempo fue posterior al efecto de aquel nexo causal del delito *hurto*.

En cambio, quien *encubre* un hurto, inicia su propia cadena causal que irá hasta su propio efecto típico legal: favorecer en detrimento de la justicia. Es lo mismo que ocurrirá con el encubrimiento de un homicida, de un traidor o de un violador de correspondencia.

El encubridor es causa de un nexo que él mismo inicia y que concluye en su propio resultado. El delincuente encubierto lo fue de su cadena causal que concluyó en su propio delito. Una y otra ni se cruzan ni se complementan. Tienen vida fáctica y típica distinta. Lo que es evidente es que se explican para su existencia jurídica: no puede haber *encubrimiento* si no hay un delito para *encubrir*. El de *encubrimiento* es un tipo de *encuentro*, como lo llama LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, y esto quiere decir: que no hay tipicidad de encubrimiento si esta tipicidad no se *encuentra* con otra que lo antecede, inclusive como hecho vivo y agotado y puede que hasta punido.

Si repasamos las razones para unificar *encubrimiento* y *delito encubierto*, ni una sola es válida. No es cierto que la víctima sea la misma: en el encubrimiento lo es la administración de justicia a la que se sustrae la represión del delito que se encubre. Por lo tanto, el derecho tutelado no es el mismo: en el encubrimiento lo es la administración de justicia, distinto al derecho que ofendió el ladrón, en el hurto, por ejemplo. El *trato criminológico* no puede ser el mismo. No es cierto que sea más repugnante el encubridor de un homicidio que el encubrimiento de un hurto, porque el encubridor no es el homicida ni el ladrón, sino eso: un favorecedor de un delincuente y el vehículo para sustraer a alguien del reproche judicial. La valoración del encubridor no es distinta a la de cualquier otro encubridor.

c) *Pensamiento intermedio de Francesco Carrara*. CARRARA admitió, en la misma forma en que lo había hecho CARMIGNANI⁶, que el hecho con posterioridad al

⁶ FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1978, §§ 478 y 479; GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, pág. 108.

agotamiento de otro delito no puede confundirse con este, pues corresponde a otra causa, y no hay una causa posterior a su efecto. "No pudiendo concebirse ningún delito sin una voluntad predispuesta a cometerlo —escribía CARMIGNANI—, resulta de ello el que todos los actos posteriores a la ejecución de aquel, puedan seguramente constituir nuevos delitos, pero nunca enumerarse entre las causas de un delito ya consumado, excepto el caso de la participación en los frutos del delito..."⁷.

Así que para CARMIGNANI y para su discípulo FRANCESCO CARRARA, hay que diferenciar entre *encubrimiento* cuyo fin único "es el de sustraer al delincuente de las persecuciones de la justicia", de aquel encubrimiento que tiene por objeto el llevar el delito a ulteriores consecuencias⁸. Si lo primero, que es el *favorecimiento*, "no puede hablarse de complicidad y surge un título delictivo autónomo, que se llama «encubrimiento», delito *sui generis*, que tiene por objeto la justicia pública". Si lo segundo, que es la conocida *receptación*, "no obstante ser enteramente posterior, recae sobre un delito que no pertenece al género de los instantáneos, sino a la categoría de los delitos denominados sucesivos, debido a que permiten prosecución de la ofensa al derecho principalmente atacado, y tienen por fin facilitar la persecución del delito, el cual efectivamente lo prosigue"⁹.

Vale decir, CARMIGNANI y CARRARA sostienen la tipicidad y autonomía estructural del encubrimiento en cuanto a su figura de *favorecimiento*, pero lo consideran participación en el delito de otro, si lo que hace el encubridor es *receptar*.

Participó del pensamiento carmigniano acogido por CARRARA, el autor español QUINTILIANO SALDAÑA, quien razonaba diciendo que en la vida de relación hay personas que vuelven un hábito el comprar y vender mercancías que son producto del delito. Por esta razón, sin la actividad de estos individuos, no se crearía un mercado al producto de otros delitos, lo que redundaría en incentivo para el delito mismo. El encubridor es un elemento generador de delitos: sin él no habría hurto, ni atracos. Es participante en ellos, no un *delincuente autónomo*. Y SALDAÑA agrega que el *receptor* participe del delito encubierto, y el favorecedor, un delincuente autónomo¹⁰.

3. ETIMOLOGÍA DE SU NOMBRE

Encubrir, según la Academia, es ocultar o tapar alguna cosa. En este caso, se oculta o tapa un delito ya agotado. Se podrá exhibir como finalidad de quien *encubre* algo diferente a la voluntad de *tapar* otro delito u *ocultar* al delincuente. Bien puede ser que lo que se desee sea obtener lucro mediante el *encubrimiento*, como sucede con el *receptor*. Pero la realidad es que el *encubridor* siempre *tapa* otro delito, sea cual fuere su finalidad al hacerlo.

⁷ CARMIGNANI, ob. y págs. cit.

⁸ FRANCESCO CARRARA, ob. cit., § 478.

⁹ *Ibidem*, § 479.

¹⁰ QUINTILIANO SALDAÑA. En las "Adiciones" a la versión española del *Tratado de derecho penal* de FRANZ VON LISZT, Madrid, Edit. Reus, 1917, pág. 113.

No obstante, y dada la finalidad diferente en cada encubridor, algunos han propuesto darle a esta tipicidad penal un nombre más genérico y, quizá, menos comprometido con cierto riguroso modo de interpretación. Es así como se pide que se denomine *ocultamiento o auxilio posdelictual*¹¹. El Código de Rocco lo llamó *favorecimiento* que dividió en *personal* y *real*, este último para la llamada *receptación*.

4. CARACTERÍSTICAS

El encubrimiento es un tipo legal de conducta *convergente* o, como lo llama LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *tipo de encuentro*. Quiere decir lo anterior que el *encubridor* debe converger su conducta ilícita con la trayectoria de otro delito ya agotado, porque no puede haber *encubrimiento* sino de otro delito. Convergen dos conductas humanas para estructurar un delito: la del autor del hecho agotado, y la de quien lo encubre.

De acción compuesta y alternativa material. Hay elemento subjetivo en su descripción típica con doble aspecto: uno positivo: "el que tenga conocimiento..."; otro negativo: "y sin concierto previo". Es de resultado, por lo mismo de daño. Instantáneo en su consumación.

Sección I. *El favorecimiento*

1. LA NORMA

Art. 176. *Favorecimiento*. El que tenga conocimiento de la comisión de un hecho punible y sin concierto previo ayudare a eludir la acción de la autoridad, o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en arresto de seis (6) meses a cuatro (4) años.

Si se tratare de contravención se impondrá multa de un mil a diez mil pesos.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 199:

El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito y sin concierto previo, ayudare al delincuente a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer o desviar la investigación correspondiente, incurrirá en arresto de dos meses a dos años.

Si se tratare de una contravención se impondrá una multa de cinco a doscientos pesos.

¹¹ CÁNIDO CONDE PUPIDO PEREIRO, *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1955, pág. 15.

3. ESTRUCTURA

Acción descrita: Verbo rector: Ayudar, referido a dos modalidades comisivas distintas. *Predicado*: se ayuda a eludir a la justicia, o a entorpecer la investigación procesal. *Doble aspecto del elemento subjetivo del tipo: positivo*: "tener conocimiento" de un delito que le antecedió en el tiempo: *negativo*: "sin concierto previo", sin acuerdo anterior al agotamiento del delito que se encubre. *Normatividades típicas*: "hecho punible" y "contravención".

4. DOBLE ASPECTO DEL ELEMENTO SUBJETIVO

En esta figura el elemento subjetivo incluido a su tipicidad, tiene doble aspecto o presentación. Por una parte, la exigencia de *tener conocimiento* el agente de la existencia de un delito con el cual converge y al que se trata de *encubrir*. Es su aspecto *positivo*. El otro es *negativo* y consiste en la inexistencia de acuerdo o *concierto* entre el delincuente a quien se quiere *encubrir*, y el *encubridor*, que de ser previo al agotamiento del delito encubierto, lo convertirá en coparticipación en aquel delito.

Tener conocimiento es una frase ya analizada atrás, cuando hicimos exégesis del art. 153 de este mismo Código. Con la Academia dijimos que es tanto como *aprender con la mente* la existencia de las cosas o fenómenos. HESSEN considera que el *conocimiento* es *racional* o es *sensitivo*. Se conoce, pues, que un delito ha tenido ocurrencia cuando se *comprende* la esencia delictiva de aquel hecho típico. Habrá hechos que con una sola percepción sensitiva dan suficiente conocimiento o comprensión de su naturaleza de delito. Por ejemplo, si presencia cuando alguien dispara un revólver sobre otro y lo mata. Pero hay otros hechos cuya sola percepción mediante los sentidos no es suficiente, por ejemplo, si veo entregar dinero de un individuo a otro. No sabré que era un *cohecho* hasta que comprenda que uno de ellos era juez y el otro un *interesado* que compró una sentencia.

Conocer es acto intelectual y personal, cuya comprobación por otro u otros es difícil. Muchos han afirmado que basta con probarse que el agente tuvo percepción de un hecho típico, para deducir que lo "conoció como delito". Pero la realidad es que se trataría de una presunción de conocimiento, por demás inadecuada a la tipicidad penal. MOSQUETE MARÍN, consciente de ello, dice que se debe tener conocimiento de que el hecho no es permitido y es lesivo de los demás. Un conocimiento superficial de lo ilícito, aunque se carezca del conocimiento técnico del delito¹².

Nosotros hemos creído que la naturaleza del delito da la forma de conocerlo, como anteriormente hemos anotado. Algunos son de tal manera hechos, que la simple percepción sensitiva da el conocimiento suficiente de su ilicitud, como si se presencia el hecho de matar. Otros delitos no dan su esencia delictiva con la percepción por medio de los sentidos, sino con la comprensión, función intelectual: el cohecho o el soborno. En estos debe exigirse la prueba de dicha comprensión, para que se establezca claramente el conocimiento claro e indudable de que era un delito.

¹² DIEGO MOSQUETE MARÍN, ob. cit., pág. 46.

5. EL DELITO ENCUBIERTO

De acuerdo con la descripción de su tipicidad, el encubrimiento existe cuando el agente ayuda a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer una investigación, relacionada con la "comisión de un hecho punible". La pregunta es, entonces: ¿el individuo a quien se *encubre* debe ser *culpable* del delito que se pretende encubrir para él?

Antes que otra cosa, debe tenerse en cuenta que la tipicidad que se dio al *encubrimiento* en el art. 176, permite la afirmación de que *se encubre* no solamente delitos agotados y procesados convictos, sino hechos típicos en etapa investigativa y a procesados *sub judice*. Tan cierto es esto, que entre las dos modalidades del *favorecimiento* está la de "entorpecer una investigación". Entonces el *encubrimiento* presupone la existencia de un proceso penal en el cual se investiga o averigua un hecho punible o delito. Pero no supone la clara y jurídica clasificación de tal hecho como delito, ni el señalamiento de sus *culpables*.

Haciendo cita de innumerables autores brasileiros e italianos, el doctor BERNAL PINZÓN sostiene la tesis de que el hecho que se encubre debe ser punible o punido, *per se*. Si lo que se encubre es un *delito* en el lenguaje del viejo art. 199, esta calificación se otorga a un ente vivo, objetiva y subjetivamente tal, y por ende susceptible de recibir una pena, así no la haya recibido¹³.

Cita a REINHARD FRANK y con él afirma que el contenido del *delito* es vivencia de un mundo *objetivo* y *subjetivo*. De tal manera que si la ley penal dice que lo encubierto es un *delito*, y en lenguaje del art. 176 actual, *un hecho punible*, la consecuencia obvia es que solo se *encubre* cuando se *tapa* u *oculta* a la justicia, un acontecimiento vivencialmente susceptible de penalidad.

Si alguien mata por *defender* su vida, por ejemplo. O alguien mata por *necesidad* de salvarla. Una tercera persona, ajena al drama vivido por el *matador*, podrá calificar, esto es autovalorar el drama vivido y presenciado por él, como de *justo*. Quita el carácter de *delito* a esta muerte, y por lo tanto, no existe obligación de denunciar, ni su *encubrimiento* es *punible*¹⁴.

No estamos muy seguros de esta tesis. Nos parece que no consulta el propósito del legislador al punir el *encubrimiento*. Es un delito contra la justicia del Estado colombiano, a la cual corresponde, por derecho propio emanado de la Constitución, la calificación de un hecho típico, como antijurídico (o no) y culpable (o no). Mientras la justicia tenga el poder exclusivo de convertir los hechos típicos en *justos* o *antijurídicos*, no es al particular, aun versado sobre la materia, a quien se le puede otorgar semejante poder, para excluirse a sí mismo del cargo de *encubridor*. De suyo el *encubrimiento* en el Código de Rocco es un delito "contra la *actividad judicial*", esto es: se reprocha el haber sustraído a una persona o a unas cosas provenientes de otro delito, de la acción de la justicia. Que a la postre les sea favorable, no quiere decir que nadie, que no sea el juez, pueda anticiparse a la propia justicia para calificar o valorar los hechos de su competencia exclusiva.

¹³ JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965, págs. 394 y ss.

¹⁴ JESÚS BERNAL PINZÓN, ob. cit., págs. 399 y ss.

Suena a melodrama aquello de que la *justicia* pueda perseguir a un *inocente*, a quien se deba *encubrir*, precisamente por razones de justicia. No es lo corriente, y ni siquiera indiferente, que a los inocentes se les persiga y condene por los jueces. Cuando hay un caso, es excepción y hace historia. Lo que sí está pasando y mucho, es que los *culpables* sean calificados como *inocentes* y gocen de injusta libertad.

Por consiguiente, las palabras "ayude a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente" no están señalando a un delincuente convicto o a punto de serlo, ni están facultando al agente para que califique la situación jurídica y penal del individuo a quien ayuda a eludir a la autoridad judicial o en cuya investigación penal mete la mano para entorpecerla. No autorizan a nadie para *encubrir* a un homicida solo porque el agente consideró que obró en *defensa justa* o en *estado de necesidad*. Para ello están los jueces y por ello se aprobó tras ingente esfuerzo un Código Penal.

Lo que quiere decir con estas palabras, es que se *encubre* y por tanto es punible por ello cuando la justicia, representada por sus jueces, busca a alguien, no se pueda ayudar a eludirla, sea esta persona a nuestro entender *culpable* o no. Y también advierte que cuando existe en trámite un proceso penal, para ayudar a eludir a la justicia, no se puede intervenir en esta investigación, para *entorpecerla*, esto es: perturbar, oscurecer, retardar o dificultar el curso de ella. Al final de sus trámites la justicia dirá si aquel era *inocente* o *culpable*. Entre tanto, nadie *encubrió* a quien la justicia buscaba, y si lo hizo, es imputable por el *encubrimiento*, que es *obstrucción de la justicia*, según el lenguaje anglo-norteamericano. Estamos de acuerdo con CARRARA, quien escribía esto: "No creo que sea esencial para el favorecimiento la culpabilidad del favorecido. Como el delito consiste en oponerse a las vías de la justicia, encuentra subjetiva y objetivamente los elementos de su imputabilidad aun cuando al concluirse el juicio llegue a conocerse que el favorecido era inocente del crimen que se le imputaba"¹⁵.

Le preocupó a PACHECO OSORIO y con él a BERNAL, si los delitos que requieren *querella* puedan ser *encubiertos* en el sentido de encubrimiento punible. La respuesta no necesita mucho esfuerzo: la *querella* es acto procesal al que solo tiene derecho el *legítimo querellante*, de manera que nadie por testigo que sea de un delito, podrá suplantar al legítimo querellante, si él mismo no lo es. Pero, andando el proceso que inició el legítimo querellante, favorecer a los autores o partícipes de este delito es *encubrimiento* y en ello no hay ningún misterio. Al fin de cuentas la *querella* es un derecho exclusivo del legítimo querellante, tan solo para iniciar la investigación. Pero abierta ella, sigue su curso oficioso.

Ayudar, dice la Academia, es prestar cooperación, auxiliar o socorrer. Se ayuda a eludir la acción de la justicia, cooperando con alguien a quien ella busca y necesita para que no lo halle. O cuando se conoce de alguien a quien la justicia buscaría si lo conociese u oyese hablar de él ciertas noticias, aunque la realidad es que no lo conoce ni se le ha hablado de él. Vale decir, se *ayuda* a quien la justicia conoce y dispone su comparecencia para que la eluda, y también a quien la justicia no conoce aún, pero lo necesita y lo buscaría si lo conociese, para que nunca sepa de él, y así eludirla.

¹⁵ FRANCESCO CARRARA, ob. cit., § 2831.

Se elude huyendo o dificultando o esquivando la acción de la justicia. Y esta dificultad se realiza de muchas maneras: escondiendo a las personas, omitiendo decir sus nombres y sus actividades, destruyendo documentos o eliminando pruebas que puedan señalarlas, huyendo o ayudando a la fuga, etc.

También se *ayuda* a las personas a quienes la justicia busca o necesita aunque no conozca, si se *entorpece* el trámite del proceso. La acción de entorpecerlo es tanto como pararlo, perturbar su prosecución, engañar al investigador con pruebas o pistas falsas, sobornando testigos, dificultando la realización de pruebas o diligencias, demorando excesivamente y sin justificación los trámites investigativos, diligencias judiciales y decisión judicial. A la *ayuda* personal para que el agente eluda la acción de la justicia, se le llama *favorecimiento personal* y a la *ayuda* mediante entorpecimiento del proceso, se le conoce como *favorecimiento real*.

El favorecimiento, tanto en lo personal como en lo real, se cumple por conducta comisiva como omisiva. Si se omite informar a la justicia sobre el paradero de un delincuente buscado, o se deja de entregar una prueba que se conoce y se tiene en su poder, el favorecimiento se hace por *omisión*. Por este aspecto el *omitir la denuncia* viene a ser una forma de encubrimiento por favorecimiento personal, y de este modo nos explicamos por qué el Código de 1980 suprimió el tipo penal del art. 201 del Código de 1936.

Para concluir, cuando el tipo correspondiente dice "acción de la autoridad", el sustantivo *autoridad* indica la que corresponde a la administración de justicia, pues es delito contra ella. Se trata, pues, de *ayudar* a eludir a los jueces, subalternos judiciales, policía judicial, funcionarios que colaboran con la justicia o la auxilian, desde que están actuando, y se los eluda, en funciones judiciales. Si un empleado oficial, no investido de autoridad judicial, ni policía judicial, dispone una captura, y se le ayuda a eludirlo, obviamente, no hay *encubrimiento* porque no ha eludido a la "autoridad correspondiente" que es la judicial.

6. SIN CONCIERTO PREVIO

Si la conducta del encubridor es un acontecimiento inconexo con la ejecución y agotamiento del delito que se encubre, el sujeto activo del encubrimiento no es causa del delito encubierto, sino a su vez de otro resultado típico distinto. Por lo tanto, para ser agente del encubrimiento, y no copartícipe del delito que se encubre, es preciso que el encubridor actúe sin previo concierto con los ejecutores del delito que se encubre. Esto significa que no debe tener noción de su existencia cuando esté ocurriendo su ejecución y aún no se haya agotado.

La Academia dice que *concierto* es ajuste o convenio entre dos o más personas o entidades, sobre una cosa. El convenio o ajuste respecto de su ayuda por el encubridor y el delincuente encubierto, no debe hacerse antes del agotamiento del delito encubierto, porque se trataría de una complicidad en este. Debe hacerse con posterioridad, a pesar de que el *encubridor* haya tenido conocimiento de que el delito se estaba ejecutando. Lo que exige es que no haya *concierto* y no *desconocimiento* del delito que se encubre. Una persona puede estar ajena a la ejecución de un delito,

pero saber que se está cometiendo. Solo después de consumado interviene con el delincuente para ayudarlo a eludir la acción de la justicia, y será un encubridor.

El encubrimiento de la contravención tiene señalada menos pena, pero es delito, lo mismo que si fuera un delito lo encubierto.

Sección II. *Receptación*

1. LA NORMA

Art. 177. *Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales. Subrogado por el art. 31 de la ley 190 de 1995.* El que fuera de los casos de concurso en el delito, oculte, asegure, transforme, invierta, transfiera, custodie, transporte, administre o adquiera el objeto material o producto del mismo o les dé a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad o los legalice, incurrirá en pena de prisión de tres (3) a ocho (8) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor.

La pena imponible será de cuatro (4) a doce (12) años de prisión si el valor de los bienes que constituyen el objeto material o el producto del hecho punible es superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la consumación del hecho.

La pena imponible con base en los incisos anteriores se aumentará de la mitad (1/2) a las tres cuartas (3/4) partes en los siguientes casos:

1. Si los bienes que constituyen el objeto material o producto del hecho punible provienen de los delitos de secuestro, extorsión, o de cualquiera de los delitos a que se refiere la ley 30 de 1986.

2. Cuando para la realización de la o las conductas se efectúen operaciones de cambio o de comercio exterior, o se introduzcan mercancías al territorio aduanero nacional o se celebren contratos con personas sujetas a la inspección, vigilancia y control de las Superintendencias Bancaria o de Valores.

3. Si la persona que realiza la conducta es importador o exportador de bienes o servicios, o es director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario de una entidad sujeta a la inspección, vigilancia y control de las Superintendencias Bancaria o de Valores, o es accionista o asociado de dicha entidad en una proporción igual o superior al diez por ciento (10%) de su capital pagado o del valor de los aportes cooperativos.

2. EL NOMBRE

La nueva sintaxis otorgada a la "receptación" comienza por incrementar el rótulo con el que se encabezan las figuras típicas: "*Receptación, legalización y ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales*". Aunque con los erro-

res que adelante anotaremos, tiene el acertado propósito de combatir lo que la gente denomina corrientemente "lavado de dinero" que son bienes provenientes de otros ilícitos anteriores.

La receptación, como se ha dicho, es una forma del encubrimiento que se refleja en los bienes que han sido objeto material o frutos de delitos cometidos con anterioridad. La nueva figura, con la pretensión de ser suficiente en la definición del hecho punible, añadió a la de "receptación" las denominaciones de "legalización" y "ocultamiento de bienes provenientes de actividades ilegales", con lo que se incurrió en una contradicción que no afecta la figura típica, pero ha debido evitarse. La realidad es que no se puede "legalizar" lo que por su esencia es constitutivo de delito. *Legalizar* es un verbo que, según la Academia, significa "dar estado legal a una cosa"; *legalmente* es un adverbio de modo que quiere decir "según la ley, conforme a derecho", y *legalidad* es la sujeción a un "régimen político estatuido por la ley fundamental del Estado". De manera que si lo que se pretende es declarar delito de encubrimiento toda forma de "lavado de dinero", mal se hace en calificar como "legítimo" o "legitimado" lo que es fruto del delito y delito por sí mismo.

Como complemento de lo anterior, el texto de la figura destaca como una de sus formas alternativas de comisión: "*dé a los bienes provenientes de dicha actividad apariencia de legalidad o los legalice*", lo cual supone, en primer lugar, un engaño al dar la apariencia de legítimo a lo que no lo es, con lo que se agotarían con la misma acción receptadora dos delitos distintos y en concurso material: el *fraude procesal* que tipifica el art. 182 del Código Penal y el de *encubrimiento por receptación*. Es de anotar que la frase inicial "fuera de los casos de concurso en el delito", se refiere a aquellos consumados antes de iniciar la actividad receptadora, no a los que concurren con ella o se agotan después.

En segundo término, supone esa frase que *legalizar*, que es lo mismo que *legitimar*, es un hecho punible. Si lo pretendido es el reproche del comercio con bienes provenientes de otros delitos, no debió emplearse el verbo "legalizar" ni el sustantivo "los legalice". En efecto, si los conceptos de "bien" y de "mal" se remontan a los confines de la metafísica, los de "ilícito" e "ilícito" se dibujan en los cuadros positivos de valores éticos, con los cuales se rige nuestra sociedad, y esos cuadros constituyen, precisamente, la ley. De modo que "legalizar" es "obrar bien", "conforme a derecho" y no puede calificarse así la acción de un receptador, porque es tanto como introducirlo en un esquema positivo de valoración social, que es modelo y precepto del orden de amor en el que gravita en universo. Sugeriría: "*dar apariencia de comercio legítimo*" o bien esta otra: "*dar apariencia de comercio honrado*".

3. ELEMENTOS DEL TIPO

1) *Sujetos activos*: indiferentes, señalados con el pronombre personal en tercera persona "el que". Las palabras "fuera de los casos de concurso en el delito", cuyo alcance hemos anotado atrás, son un complemento de sujeto, que no lo cualifican especialmente, sino que ayudan a encontrarlo como autor de la acción que se describe, no como partícipe del delito que se encubre.

2) *La acción receptadora*: señalada con los verbos "asegurar", "ocultar", "transformar", "invertir", "transferir", "custodiar", "transportar", "administrar" o "adquirir".

Enriquecen acertadamente la figura descriptiva, porque aíslan completamente el dinero o bienes provenientes de otros delitos, como el "narcotráfico", para decir uno. Así que todo aquel que introduzca, en una u otra forma, en el torrente económico del país bienes que tengan origen en otros delitos, incurre en encubrimiento por receptación.

Diría que siempre ha sido ello posible, puesto que desde el art. 200 de la ley 95 de 1936 se emplearon los verbos "ocultar", "ayudar a ocultar", "asegurar" y "comprar", y en el art. 177 del decreto-ley 100 de 1980 se utilizan los verbos "ocultar", "asegurar", "adquirir" y "enajenar" que eran omnicomprensivos.

3) *Objeto material*: señalado con las palabras "bienes provenientes de actividades ilegales", que se refiere tanto a dinero, como otra clase de bienes muebles o inmuebles que tengan ese origen. Los verbos empleados permiten punir como encubrimiento por receptación, toda inversión de este tipo de dineros en corporaciones, títulos bancarios, cuentas de ahorro, industria, comercio, etc., desde que el receptado tenga conciencia de su origen ilícito y voluntad de hacer el negocio. Su comprobación es más que posible y su punición suficientemente retributiva y preventiva.

4) *Agravantes*: la cuantía agrava el hecho punible, cuando el objeto material o fruto del delito que se encubre y con el cual se recepta, es superior al valor de un *un mil salarios* mínimos legales mensuales vigentes.

Igualmente se agrava cuando los bienes indicados provienen de los delitos de *secuestro*, *extorsión* o contemplados en la ley 30 de 1986, y que trata del llamado "narcotráfico". Cuando su inserción en la economía del país se hace por medio de operaciones de cambio o de comercio exterior, importación de mercancías a territorio aduanero nacional, o por medio de contratos con personas naturales o jurídicas sujetas a vigilancia y control de las Superintendencias Bancaria y de Valores, con lo que se relleva una vez más su concurrencia con un *fraude procesal*. Por último, se agrava en consideración a los atributos del autor de la receptación: cuando es importador o exportador de bienes o servicios, o director, administrador, representante legal, revisor fiscal u otro funcionario ejecutivo de entidades sujetas a vigilancia y control por parte de las Superintendencias Bancaria y de Valores. También si se trata de un accionista o asociado en empresas en donde su proporción en aporte de capital es o supera el 10% del capital social, o de una cooperativa.

4. DEFINICIÓN

Enseña la Academia que *receptar* es un verbo transitivo, de uso forense, que señala la acción de ocultamiento o encubrimiento de delincuentes o cosas, que son materia de delito. La acción física de quien recepta es la de esconder o ayudar a esconder las cosas que provienen de un delito o con las cuales se llevó a cabo este. Pero también *recepta* quien se lucra con el producido del delito, comprándolo o *enajenándolo*.

Enajenar no es voz de uso en el Código Civil. La Academia dice que es un verbo transitivo que significa pasar o transmitir el dominio de las cosas o derechos. Por consiguiente se identifica, no solamente con la *compraventa*, sino con la *permuta* y la *cesión de derechos*¹⁶.

¹⁶ Código Civil, libro 4º, títulos 23, 24 y 25.

El *receptor* negocia con el producto de otros delitos. El negociante compra lo que se produjo en un *hurto*, por ejemplo, bien para venderlo o emplearlo en otra cosa lucrativa. O permuta una cosa por otra proveniente de un delito; cambia dinero hurtado, a veces *marcado* por la policía, por dinero no marcado, con obvia ganancia. La *receptación* por negocios se llama *receptación lucrativa*.

La otra versión del *receptor* es la del que ayuda a ocultar o él mismo oculta o pone en lugar seguro, el fruto o producto de un delito. También se podrá ocultar o ayudar a ocultar o a poner en seguro las cosas u objetos con los que se cometió ese delito. En este caso se habla de *receptación auxiliadora*.

Quien recepta no necesariamente tiene convenio con el delincuente referido al delito anterior. Puede hacerlo por propia iniciativa. De la misma manera, no necesariamente el *receptor por lucro* debe obtener ganancia. Puede inclusive obtener pérdida. El *receptor por auxilio* se limita a ayudar con las cosas que provienen del delito o con las cuales se cometió el delito. Las sustrae de la acción de la justicia o de otros delincuentes: *ocultar*. Ayuda a quien desea esta sustracción, poniendo el lugar o ayudando a hallarlo: *ayuda a ocultar*. Sirve de mediador entre el delincuente y el *receptor por lucro*, haciendo seguro o efectivo el resultado del delito: *asegurar*.

Así que hay dos formas de *encubrimiento*: el *favorecimiento* y la *receptación*. Y dos formas de *favorecimiento*: el *favorecimiento personal* o el *favorecimiento real*. Y dos formas de *receptación*: la *receptación por auxilio* y la *receptación por lucro*. Las cuatro quedaron estructuradas en el nuevo Código Penal.

Solo debemos advertir que el *favorecimiento* incluye el encubrimiento en contravenciones, pero no la receptación.

5. EL DERECHO AL ENCUBRIMIENTO

La impunidad de los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad en casos de "encubrimiento por motivaciones de honor" que consagraba el art. 202 del Código Penal de 1936 desapareció con el Código Penal de 1980. En la actualidad no existe norma alguna que permita a los parientes en esos grados encubrirse unos a otros; además, el art. 33 de la Constitución actual, ratificó el derecho a abstenerse de declarar contra tales parientes, lo que se hace extensible a la formulación de denuncia, pero no lo otorga para encubrirlos por los delitos que haya conocido y que se estén investigando. Así que si en un acceso de amor uno de tales parientes encubre a otro, el hecho es punible y justiciable conforme las leyes generales del Código Penal.

6. CONCURSOS

El delito de encubrimiento admite concurso con el delito que se encubre, precisamente porque los autores de cada uno forman cadenas causales distintas, ubicables en momentos distantes en el tiempo y con resultados igualmente diferentes. Lo dijo la Corte Suprema: "Lejos de poder considerarse insólito el hecho de que se juzguen en el mismo proceso el encubrimiento y el delito encubierto, resulta no solo un fenómeno natural, sino absolutamente lógico"¹⁷.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de junio 4 de 1982, y auto de noviembre 24 de 1983. Compilación de Legis.

CAPÍTULO IV

DE LA FUGA DE PRESOS

Sección I. *Fuga de presos*

1. LA NORMA

Art. 178. *Fuga de presos*. El que se fugue estando privado de libertad en virtud de auto o sentencia que le haya sido notificado, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

Si la fuga se comete mediante empleo de violencia, artificio o engaño, la pena será de uno (1) a cinco (5) años de prisión.

Si se tratare de contravención, la pena respectiva será de arresto y se disminuirá de una sexta parte a la mitad.

2. LA NORMA ANTERIOR

El art. 1º del decreto 236 de 1957, incorporado al art. 203 del Código de 1936, decía así:

El que se fugue estando en detención preventiva, incurrirá en prisión de ocho meses a dos años.

Si se tratare de un condenado por delito o por estado de especial peligrosidad, la sanción será de dos a cinco años de prisión.

Si la fuga se realizare mientras se purga pena por contravención, la sanción será de uno a seis meses de arresto.

La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad, si la fuga se verificare empleando violencias contra las personas o las cosas.

3. ESTRUCTURA

Acción descrita: Verbo: "fugarse" que describe e integra la plenitud de la acción. *Normatividad típica:* "Auto", "sentencia", "notificación debida". *Circunstancia de tiempo:* Estando privado de libertad mediante un auto o sentencia debidamente notificados al agente. *Circunstancias que la califican:* Si emplea violencia, artificios o engaños al fugarse. *Circunstancias que la atenúan:* Si la privación de libertad es por una contravención.

4. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES

Ciertamente la figura no procede del derecho romano, aunque Roma castigó severamente el *ocultamiento de reos*, primero como obra del pretor, y más tarde incluyéndolo en el *Digesto*¹. Partidario de quienes consideraron que quien elude la pena lesiona la justicia pública, CARMIGNANI toma la figura del art. 58 del Código leopoldino, porque al parecer también faltó en el Código toscano. No obstante y para cuando CARRARA escribe, el art. 145 del mencionado Código estructuraba cuatro formas de lo que llamó "Delito de resistencia". Una de ellas era la "evasión y fractura de cárcel". Sobre ella escribió CARRARA².

Es evidente que tampoco fue desconocida por los prácticos. Hablando de la *resistencia*, CARRARA cita apartes de conocidos como BONFINO, DECIO, BARTOLO DE SASSOFERRATO y PROSPERO FARINACCIO, quienes admiten su punición, aunque de tendencia a la absolución, debido al respeto equivocado que tenían por la libertad humana.

Después de la Revolución Francesa, el Código Penal de Napoleón recogió una "Fuga de presos", pero solo cuando al fugarse se hizo daño a las personas o a las cosas. La simple fuga era casi el ejercicio de un derecho natural. Por este motivo, el Código de ZANARDELLI desconoció la "Fuga simple" como delito: "El reo cuando huye, obedece al deseo natural de liberarse, lo que es una tendencia humana"³.

En cambio, el Código de Rocco la recogió en el capítulo seguido del título tercero, recopilador de delitos contra la justicia.

Nuestra tipicidad solía distinguir entre la fuga del detenido preventivamente (*evasión*) y la del condenado (*quebrantamiento de la condena*). La actual funde en un solo tipo ambas figuras de la ley 95 de 1936 y las denomina simplemente *fuga de presos*. Las únicas modalidades típicas que se le distinguen, son: el *favorecimiento de fuga* (art. 179) y la *fuga culposa* (art. 180).

5. ANTIJURIDICIDAD

Es más vistoso el ataque a la administración de justicia realizado por quien se fuga, hallándose detenido en forma legal. El auto de detención o la sentencia que le condena a privación de libertad, constituye un *status jurídico*, tan susceptible de ser respetado, como el de su libertad. Ciertamente es que todo hombre busca su libertad y que la ama. Pero nadie puede usufructuar algo que no merece, sobre todo si la ley y la misma Constitución lo obligan a perderla, en beneficio de los demás coasociados a quienes constituye una amenaza de daño aquella libertad inmerecida.

¹ GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero y Jorge Guerrero, Bogotá, Edit. Temis, 1979, págs. 356 y ss.

² FRANCESCO CARRARA, *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961, §§ 2740 y ss.

³ ZANARDELLI. Exposición de motivos. Cita de Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XII, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Omeba, 1964, pág. 416.

6. REQUISITOS

El delito de *fuga de presos* está integrado sustancialmente sobre dos supuestos: a) que el autor se encuentre sometido al *status jurídico* de la privación legal de libertad, mediante auto de privación o sentencia condenatoria, obviamente ejecutoriada; b) que rompa o destruya o viole esta situación jurídica, mediante la *fuga*. El primero es una situación de derecho. El segundo un hecho.

La sintaxis empleada por el actual art. 178 del Código Penal es obviamente más explícita que la del antiguo texto del decreto 236 de 1957; en tanto que en este se hablaba de "detención preventiva", en el art. 178 se dice: "privado de libertad, en virtud de auto", y la frase resulta tan amplia, que abarca la posibilidad de fugarse hallándose *capturado* por orden escrita dada mediante un auto de sustanciación y para efectos de una indagatoria⁴.

La libertad se pierde, según el Código de Procedimiento Penal, por dos causas: por *captura* o por *detención*. Ambas son situaciones jurídicas, sometidas a formalidades sin las cuales la privación de la libertad resulta una arbitrariedad.

La *captura* es la aprehensión de una persona y conducción ante el funcionario instructor, con el objeto de rendir indagatoria. Como consecuencia de un auto de detención, es posible ordenar una captura, para su cumplimiento, lo mismo que para ejecutar una sentencia.

Capturar es aprehender a una persona que es o se reputa delincuente, según el diccionario de la Academia. Por consiguiente, se lo captura para ser llevado ante la autoridad de instrucción correspondiente. La ley procesal penal permite la captura en los siguientes casos:

- a) cuando es sorprendido en flagrante delito puede ser capturado por cualquier autoridad o persona, y conducido inmediatamente al instructor (art. 371 *ibídem*);
- b) cuando ha sido públicamente requerido para presentarse ante la autoridad judicial y la rehuye, cualquier persona puede capturarlo (art. 372 *ibídem*);
- c) cuando existe suficiente razón legal para someterlo a indagatoria y, citado, no compareciese (art. 376 *ibídem*);
- d) para cumplir una sentencia condenatoria privativa de libertad, ejecutoriada (art. 506 *ibídem*).

Para ser legítima una orden de captura, deberá extenderse por escrito que contenga el nombre y apellidos del capturable, la descripción e identificación necesarias, la oficina que la produce. Por su propia naturaleza la captura es una medida eminentemente transitoria y no es preventiva; priva de libertad al capturado, pero en tanto es presentado al funcionario de instrucción competente. Podrá permanecer en estado de captura, desde el día en que ella tenga lugar hasta el tercer día siguiente, en que debe ser sometido a indagatoria o puesto en libertad; y una vez cumplida esta, podrá extenderse el estado de captura hasta los siguientes cinco (5) días, en que deberá resolverse la "situación jurídica". Los tres días anteriores a la recepción de la indaga-

⁴ Código de Procedimiento Penal, arts. 381 y 426.

toría pueden prorrogarse hasta seis, si en el mismo suceso procesal se han capturado dos o más, pero los cinco para resolver la situación jurídica son improrrogables.

De manera que cuando la captura se prorroga mediante el internamiento en la cárcel de detenidos, hasta cuando se indagatoria al capturado o se dicta auto de detención preventiva en su contra o se le libera con condiciones o incondicionalmente, la captura es un estado legal de privación de libertad, producido mediante un auto no motivado, denominado *de sustanciación*⁵, y por consiguiente, constituye un *status jurídico* de la persona capturada, del cual no puede liberarse sin violentar el orden jurídico e infringir la ley procesal.

La *detención* es una medida previa o preventiva, que no tiene carácter punitivo, mediante la cual se asegura la comparecencia en juicio de la persona a quien se hacen cargos por haber cometido delitos. La detención requiere, forzosamente, la preexistencia de la indagatoria y el haberse dictado una providencia motivada, llamada *medida de aseguramiento*, que es una providencia *interlocutoria*⁶.

Por consiguiente, el requisito del ligamen jurídico al estado de pérdida de su libertad se cumple en estado de *captura* a partir de la llamada *formalización* por el art. 380 del Código de Procedimiento Penal. Si la fuga ocurre antes de su formalización mediante auto de sustanciación que ordene su encarcelamiento y de la boleta de encarcelamiento al director del sitio de detención, no será punible, por no haberse cumplido el requisito exigido por el art. 178, cuando advierte que la privación de libertad ocurra en *virtud de auto*.

¿Cuándo se está en detención preventiva? Algunos autores consideran que bastará con que el auto de detención se haya dictado, aunque el detenido no lo conozca, para que la fuga constituya delito si la violenta. La realidad es que resultaba injusta la imputación a un hecho desconocido por él. De ahí que el art. 178 del Código Penal actual diga que la detención o sentencia condenatoria debe habersele notificado en debida forma. Ya desde la vigencia del viejo art. 203 del Código de 1936 dijo la Corte que la fuga de presos requiere, para su configuración, "a) que el detenido lo esté en forma legal, y b) que esa detención obedezca a un delito que se le imputa; si hay providencia escrita de autoridad competente; si ella se ha dictado de acuerdo con las formalidades previstas en la ley, y si esta providencia la conoce el imputado y se evade, el delito de fuga está jurídicamente perfecto"⁷.

En realidad, la fuga es delito cuando el detenido lo esté por contravención. La exigencia típica de que lo haya sido por *delito* de la norma anterior, se debía a que en una época existieron las llamadas *conductas antisociales*, producto del embeleco ferriano de la *peligrosidad predelictual* y que daban lugar a una *detención preventiva* conforme a un estatuto absurdo, que convirtió verdaderos *delitos* en "estados personales peligrosos".

No interesa el sitio de reclusión. Lo importante es la existencia, debidamente notificada, de la detención o sentencia condenatoria. El detenido o condenado podrá

⁵ Código de Procedimiento Penal, art. 179, num. 4.

⁶ Código de Procedimiento Penal, arts. 385 y ss.

⁷ Casación de 1958, "G. J.", t. LXXXIX, pág. 608. Cita de DOMINGO SARASTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. II, Bogotá, Edit. Lex Ltda., 1979, pág. 498. Reiterada en auto de 16 de julio de 1983.

hallarse en la cárcel local, en una casa dedicada exclusivamente a su reclusión, en la sala de un hospital, y aun en la calle con permiso de salida, debidamente guardado. Hay fuga si rompe su órbita de custodia en dondequiera que se encuentre reducido a privación de libertad.

El art. 396 del Código de Procedimiento Penal dispone la "detención domiciliaria" como sustitutiva de la detención preventiva, lo que no significa que no sea una auténtica privación de libertad. *Detención*, dice la Academia de la Lengua, es privar de libertad o arresto provisional; por consiguiente detención domiciliaria es privación de libertad reducido a las paredes de su domicilio o al que se le asigne por la autoridad correspondiente.

7. LA FUGA

Fugarse, dice la Academia, es un verbo transitivo y anticuado en su empleo, que significa escaparse, huir, ponerse en fuga. Hay evasión cuando el recluso o jurídicamente privado de su libertad de movimiento, rompe la órbita de custodia impuesta por el Estado. Esta se señala por los muros o linderos de una cárcel, o bien por las paredes de una habitación e, inclusive, por la custodia o guardia de un policía o guardián carcelario o vigilancia de una autoridad pública. Sustraerse de tal vigilancia o límites de construcción carcelaria o habitacional, *esfugarse*. Así lo dijo la Corte: "La evasión se realiza sustrayéndose el preso de la acción restrictiva de su libertad y burlando la vigilancia de las autoridades encargadas de su custodia y conducción, y natural es que esa evasión tiene un momento de culminación y ese momento señala y fija el lugar de su ejecución. Vale decir, en la fuga de presos es competente para conocer, el juez del territorio o del lugar donde el preso se escapa o evade la acción vigilante de las autoridades..."⁸.

¿En qué momento se *agota* la *fuga*? Cuando el preso se sustrajo íntegramente a la custodia o vigilancia estatal. Si se trata de un lugar alindado por muros o paredes, al traspasarlas o al saltarlos. Si se trata de la vigilancia personal de un guardián o celador de presos, al evadir completamente su custodia. Si un recluso distrae la atención de su guardián y logra emprender la carrera, pero es perseguido y vuelto a retener, no hubo *fuga agotada*, sino un *intento* de fugarse. Si otro trepa los muros de su prisión, pero no alcanza a traspasarlos y, sin tocar la calle, es atrapado de nuevo, hubo *tentativa* de fuga. Si logró perforar un muro, sin alcanzar evadir las paredes de la prisión, también lo habrá *intentado*. Pero desde que tocó la calle, traspasó muros o perforó y logró pasarlos al otro lado, la fuga se completó, aunque inmediatamente logran aprehenderlo nuevamente. Fugarse, dice MANZINI, es sustraerse *completamente* de la custodia impuesta por el Estado. Es el abandono total de la vigilancia o reclusión. Desde que el límite de custodia se marque por los muros de una construcción carcelaria, el solo traspasarlos agota la *fuga*.

Siguiendo el pensamiento de MANZINI, dijo la Corte que cuando el preso no tuvo la intención de evadir o burlar la órbita de su custodia, sino que la imprudencia o negligencia de sus guardianes le facilita la *fuga*, no hay delito de *evasión* al apro-

⁸ Casación de 1956, "G. J.", t. LXXXIII, pág. 1023. Cita de SARASTI MONTENEGRO en *Jurisprudencia...*, t. II, pág. 498.

⁹ Sentencia del 16 de junio de 1970, en revista *Temas*, núm. 9, págs. 176 y ss.

vechase del error o debilidad ajenos, puesto que nadie tiene la obligación de custodiarse a sí mismo⁹. El caso resulta demasiado hipotético. En realidad, es difícil que los guardianes de una prisión dejen puertas abiertas a un preso. Pero, de suceder, ni por este descuido se ha roto el nexo jurídico de detenido que tiene este recluso, ni por ello la órbita de custodia deja de tener sus límites en los muros de la prisión o en la vigilancia del guardián. La obligación de respetar ambos elementos estructurales de una fuga, subsiste en todo recluso. Y si consciente de su estado de detenido, rompe este nexo jurídico y si conociendo cuáles son los linderos de su reclusión material, los traspasa aunque fuera aprovechándose de la imprudencia de su guardián, pues hay fuga, y fuga dolosa. Es pueril alegar que nadie está en la obligación de autocustodiarse, puesto que la obligación de un recluso es la de respetar su *status* jurídico de hombre no *libre* para moverse o desplazarse de un lugar a otro. Es lo mismo que se diría a quien tiene el *status* de hombre casado, pues le obliga económica o moralmente con su esposa y sus hijos, y no es *libre* de autodisponerse en ambos sentidos.

Por último, si el detenido no tiene intención de separarse definitivamente, sino que desea regresar, la *fuga* se consuma igualmente, pues su dolo consiste en conocer su situación jurídica de detenido y la voluntad objetiva de romperla o deshacerse de ella.

No importa que la *detención* sea ulteriormente revocada o que la sentencia condenatoria no esté *en firme*, desde que la pérdida de su libertad obedezca a un acto formalmente válido y jurídicamente eficaz. En el tipo que regía antes se hablaba de una sentencia condenatoria, lo cual implicaba la necesidad de comprobar que al evadirse, la condena estaba en firme, pasaba por autoridad de cosa juzgada para poder llamarla *condenatoria*. Hoy nos basta con que está detenido formalmente, por auto o providencia que le haya sido conocida.

A propósito, dice el art. 178 del Código Penal, que la detención o privación de libertad por auto o sentencia, le haya sido *notificada*. El procedimiento penal dispone cómo se notifica esta clase de providencias: personalmente en los tres días siguientes a la fecha de la providencia, pasados los cuales se hace por estados, los autos, o por edicto las sentencias¹⁰.

8. LA FUGA VIOLENTA

El segundo inciso del art. 178 agrava la penalidad correspondiente al delito de *fuga de presos* cuando ella tiene lugar mediante métodos violentos o artificiosos o engañosos con quienes están encargados de la custodia o vigilancia del recluso. Se trata, como dijo la Corte, de una modalidad del delito estudiado, puesto que una cosa es la *fuga* como ruptura de una situación jurídica con proyección material de privación de libertad, y otra bien distinta es que, para lograrla, se acuda a actos violentos contra los bienes del Estado o las personas encargadas de ejercer la vigilancia. La legislación italiana del siglo XIX integraba el delito de fuga tan solo cuando esta ocurría con violencia, con lo cual se heredó el pensamiento revolucionario del siglo XVIII. La realidad es que *fugarse* es evadir una situación jurídica, y si esta evasión se alcanza mediante la fuerza, hay algo más que la simple *fuga*.

¹⁰ Código de Procedimiento Penal, art. 190.

La violencia es la fuerza dirigida contra los bienes del Estado o de particulares, al ejecutar la evasión. La fuerza puede dirigirse a las personas, no solo a las cosas. Inclusive llegar a integrar otro u otros delitos: el de *daño* a las cosas o el de *lesiones personales* u *homicidio* para alcanzar la evasión. Concursarían con el delito de *fuga violenta*, pues la agravación es por el empleo de la violencia, y los efectos de esta integran, obviamente, otro u otros delitos.

El empleo de maniobras artificiosas o engañosas para lograr distraer, ocupar o retirar parcialmente una vigilancia, y en esta forma lograr la evasión, es una especie calificada de fuga, que la agrava. En realidad es una forma de violentar al vigilante, pues el engaño es violencia psicológica en quien lo padece.

9. LA FUGA EN CONTRAVENCIONES

La *fuga de presos* es delito, sea que se trate de un recluso por delitos o por contravenciones. La diferencia que anota el último inciso del artículo que se estudia, es que el recluso contravencional que se fugue, lleva menos pena que si fuera recluso por un *delito*. Si el delito de fuga hace daño a la justicia del Estado, la realidad es que el que se fugue es tan dañino si estaba condenado o detenido, como el que lo estaba por delito o por contravención. No hay razón, al menos lógica, para considerar más o menos dañino al prófugo de delitos, que al prófugo por contravenciones, si *fuga* es un ataque o rechazo o burla a la justicia del Estado.

Sección II. Favorecimiento de la fuga

1. LA NORMA

Art. 179. *Favorecimiento de la fuga*. El empleado oficial encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que procure o facilite su fuga, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término*.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 205:

El funcionario o empleado público que estando encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o preso, procure o facilite su fuga, incurrirá en prisión de uno a tres años e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo término.

* El decreto 1372 de 1995, dictado en virtud de facultades otorgadas al ejecutivo por el artículo 213 de la Constitución, eleva las penas al "favorecimiento de la fuga" entre seis (6) y veinte (20) años de prisión, con incrementos cuando se trate de guardianes carcelarios o de prófugos que se hallaban sindicados de delitos contra la seguridad del Estado, contra la libertad individual, contra el pudor sexual y contra la vida.

3. ESTRUCTURA

a) *Sujeto activo*: El empleado oficial encargado de custodia, vigilancia o conducción de presos.

b) *Acción descrita*: Verbos *procurar* o *facilitar* la fuga del preso.

4. ANÁLISIS

El Código de 1936 tipificaba en el art. 204 la coautoría en la fuga, lo cual resulta perfectamente inútil en el actual. Por lo tanto, es obvio que quien participe en la fuga de un preso, procurándola, facilitándola o ayudándola, es coautor de ella, y tiene la misma penalidad del prófugo.

Pero la cooperación de quien está encargado de vigilar o custodiar al recluso, sí merece un tratamiento especial y una penalidad agravada, puesto que es la misma penalidad de la fuga violenta. Se trata del empleado oficial a quien se encarga la vigilancia o custodia del preso, que la facilita, o procura. Podrá ser el director de la cárcel o subalterno de este encargado de vigilar o mantener la órbita de su custodia. No interesa su puesto de mando, sino la función específica de custodiar o vigilar o conducir al recluso. De suyo, quien trabaja en una cárcel o en el sistema penitenciario, tiene como función esa: la custodia directa o indirectamente de todo recluso. Difícil que alguien que tiene contacto funcional con presos, no tenga como órbita de funciones la vigilancia, custodia o conducción.

Procurar es hacer esfuerzo para conseguir algo. Se procura la fuga si se esfuerza para lograrla, pagándole a un guardián, taladrando paredes o muros, llevando vehículos que la faciliten. *Se hace fácil* una fuga, si se distrae, teniendo la vigilancia, si admite que otro la realice. Si retira personal de vigilancia cuando el prófugo se evade. La *facilitación* de la fuga puede realizarse con comportamiento omisivo por parte del funcionario. La procuración es comportamiento activo siempre.

La fuga es delito doloso. Y la ayuda o favorecimiento también lo es. El empleado oficial que facilite o procure la fuga, lo hace con conocimiento de su deber y voluntad de quebrantarlo. Quiere la fuga. Si se le dio dinero para su procuración o facilitamiento, su *favorecimiento en la fuga* ajena, concurra con un delito de *cohecho*, lo mismo que al prófugo que pagó por ella.

El *permiso ilegal* era delito en el Código de 1936, en cabeza del director carcelario que lo concedía. El Código actual acabó con esta tipicidad, francamente innecesaria, por tratarse de hechos disciplinarios. Por consiguiente, si como a consecuencia de un permiso ilegal se fuga, el delito es de simple fuga y el funcionario que la procuró o facilitó responde por su *favorecimiento* o por culpa, si fue negligente o imprudente.

Sección III. Fuga culposa

1. LA NORMA

Art. 180. *Modalidad culposa*. El empleado oficial encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido o condenado que por culpa dé lugar a su fuga, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 205, inciso 2°:

Si la fuga se verificare por acto u omisión culposos del funcionario o empleado, se le impondrá arresto de tres meses a un año.

3. ESTRUCTURA Y ANÁLISIS

El sujeto activo del delito culposo de fuga de presos es, obviamente, el empleado oficial encargado de custodiarlos o de mantener vigente la órbita de su custodia. No es difícil comprender que la negligencia o imprudencia en realizar esta vigilancia o custodia o conducción de presos a otro lugar, facilitan una fuga y deban responder por el delito culposo de fuga. La pena se eleva un tanto, y siempre resulta baja, para los frutos que suelen obtener los empleados que procuran la fuga ajena, y solo se les puede comprobar un acto imprudente o negligente. Es obvio que se encuentra en terrenos de lo imprudente el empleado encargado de vigilancia o custodia que concede permisos ilegales para abandonar el sitio de reclusión. Y también lo está el encargado de custodia, que permite visitar sitios no acordados al encargarse de la movilización de un recluso, aun en caso de tratarse de hecho calamitoso, pero no previsto, por los otorgadores del permiso.

Sección IV. *La presentación voluntaria*

1. LA NORMA

Art. 181. *Circunstancias de atenuación.* Si dentro de los tres meses siguientes a la fuga, el evadido se presentare voluntariamente, las penas previstas en el art. 178 se disminuirán hasta en la mitad, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que deban imponérsele.

En la misma proporción se disminuirá la pena al partícipe de la fuga que, dentro de los tres meses siguientes a la evasión facilite la captura del fugado o logre su presentación ante autoridad competente.

2. LA NORMA ANTERIOR

Ley 95 de 1936, art. 207:

Si dentro de los tres meses siguientes a la fuga se presentare voluntariamente el fugado a la autoridad, se le descontará la pena en que haya incurrido por la fuga hasta en dos terceras partes, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

3. ANÁLISIS

La norma típica transcrita disminuye la pena correspondiente a la fuga de presos cuando se presenta voluntariamente ante la autoridad, cualquiera que ella sea

y dondequiera que haga la presentación, antes de cumplirse tres meses, contados por almanaque. No se trata de desistir de la comisión del delito, porque la fuga ya está consumada cuando hace su presentación. Se trata de un estado de arrepentimiento, que la ley tiene en cuenta, si se hace un período prudencial como para disminuir efectos dañinos de la fuga.

En realidad, la rebaja no tiene más explicación que la de constituir un aliciente para que el prófugo vuelva a presentarse ante sus jueces, porque lo cierto es que la fuga ya produjo su efecto dañino a la sociedad y a la justicia, y la presentación en estos tres meses no amengua ninguno de los malos efectos del que logró fugarse.

Lo que resulta novedoso es la disminución de pena para el partícipe en la fuga, empleado oficial o no, que coadyuve a recapturarlo, en el mismo período de tres meses contados desde la fecha de la fuga. Si quien se fuga regresa a la cárcel, obviamente lo hace con gran pesar de su parte, lo cual merece la atenuante consagrada por la ley. Pero si alguien coopera a la fuga ajena y, más tarde, riñe con el prófugo o no paga lo prometido, y lo hace recapturar, resulta irónico que se le atenúe su sanción, si en ello no va incluido ningún arrepentimiento.

CAPÍTULO V

DEL FRAUDE PROCESAL Y OTRAS INFRACCIONES

1. LA NORMA

Art. 182. *Fraude procesal*. El que por cualquier medio fraudulento induzca en error a un empleado oficial para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

2. ESTRUCTURA

Sujetos activos: Las partes en el proceso judicial, los terceros intervinientes, los apoderados o representantes de ellas.

Acción descrita: señalada por el verbo "inducir", inexpresivo que, como tal, no señala lo punible, sino que reitera un hecho causal de este. Lo punible es inducir en error al empleado oficial en cuya órbita funcional está la de producir la sentencia, resolución o acto administrativo que contrarían lo justo judicial.

Circunstancia de modo: empleando cualquier medio fraudulento.

Elemento subjetivo del tipo: señalado por la preposición "para", indica que el resultado punible radica en el engaño al juez, ejecutado con el propósito de obtener una decisión suya, contraria a lo justo judicial, aunque esta sentencia, resolución o acto administrativo no se logren.

3. ANTECEDENTES

Un antecedente normativo de esta figura no aparece en nuestra legislación, quizás porque una tipicidad similar no se encontraba en el Código de ZANARDELLI de 1889, sino que fue incluida por Rocco en el que fue Código italiano en 1930, en el art. 374. Este artículo, redactado por Rocco, decía: "El que en la tramitación de un procedimiento civil o administrativo, con el objeto de engañar al juez en un acto de inspección o de comprobación judicial, o al perito en la ejecución de una pericia, altere el estado de los lugares, de las cosas o de las personas, será castigado, cuando el hecho no estuviere previsto como delito por otro precepto".

La figura había nacido de la jurisprudencia alemana de mediados del siglo XIX. Se admitió, entonces, en la posibilidad de una *estafa* utilizando la decisión judicial para lograr una perfecta desposesión del patrimonio de la contraparte, y la entrega formalmente jurídica y esencialmente injusta, porque había sido lograda con engaño al juez, único capacitado para dictar sentencia.

La *estafa procesal* fue duramente combatida, toda vez que muchos se resistían a admitir la posibilidad de "engañar" a quien ostenta el poder decisorio en la justicia. No obstante, la capacidad de daño del hombre actual demostró, sin dejar lugar a dudas, lo vulnerable de las decisiones judiciales, y la facilidad con que una persona sin escrúpulos logra una sentencia mediante maniobras procesales que conlleven fraude y desposesión patrimonial de una contraparte. La figura resultaba perfecta, dado que el delito de estafa no requiere la identidad entre el individuo engañado por el estafador, que es quien hace entrega del bien, y el titular del bien patrimonial indebidamente apropiado por el autor, de manera que, engañando al juez, este puede hacer que el titular de un patrimonio ceda al estafador procesal.

No obstante la admisión de una *estafa procesal*, la figura admitía la posibilidad de un doble daño: a la administración de justicia, al emplearse medios fraudulentos que logran el engaño del juez y al patrimonio de las personas, al lograrse la desposesión de su contraparte. Dos bienes jurídicos tutelados, entre los cuales es de mayor importancia el que corresponde a la justicia, lo que obligaba a redactar dos figuras típicas diferentes. El Código de Rocco admite la coexistencia de ambas: en el art. 374 incluye el fraude procesal como delito contra la justicia; en el art. 640 estructura la *estafa procesal*, como delito autónomo e independiente de aquel.

La coexistencia de dos figuras típicas es de aceptación en los códigos europeos, como el de Alemania y el de Noruega (art. 343). Quizás tomado de ellas, apareció primero el art. 347 del Código del Brasil y, más tarde, redactado por el doctor RICARDO C. NÚÑEZ el art. 240 bis del Código argentino actual. En todas ellas el fraude procesal aparece con una redacción o sintaxis de lo típico, similar al art. 374 del Código de Rocco. Con tales modelos, no es de extrañar la redacción que se dio al fraude procesal en el art. 222 del anteproyecto colombiano de 1976, primera vez que aparece entre nosotros. Casi intacto se incluye en el anteproyecto de 1978 (art. 229). Pero, al examinarse su estructura en la Comisión reunida en 1979, el doctor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ criticó la sintaxis del art. 229 del anteproyecto de 1978 diciendo que: a) no contempla todos los casos de inducir en error al juez; b) abarca elementos constitutivos de otros delitos, como la falsedad en documentos públicos, y c) comprende personas como víctimas del engaño, que no merecen la tutela penal, como los "auxiliares de la justicia".

La norma, incluida en el art. 182 del Código Penal fue, pues, obra del doctor ESTRADA VÉLEZ, carece de antecedentes, en lo que respecta a su síntesis descriptiva, y por esta razón nos hemos atrevido a calificarla de *sui generis*.

4. EL DOLO, LA ESTAFA Y EL FRAUDE PROCESALES

El origen del dolo está en el derecho romano donde era tenido como un vicio del consentimiento cuando alguien fue inducido a hacer un testamento en favor de cierta persona. *Inducir* es un verbo que significa disponer de la voluntad de otra

¹ *Trabajos preparatorios*. Actas del nuevo Código Penal colombiano. Compilación de Luis Carlos Giraldo Marín. Bogotá, Pequeño Foro, 1981. Acta núm. 18. Anteproyecto de 1976, Bogotá, Fondo Rotatorio Ministerio de Justicia, 1976. Anteproyecto de 1978, Bogotá, Imprenta Nacional. 1978.

persona hacia un resultado determinado. Con ello se relleva, de cierta manera, y en forma muy imprecisa, su naturaleza fraudulenta, no obstante la figura resultaba incompleta. Durante mucho tiempo se destacó el fraude del dolo con las palabras "captación de voluntad", hasta cuando a finales del siglo XIX la Corte de Casación francesa lo definió con estas palabras: "hay dolo cuando ha habido sugestión o captación de voluntad que vayan acompañadas de maniobras artificiosas o insinuaciones falaces"².

El dolo civil aparece, entonces, como una maniobra urdida en el terreno del derecho privado con el fin de inducir en error al contradictor en su provecho. Más tarde se dice que si el dolo civil ocurre en el terreno del proceso judicial, se llamará *dolo procesal*. Al tipificarse el delito de *fraude procesal* a comienzos del siglo actual, se distinguen claramente las tres figuras indicadas: el *dolo civil*, que es el fraude en el terreno del derecho privado, en general; el *dolo procesal*, que es el mismo, en el campo del proceso judicial (ambos en perjuicio del contradictor), y el *fraude procesal* que es el mismo fraude contemplado como un engaño a la justicia en la persona de su vocero, como es el juez. Entonces queda claro que, si además hay despojo de bienes del contradictor como consecuencia del fraude procesal, concursará con una *estafa procesal*.

Es indudable que la teoría del fraude procesal se deriva del concepto civil de *dolo*, de clásico sabor romano comoquiera que nace del pretor del Imperio al hacer análisis de las "injurias" y que se identifique como la intención positiva de inferir daño o injuria a otro, bien sea en sus bienes o en sus familiares. Es esta la definición que recoge el art. 63 del Código Civil colombiano. Por esto nuestro dolo civil tiene mayor alcance que el dolo romano, dado que se considera injuria a toda lesión o amenaza de lesión, dirigida contra los derechos de otra persona.

De esta manera por *dolo procesal* se entiende la actuación cumplida por alguna de las partes en litigio o conflicto extraprocesal, pero reducido al campo del derecho privado, realizado con el ponderado propósito de perjudicar a su contendiente, haciéndolo adoptar posiciones o situaciones que, procesalmente, le sean favorables, con obvia desventaja para quien, engañado, las realiza. La teoría del dolo procesal se basa en el criterio del dolo en la jurisprudencia francesa del siglo XIX. Para ella por dolo no ha de entenderse el propósito de obtener un lucro indebidamente, sino el emplear fraude o artificio para engañar a la contraparte, sea engañado o no el juez, y con el malicioso propósito de hacer que esta adopte una posición o situación que, procesalmente, le será adversa y, por tanto, favorable al doloso³.

Por dolo civil debe entenderse, pues, la maniobra urdida dentro o fuera del proceso judicial, con la finalidad de hacer cometer errores a la contraparte o contendiente. Para hablar de dolo procesal, no importa si también se engañó al juez, ni si el ardid alcanzaba o no un lucro indebido, merced a los engaños al contrario. Lo importante es determinarle a adoptar una posición que, de reflejarse en un proceso, será adversa al engañado y favorable al engañador.

² MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. V, traducción de Mario Díaz Cruz, La Habana, Editorial Cultural, S. A., 1935, §§ 187 y ss.

³ Casación del 31 de agosto de 1939. "G. J.", t. LXVI, págs. 852 y ss.

En efecto, el dolo civil es el proceder malicioso contra quien es opositor a las pretensiones del doloso, y dirigidas a él, más que al propio juez. La posición errada que aquel adopte posibilitará un lucro o beneficio ilícitos, pero a la postre. Su inmediato proyecto es el de obtener ventajas procesales respecto de su contrario. Sobre los métodos dolosos había dicho la Corte: "el fraude, esto es, el engaño malicioso, las maquinaciones insidiosas, la mentira artera que anulaban el discernimiento y arrastraban la voluntad, son elementos indispensables a la existencia del dolo..."⁴.

Por su parte, CARLOS FONTÁN BALESTRA afirma, con sobrada razón, que este tema "se vincula, en el fondo, con el espinoso y no siempre claro distingo entre el dolo civil y el dolo penal, el fraude civil y el fraude penal"⁵.

Si el *dolo civil* ocurriese en el proceso judicial puede llamarse *dolo procesal*, en el cual la pretensión de su autor, no es la de lograr el engaño del juez o servidor público correspondiente, sino la de engañar a su contradictor siguiendo con ello una posición ventajosa en determinado negocio. Con el error de este vulnera sus derechos y alcanza para sí un beneficio personal. El juez o servidor público correspondiente, podrá ser su medio de engaño, pero no el objetivo de su fraude. Inclusive el juez podrá no mediar porque su maniobra fraudulenta está dirigida a su contradictor. Los beneficios inmediatos consistirán en una mejor postura frente a los derechos de este. Los patrimoniales podrán aparecer a largo plazo, con lo que se dibuja una posible *estafa*, pero el *dolo procesal* como el *dolo civil* no tienen figura típica penal y su reproche está reservado al derecho civil.

Pero de la figura anterior apareció la de *fraude procesal*. En ella el engaño está dirigido al propio juez, porque es a él a quien se pretende hacer incurrir en error. Lo que se busca no es una posición ventajosa, sino una sentencia o decisión suya que le beneficie, en relación con sus pretensiones últimas, y es el juez quien tiene el poder legal para hacerlo. Desde luego que tal beneficio no habría sido alcanzado nunca sin el fraude procesal, que engaña al juez. No se arma una insidia para engañar a la parte que contradice sus pretensiones, sino que se va más allá: se engaña al juez para que decida la desposesión de su contradictor, entregándole al defraudador su patrimonio. Coincide esto con su pretensión: el defraudador no pretende engañar a su contradictor para lograr una ventaja procesal sobre él; busca engañar al juez para que le poseione de los bienes de su contraparte. Consiguientemente con esto, el fraude procesal no tiene como campo de acción una actuación por fuera del proceso, salvo cuando es tenida como "prueba anticipada", esto es, para ser usada en el proceso, justamente porque el objeto del engaño es la decisión judicial. En el dolo procesal, en cambio, el campo de acción del doloso podrá ser extraprocesal, porque se pretende engañar al contradictor de sus pretensiones, a fin de superarlo frente a lo pretendido, cuando el enfrentamiento sea procesal.

La finalidad lucrativa no hace parte del *dolo procesal* y tampoco del *fraude procesal*. No pretende el doloso un lucro, sino ventajas procesales, bien en la prueba,

⁴ Casación del 3 de julio de 1932. "G. J.", t. XL, págs. 96 y ss. y sentencia del 9 de agosto de 1949, "G. J.", t. LXVII, pág. 356.

⁵ CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Derecho penal*. Parte Especial. 8ª ed., Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1978, pág. 539.

bien en atributos procesales para hacer oír sus alegaciones. Y, aunque si pretende un beneficio, el autor del fraude procesal, su insidia solo quiere una sentencia o decisión favorable que le atribuye el derecho que ostenta su contradictor al momento de litigarlo. De suyo el *fraude procesal* queda agotado en la maniobra fraudulenta o insidiosa, con aptitud para engañar al juez. Si, además, la desposesión patrimonial a su contradictor se logró por decisión judicial, el engaño al juez habrá alcanzado su cometido final: desposeer a su víctima, y se configura, entonces, una *estafa procesal*.

No hay razón alguna para que la *estafa* y el *fraude procesales* no puedan coexistir o concurrir. Coexisten en el Código Penal con dos figuras típicas⁶, que hablan de estructuras y antijuridicidades diferentes. La *estafa procesal* es un engaño dirigido a un juez, con el propósito deliberado de obtener una sentencia o decisión dispositiva de los bienes de otra persona, a fin de entrar en posesión formalmente lícita de ellos, pero esencialmente injusta. En esta figura descuella, pues, el "provecho patrimonial ilícito" propio de su esencia delictuosa, señalado por el verbo rector "*obtenga provecho ilícito*" en la norma pertinente. Es un clásico delito de daño o de resultado, y el derecho tutelado, que dice de lo antijurídico de esta acción, es el *patrimonio de las personas*.

El *fraude procesal*, en cambio, es un delito consistente en el engaño al juez, en cuanto representa el poder de administrar justicia, a fin de obtener de él una decisión judicial que contraría el orden justo en que deben decidirse los conflictos humanos. Lo descollante en esta figura es el engaño al juez, señalado con el verbo rector "*induzca en error*". Se agota en el fraude, sin importar la desposesión del contradictor del defraudador. Es un delito de riesgo o de mera conducta. El objetivo material de la *estafa procesal* es el provecho patrimonial; el objeto material en el *fraude procesal* es la sentencia judicial injusta. Por esto el *fraude* es un delito *contra la administración de justicia*.

Entonces, si son dos figuras típicas distintas, con estructuras diferentes, aunque coincidentes; con objetivos distintos; con choques antijurídicos diferentes; que ofenden derechos distintos, y dirigidos contra víctimas diferentes, ¿por qué no pueden coexistir jurídicamente y, por ende, concursar una con la otra? Ni el *fraude procesal* es subsidiario de la *estafa procesal*, ni esta de aquel. El art. 374 del Código de Rocco advertía que el *fraude procesal* se configura, si el hecho no se adecua a otra figura típica distinta, pero ni el art. 182, ni el 356 del Código Penal dicen esto. Entonces el concurso es un imperativo legal. En resumen, el art. 356 solo servirá para sancionar la *estafa* que comete el autor del fraude, al despojar de su patrimonio al contradictor procesal, y el 182 solo servirá para sancionar al autor del fraude, cuando emplea maniobras insidiosas para determinar al juez a dictar sentencia, mediante engaño.

Es más, en la figura típica del art. 182 el verbo rector es *inducir* y no *obtener*. Eso quiere decir que se trata de inducir en error al juez con la pretensión de que dicte sentencia, o resolución o acto administrativo injustificados, que de otro modo jamás

⁶ Código Penal, arts. 182 y 356.

alcanzaría el autor. Si el tipo mencionado hubiese dicho: "El que con cualquier medio fraudulento y con el fin de inducir en error a un empleado oficial, obtenga sentencia, resolución o acto administrativo contrarios a la ley", no habría la menor duda de que se habría resumido en una misma tipicidad *fraude y estafa procesales*. Empero, el fraude se agotaría más allá del uso fraudulento de un artificio en el proceso, y solamente cuando la contraparte fuera desposeída de su patrimonio. Entonces la figura típica no se denominaría *fraude*, sino *estafa procesal* y no se hallaría como delito contra la administración de justicia, sino contra el *patrimonio económico*. La dualidad de figuras típicas, una como *fraude procesal* entre los delitos contra la administración de justicia, y otra como *estafa* entre los delitos contra el patrimonio económico, no dejan lugar a dudas de la posibilidad de concursarlas.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha subrayado en múltiples ocasiones la sustancial diferencia que media entre el *fraude* y la *estafa procesales* con palabras como estas: "Es evidente que entre el *fraude procesal* y el delito de *estafa* cometido a través de una engañosa actividad procesal y que la doctrina ha denominado *estafa procesal*, existen algunas analogías y también algunas diferencias que deben ser precisadas. Se semejan estos dos hechos punibles en que en ellos el agente se vale del empleo de medios engañosos con el fin de obtener un determinado resultado. Las diferencias más destacadas son las siguientes: a) mientras en el delito de *fraude procesal* se busca amparar la correcta administración de justicia, en el delito de *estafa procesal* el bien jurídico que se tutela es el patrimonio económico; b) el sujeto pasivo, en el *fraude procesal* es el Estado como titular del bien jurídico que con esta disposición se ampara, en cambio en el delito de *estafa* el sujeto pasivo es la persona que sufre el menoscabo de carácter patrimonial; c) en el delito de *fraude procesal* la conducta consiste en inducir en error a un empleado oficial en tanto que la conducta del delito de *estafa procesal* consiste en obtener provecho ilícito. Aun cuando las circunstancias modales de los dos comportamientos típicos son similares, los distintos verbos rectores empleados en cada una de estas disposiciones destacan la diferencia entre dos conductas punibles; d) como consecuencia de lo anterior es obvio que son distintos los resultados en cada caso exigido por la legislación; e) mientras en los delitos contra el patrimonio la restitución e indemnización es circunstancia específica de atenuación, en el *fraude procesal* no es dable hacer referencia a este aspecto, no solo porque no existe previsión legal en este sentido, sino porque este delito no exige para su tipificación finalidad de carácter pecuniario; f) en el *fraude procesal* el agente actúa para engañar al empleado oficial, con el fin de obtener una sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley; en la *estafa* obra con la finalidad de obtener un provecho ilícito en perjuicio ajeno (...). La estafa no es una forma especial de *fraude procesal* ni el fraude una simple modalidad de estafa, así este pueda cometerse por medio de la inducción en error del empleado oficial. Si esto es así, no es del caso hacer referencia, por este aspecto, a un concurso aparente de tipos que puede resolverse a través del principio de la especialidad. Tampoco hay razón alguna para afirmar que el *fraude procesal* es un tipo subsidiario, aplicable solo en la medida en que el hecho constituye otro delito sancionado con pena mayor, porque cuando el legislador ha querido que una disposición tenga este limitado alcance, así lo ha consignado expresamente (...). En estas condiciones y al amparo de una nueva codi-

ficación cuando por medio de un fraude procesal se comete o se intenta cometer un delito de *estafa*, debe darse aplicación al artículo 26 del vigente Código Penal que prevé el concurso de hechos punibles cuando con una sola acción u omisión se infringen varias disposiciones de la ley penal”⁷.

5. ÁMBITO DEL FRAUDE PROCESAL

Uno de los requisitos que presupone la acción descrita e indicada con el verbo *inducir*, es la existencia de un proceso judicial o actuación administrativa, sea de carácter civil, laboral o contencioso administrativo, o bien trátase de actuaciones cumplidas por autoridades administrativas, con poder legal dispositivo y decisorio, como ocurre con los llamados “jueces de ejecuciones fiscales” que funcionan por cuenta de las secretarías de Hacienda. De suyo esta figura adopta el específico nombre de *fraude procesal* y esto es tanto como decir “dentro del proceso”. Más aún, la tipicidad mencionada advierte que el defraudador pretenderá que el juez o empleado oficial, haciendo uso de su poder decisorio, dicten sentencia o resolución o acto administrativo, para lo cual lo engaña, a fin de obtener una decisión esencialmente injusta. Supone, por tanto, que quien todo esto hace, está actuando dentro de los límites de un proceso, en el cual va a ser oído y merece respuesta, según la ley; y que del funcionario con poder decisorio, se espera una providencia judicial o administrativa con aptitud dispositiva de bienes, según la misma ley. Entonces el fraude procesal se mueve, exclusivamente, en la esfera del proceso judicial o administrativo.

Precisamente porque el ámbito de ejecución de un fraude procesal es el proceso mismo, se tiene como un delito contra la administración de justicia. El fraude busca el engaño del juez con el fin de hacerlo adoptar decisiones injustificadas, pero conforme a la ley, que despojen a una contraparte de sus derechos, en beneficio del defraudador.

No obstante, existe la inquietud de si el fraude procesal abarca la esfera preprocesal relacionada con el recogimiento de las pruebas que van a ser presentadas dentro del proceso. En el proceso civil, concretamente, demandante y demandado deberán solicitar su práctica desde la presentación de su respectivo escrito, y agregarlas a la demanda o su respuesta, si han sido recogidas como “prueba anticipada”. Comprende el fraude, pues, actos antecedentes, en relación con el proceso mismo o, inclusive, posteriores a este, como la liquidación de perjuicios?

La moderna concepción del fraude procesal lleva a introducir en las figuras típicas una fórmula según la cual también se comete fraude procesal en las maniobras fraudulentas que se realicen en una esfera, no procesal, pero sí preparatoria o consecuente al proceso mismo. Así, por ejemplo, la sintaxis del art. 182 del Código Penal, está referida al fraude cometido para engañar, no solamente al juez en la esfera

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencias de febrero 14 de 1984 y septiembre 1° de 1987, *Jurisprudencia y Doctrina*, núm. 48, Bogotá, Legis, 1984, y *Jurisprudencia Penal*, Editorial Jurídica de Colombia, primer semestre 1987, y sentencia de agosto 22 de 1989, *Jurisprudencia Penal*, Editorial Jurídica de Colombia, segundo semestre 1989, págs. 150 y ss.

procesal judicial, sino a la autoridad administrativa que, conforme a ritos procedimentales especiales, tenga poder dispositivo de bienes y decisorio de conflictos, lo que supone un ámbito no procesal judicial. Pero hay más, el art. 240 bis del Código Penal argentino adoptó una fórmula según la cual el fraude se podría producir "en el curso de una diligencia (procesal) o ante la inminencia de ella". Vale decir, que se admite la posibilidad de cometer fraude preprocesal, cuando se cumple en el curso de una diligencia "inminentemente" anterior al proceso mismo.

Empero en presencia del art. 182 del Código Penal, los momentos "inminentes" antecesores de proceso no se tienen en cuenta, sino la actuación procesal misma. Es dentro de ella cuando se elaborará el fraude, porque es en ella que se espera una sentencia o resolución o acto decisorio administrativo.

Si alguna diligencia anticipada prepara un fraude para un proceso aún no iniciado, solo será punible como fraude procesal si llega a usarse en el proceso subsiguiente, con este mismo propósito, pues solo entonces está en la posibilidad de derivar de ella una sentencia o resolución o acto decisorio administrativo, de contenido injusto pero beneficioso al defraudador.

Cabe anotar que el método fraudulento que se produce con anticipación al proceso mismo, no es punible como fraude procesal, ni en grado de tentativa, a no ser que pueda ser tenido como una estafa intentada.

Es preciso anotar, igualmente, que la sintaxis dada al art. 182 permite la consideración del fraude procesal realizado en el ámbito del proceso civil, tanto como el laboral o el contencioso administrativo y aun en el penal. Algunos autores creen que el fraude procesal no cabe en el proceso penal, salvo en lo tocante al reclamo de perjuicios causados con el delito, a cargo de la llamada "parte civil" dentro del proceso penal, por cuanto que el proceso penal puro, ni controvierte pretensiones económicas, ni desemboca en providencia judicial dispositiva de bienes. Este es un delito que, tradicionalmente, ha sido considerado como realizable en la esfera del derecho privado. De suyo el art. 374 del Código de Rocco que es el precursor de los códigos latinoamericanos, está expresamente referido al "proceso civil".

Admitiríamos la observación si el fraude procesal fuera un delito contra el patrimonio económico de las personas, pero se trata de un fraude contra la administración de justicia. Y en el ámbito procesal penal, la maniobra fraudulenta tendiente a lograr la impunidad de una persona, puede alcanzar o pretender alcanzar una sentencia, sustancialmente legítima, y esencialmente injustificada. Por consiguiente este fraude procesal tiene perfecta adecuación a la figura típica en estudio.

No obstante el fraude en el proceso penal resulta complicado: a) el reo en su indagatoria no está en la obligación jurídica de decir la verdad; b) las mentiras en una denuncia, dan lugar a otro delito contra la justicia: la falsa denuncia; y las mentiras en un testimonio o prueba pericial, dan lugar a un delito de falso testimonio, que también es delito contra la justicia. Es más, la adulteración de documentos presentados como pruebas, dan lugar a la falsedad en documentos públicos, y la simulación de pruebas, al delito denominado así, que lo es contra la administración de justicia. Por consiguiente, de existir uno de ellos, excluye el fraude procesal, no pudiendo concursar con ellos.

No obstante en el proceso existen más posibilidades de defraudar al juez, fuera de los casos anteriores, en los cuales el engaño llevaría a un fraude procesal, que no debe quedar impune.

En relación con el proceso civil, el fraude cabe tanto en el proceso contencioso como en el voluntario. En este es posible con más amplitud que en el contencioso, puesto que no hay contraparte y se puede engañar al juez con más facilidad al no existir quien se oponga y le "abra los ojos". Lo mismo puede decirse de los procesos laboral y contencioso administrativo.

6. SUJETOS DEL FRAUDE PROCESAL

Hemos advertido que para que haya fraude procesal, lo menos que puede exigirse es que haya proceso y que el fraude se haya cometido dentro de este, de manera que el fraude realizado en prueba anticipada o extrajudicial, carece de valor punible como tal, a menos que se emplee posteriormente, como fraude, en un proceso.

Se trata de un tipo monosubjetivo y en cuanto al autor no hay exigencia de cualidades específicas en el texto legal. Debe advertirse, no obstante, que se trata de personas que actúan en el ámbito del proceso judicial o actuación administrativa con carácter decisorio de conflicto entre partes, lo que no constituye una cualidad específica del sujeto activo del fraude procesal, sino una condición de modo referida a la forma como se comete el delito. Este solo podrá ser cometido si el fraude se emplea para inducir en error al empleado oficial correspondiente, y como esto ocurre en los linderos del proceso o actuación administrativa, pues esa será la manera de comisión. Y como el art. 229 de la Constitución actual dispone la necesidad de un abogado para intervenir en esta clase de procedimientos, es de suponerse que el abogado litigante sea el medio o instrumento del que se vale el autor del fraude procesal para inducir en error al servidor público. Sobre esto dijo la Corte Suprema: "Este tipo penal se caracteriza por ser, desde el punto de vista del sujeto activo, monosubjetivo e indeterminado, en cuanto basta la presencia de una sola persona para la realización de la conducta típica y no se requiere que en ella concurren cualidades profesionales o científicas. En la dinámica de la infracción, en no pocas oportunidades, aparece actuando un abogado en la tramitación procesal y de allí se puede establecer su ubicación en el ámbito de la coparticipación criminal o, por el contrario, su mera actividad instrumental ajena a la empresa delictiva"⁸.

Es obvio, entonces, que el fraude lo cometen quienes están atados al proceso mismo, de manera que puedan producir en él actuaciones capaces de inducir en error al juez, determinándolo a dictar una decisión sustancialmente lícita y esencialmente injustificada. Es el juez la única persona capacitada por la ley para adoptar una decisión tal.

Nos hemos referido fundamentalmente a quienes actúan en los procesos civil, laboral y contencioso administrativos, y, excepcionalmente, en el proceso puramente penal, así como autoridades de la rama ejecutiva con procedimientos en donde tomarán actitudes decisorias, como las fiscales, aduaneras y disciplinarias. Quienes actúen en estos campos, tienen aptitud para defraudar al respectivo juez o funcionario, para obtener de él sentencia o resolución o acto decisorio, mediante engaño.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia del 1° de septiembre de 1987. *Jurisprudencia Penal*, Editorial Jurídica de Colombia, segundo semestre 1987, págs. 156 y ss.

El proceso judicial civil resulta ser el campo más adecuado a los propósitos del defraudador, toda vez que el juez en lo civil está acostumbrado a ser un mero espectador del trabajo probatorio de las partes, a pesar de que el art. 179 del Código de Procedimiento Civil le otorga la facultad oficiosa de decretarlas. Esta disposición rompe con la pasividad procesal a que estaban acostumbrados los jueces en lo civil para otorgarles un poder dinámico en materia de pruebas: "cuando el magistrado o juez las considere útiles para verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes". Se puede añadir que las disposiciones de los arts. 37 num. 3 y 58 del mismo Código de Procedimiento Civil facultan ampliamente al juez civil para investigar cualquier intento de fraude en el proceso. Esto confirma nuestra tesis de que el *fraude procesal* se agota aún en casos en que el juez no haya incurrido en el error al cual se lo está induciendo.

Pero el campo en donde mayormente abunda el fraude procesal es el proceso civil y por ello nos referimos principalmente a él. El proceso civil tiene "existencia" jurídica cuando la demanda, debidamente presentada, es aceptada por el juez, quien ordena correrle traslado al demandado. Desde su aceptación, y aun antes de su contestación, se entiende "iniciado" el proceso, conforme dispone el art. 2° del Código de Procedimiento Civil. Desde este momento es comisible un fraude procesal, y por quienes en él pueden actuar, llevando error a la mente del juez. La actuación procesal con capacidad de engaño al juez, solo la logra quien puede actuar en el proceso, por sí o por abogado. De estas personas trata el C. de P. C. en la sección "partes y sus representantes"⁹. En Colombia no se puede litigar si no se es abogado; por consiguiente, cualquier persona puede engañar al juez aún sin litigar, pero por medio de su abogado. Es más, puede no ser parte, esto es, demandante o demandado, pero sí su representante, o un tercero interviniente, como litisconsorte, coadyuvante, interviniente por adhesión, sucesor procesal, etc.¹⁰.

De manera que la actuación fraudulenta la ejecuta el abogado que litiga; no obstante es justo aceptar, como observa NELSON MORA, que el abogado podrá ser empleado como instrumento del defraudador, su cliente o representado. La verdad es que el autor, aun por fuera del proceso, proyecta su fraude en la órbita judicial por medio de su abogado representante; con lo que la denominación de *fraude procesal* permanece incólume.

Lo que sí es obvio es que un fraude procesal no es comisible por quienes actúan procesalmente como pruebas, como "testigos" o "peritos", pues estos tales son instrumentos probatorios para la justicia, y el fraude lo comete quien pide a la justicia, y obtiene acto decisorio mediante su engaño, esto es, quienes pueden lograr la falsa convicción judicial mediante sus pretensiones.

7. EL ENGAÑO

La acción cumplida por el autor está señalada en el tipo por medio del verbo compuesto o frase verbal "induzca en error". *Inducir* es un verbo inexpressivo, de

⁹ Código de Procedimiento Civil, libro 1°, sección 2ª, título 6°, arts. 44 y ss.

¹⁰ Código de Procedimiento Civil, arts. 50 a 62.

los que, según la Academia, no señalan un resultado concreto, sino que contienen la reiteración de un hecho causal; de allí que el verbo se acompañe por complementos verbales, que constituyen una frase verbal, pues se trata de inducir, esto es, mover o persuadir a alguien, a que incurra en un error que el autor le sugiere.

La persona a quien se induzca al error, es el juez o funcionario administrativo con poder decisorio. A su mente llega el fraude que pretende llevarlo a errar y a la decisión injustificada. Tres cuestiones se plantean alrededor de este tema de la inducción al error, a saber: a) ¿qué clase de mentira tiene poder de fraude procesal?; b) ¿puede el juez ser engañado en el proceso, si solamente él tiene el poder constitucional de administrar justicia?; c) ¿es menester que el juez proceda a dictar sentencia o resolución o acto decisorio, movido por el engaño, para que el fraude tome cuerpo y sea reprochable?

Fraude, según la Academia, es engaño o mentira consciente. De manera que el error judicial es determinado por algo mentiroso o engañoso, con conciencia de ello y voluntad de engañar. ¿Qué clase de medios deben ser empleados para lograr un engaño tal? Suele hablarse de tres: el artificio, el engaño y la inducción a error, como si se tratase de fenómenos síquicos diferentes. *Artificio* viene del latín *artificium* (de *ars*, *arte*; y *facere*, hacer). En sentido figurado es disimulo, cautela, doblez. Esto es, se trata del arte de disimular lo que no se es o no existe; creación ficticia del ingenio. El artificio, pues, opera directamente sobre los objetos con que engaña, o indirectamente sobre el engaño con tales objetos. *Engaño* es faltar a la verdad en lo que se dice o se hace. Es presentarse alguien, con un disfraz de verdad. El engaño opera sobre la sique del engañado, presentándose a sí mismo disfrazado de verdad. Quien engaña no disimula, sino que simula, esto es, representa una cosa, fingiendo lo que no es.

De esta manera se unen o atan los dos conceptos: el fraude se produce empleando medios artificiosos, con los cuales se logra un engaño, a quien tiene el poder decisorio. Los medios empleados son un artificio, y, como tal, inducen en error al juez. Este, engañado, dicta sentencia, conforme pretendía el defraudador.

Alguien se preguntaba si las palabras *engaño* (fraude) y *proceso* (justicia) no son términos antagónicos que, como tal, se excluyen entre sí. La verdad es que sí se tienen: *fraude* como mentira o engaño, y *proceso*, como justicia o justo, sí lo son. El proceso no puede ser fraudulento, por ejemplo, por cuanto que el proceso ejecuta o hace dinámica la justicia. Empero si se emplea *fraude* como medio de engaño, y *proceso* como conjunto de reglas o pautas que permiten ejecutar lo justo legal, no son antagónicas, sino complementarias explicativas de esta tipicidad. En un proceso, sí se puede emplear un medio fraudulento, para engañar al juez.

El engaño es característico de los tiempos actuales, y tal parece que fuera de recibo en las relaciones humanas. De suyo el engaño es un fraude, y como tal una mentira disfrazada, con lo que nadie está conforme. No obstante el ingenio moderno ha inventado o purificado un método de engaño que bordea los linderos del crimen sin adentrarse en lo jurídico penal. Tiene máscara de legalidad, merece el respeto de los demás, y debe permanecer impune. Se llama "astucia". La astucia aparece como resultado del refinamiento de la ambición, del vicio y de la impudicia, aparenta inteligencia o habilidad para las finanzas. Por otra parte, el proceso judicial es un

campo en donde impera la ley, gobernado por el juez, y por esto constituye un medio eficaz para enriquecerse, si se logra controlar ese poder soberano con astucia. Pero como quiera que la astucia bordea los límites de la ley, al extremo de que un abogado astuto, es un abogado eficaz y loable, la pregunta es: ¿qué clase de engaño es considerado fraudulento, apto para obtener sentencia decisoria, mediante error judicial? ¿Lo será cualquier mentira o astucia abogadil?

Desde mediados del siglo XIX se viene diciendo que la mentira causante del engaño, y con el error judicial, debe ser una "mentira calificada", esto es, de tan hábil construcción, que sorprenda la buena fe de una persona prudente. No es posible por lo mismo, tutelar la ingenuidad de personas crédulas por su simplicidad. No obstante, la cultura actual ha permitido llegar a la conclusión de que este criterio está errado. No solamente la ley no hace la distinción entre los tipos de personalidad susceptibles de tutela legal en su buena fe, sino que no es posible establecer un límite claro entre la "astucia permitida" y la "astucia fraudulenta". Un abogado astuto podrá usar de sus artificios profesionales, hasta lograr el error judicial. De suyo el Código de Procedimiento Civil lo prevé, dándole al juez armas muy poderosas para contener el fraude y tutelar los derechos de personas inocentes.

Es preciso recordar que la víctima del engaño es el juez, pero también que los jueces civiles están tradicionalmente acostumbrados a dejarse convencer por los argumentos presentados por las partes, aunque el Código de Procedimiento Civil los ha investido de dos poderes suficientes como para contener cualquier maniobra fraudulenta: la facultad de investigar y detener cualquier maniobra fraudulenta, en detrimento de la justicia y de intereses aun ajenos a las partes del proceso¹¹, y la facultad de complementar las deficiencias probatorias de las partes, decretando pruebas oficiosamente, cuando lo consideren conveniente¹². Jamás las usan y su tarea pasiva, facilita el fraude procesal. Casi nunca una sentencia judicial, en materia civil, concuerda con la realidad, sino con la convicción que las partes llevan a su mente, lo que constituye una prueba tangible de la crisis de justicia por la que pasa la sociedad actual.

Entonces, la mentira capaz de producir un fraude procesal a pesar de no tener especiales atributos de astucia ni de habilidad en su confección, deberá ser tal que pueda convencer al juez, induciéndolo en error, y determinándolo a la sentencia injusta. Que tenga poder de convicción, no es exigir una mentira calificada. Y tener en cuenta que el sujeto del engaño es un juez, a quien se supone culturalmente calificado, no es rechazar la tutela debida a personas con mente débil, o ingenuamente crédulas de las mentiras ajenas, porque toda persona merece la protección de la ley, frente a la astucia de sus congéneres.

No es preciso que el engaño llegue a la mente del juez y lo convenza, o por lo menos no se precisa comprobar que ello sucedió. Tampoco es preciso comprobar que de tal error o engaño, se lograra su cometido, esto es, una sentencia o resolución o acto decisorio injustos, en detrimento de una contraparte. Por esto se ha dicho que

¹¹ Código de Procedimiento Civil, art. 58.

¹² Código de Procedimiento Civil, art. 37, num. 4º en concordancia con arts. 93, 134, 137, num. 3º, 178 y 186.

el medio fraudulento deberá tener potencia para engañar, y convicción para alcanzar una decisión judicial injustificada, pero no que la logre en realidad.

Ha dicho la Corte Suprema que el *fraude procesal* no se agota con la sola maniobra artificiosa, ni la sola intención de engañar, sino con la efectiva inducción en error: "es indispensable que esa conducta induzca en error al funcionario para que este pueda ocasionar daño a una de las partes o pueda lesionar los intereses supremos de la justicia"¹³.

Ya hemos dicho que las palabras "induzca en error" que emplea el art. 182 del Código Penal están en subjuntivo presente y señalan la acción del autor del fraude, no la mente comprensiva de su víctima. Inducir es un verbo que señala la acción de persuadir o convencer a alguien, con lo que la acción típica se agota con el acto del autor o maniobra fraudulenta. La descripción típica no exige que el servidor público caiga en el engaño, porque inducir no es creer en algo, si no intentar que otro crea. En cambio, si se trata de calificar las consecuencias de este delito, se puede decir que es uno de consumación instantánea que produce efectos permanentes.

Para señalar los límites entre una *estafa procesal* y un *fraude procesal*, es preciso, no solamente distinguir entre los diversos propósitos del autor del fraude, sino de qué manera la ley penal desvincula los hechos fraudulentos hasta elaborar formulas típicas distintas para cada uno de ellos.

Lo que pretende el defraudador es, no solamente el error y engaño del juez, sino que por este medio tratará de conseguir una sentencia o resolución o acto decisorio que, formalmente lícita, por su contenido de injusticia, despoje a su contrario de sus derechos. El defraudador deforma la verdad, para presentar en el proceso una falsa verdad: a) *para mudar la verdad en el proceso* introduciendo una proposición que deforme o destruya aquella verdad que debería aparecer en el proceso y, sin embargo, no se halla, apareciendo, en cambio, otra que formalmente es lícita, y esencialmente es deformación de aquella; b) *para lograr la convicción judicial*, mediante el engaño, el error, la equivocada convicción de que esa es la verdad.

Tenemos así una maniobra fraudulenta que se proyecta sobre dos campos distintos a) *para lograr un error judicial*, y b) *para lograr una decisión injusta, y un beneficio material con ella*. La justicia, como bien jurídicamente tutelado en el título 4° del libro 2° del Código Penal, se lesiona con la primera de estas proyecciones del fraude, y se agota en la maniobra artificiosa. El patrimonio económico del contradictor se lesiona con la segunda, y se agota con el resultado de la decisión judicial. El art. 182 reprocha lo primero, con el nombre de *fraude procesal*. El art. 186 lo segundo con el nombre de *estafa procesal*.

Observa un comentarista que cuando el defraudador realiza una maniobra artificiosa en perjuicio de su contraparte, pero en actos en los que el juez no es engañado, como el desistimiento, la transacción o el allanamiento, no hay un verdadero fraude procesal, hablándose de "fraude procesal impropio" impune en nuestra ley. La verdad es que el juez, frente a un desistimiento, una transacción o un allanamiento, debe dictar la providencia que dé terminación anormal del proceso, y que

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala penal, sentencia de junio 27 de 1989, *Jurisprudencia Penal*, Boletín Jurídico de Colombia, primer semestre 1989, pág. 437.

lo hará movido por el engaño a que lo sujetan tales maniobras fraudulentas, luego sí habría un verdadero fraude procesal.

8. LOS MEDIOS FRAUDULENTOS

El art. 374 del Código de Rocco y el 240 bis del Código argentino, hacen una relación taxativa de los medios fraudulentos que pueden lograr el engaño al juez y el error judicial responsable. Son aquellos que en el curso de un proceso civil muden artificialmente el estado de las cosas o de las personas, los lugares en donde se hallan, su identificación, cuantificación, medida, valoración, etc. Nuestro art. 182, al que no encontramos árbol genealógico, se limita a decir que los medios fraudulentos son "cualquiera" que logre errada convicción judicial.

Los hay, por consiguiente, en todos los estilos y aptitudes que puedan ser tenidos como insidiosos. El silencio, dice la jurisprudencia italiana, podrá ser una maniobra insidiosa, porque con él se pretende hacer creer que es verdad, lo que realmente no lo es.

La moralidad de los últimos tiempos deja mucho que desear. La manera como se litiga o se defienden intereses ajenos o propios, ha creado un profesional poco leal y mucho menos honesto. No sobra decir aquí que ya no asombran los relatos vivos de quienes a diario padecen el fraude de su contraparte. El comentarista NELSON R. MORA G. es prolijo en detallar muchos métodos de fraude que él ha destacado en su vida profesional¹⁴. Quizás tampoco sobre decir que nuestra aspiración es que las facultades de derecho adopten sistemas de selección de estudiantes de abogacía, más severos y con mayores miras a la ética personal y profesional del aspirante. Un incremento en las lecciones de ética profesional es necesario. El fraude procesal es de vasto campo de acción en el proceso y en la vida diaria del abogado, y debe aprender no solo a reconocerlo, sino a repudiarlo como una aptitud personal de estima y autorrespeto. Fraude puede haber en la demanda o su presentación, en la respuesta, en la práctica de pruebas, en los recursos, en los términos, en los incidentes, en las recusaciones y hasta en la hora judicial.

Por consiguiente, medios fraudulentos son todas aquellas actuaciones procesales que, con intención de inducir en error al juez, tenga capacidad de engañarlo, pudiendo determinarlo a una decisión injustificada. No importa si de este error se sucedió tal decisión. La ley penal italiana y la argentina hablan de modificar nomenclaturas o linderos, cambiar o modificar condiciones personales de ciertos individuos necesarios en la verdad procesal. Empero, también lo son el producir u obtener embargo y secuestro ficticios, para eludir uno justificado; designación hipócrita de secuestros o guardadores; solicitud fraudulenta de licencia judicial para venta de bienes de menores; levantamiento de patrimonio de familia; connivencia con un secuestro o síndico de una quiebra; ocultamiento del demandado, para evitar un traslado; impedir la producción de una prueba, etc.

¹⁴ NELSON R. MORA G., *El fraude procesal*, Bogotá. Edit. Temis, 1979, págs. 35 y ss.

Observa CARLOS FONTÁN BALESTRA que no existe un método para engañar a una persona jurídica, ni a un incapaz¹⁵. Lo cierto es que nuestra figura típica el fraude procesal se comete con engaño al juez, no al titular del derecho sometido a proceso, que sería la víctima del posible despojo subsiguiente. Siendo contraparte en el proceso una persona jurídica o un incapaz, también habría lugar a despojo mediante el empleo de maniobras artificiosas que engañen al juez. Además, la persona jurídica o el incapaz, tienen representantes legales, a quienes sí se podría eventualmente, engañar.

9. EL OBJETO DEL FRAUDE PROCESAL

Obsérvese cómo el texto del art. 182 dice que el medio fraudulento se emplea para inducir en error al juez o funcionario con poder decisorio, a fin de llevarle a dictar sentencia, resolución o acto administrativo "contrario a la ley".

El fraude procesal tiene como ámbito de acción los linderos del proceso. En este el juez es quien ostenta el poder decisorio, y lo hace mediante una sentencia, que producirá siguiendo los ritos formales de la ley, mediante un esfuerzo analítico de los elementos de convicción que hayan agregado a este, las partes y el propio juzgador. Es él, por lo tanto, la víctima del engaño, porque mediante este, se logrará una decisión (sentencia o resolución o acto administrativo decisorio) que ponga al alcance del defraudador unos bienes o un derecho ajenos, que de otro modo no habría alcanzado.

Entonces resulta obvio que la sentencia o la resolución o el acto administrativo se dictarán conforme a la ley, siguiendo los ritos del procedimiento adecuado, logrando un análisis de buena fe, pero errando en dicho contenido. La sentencia lograda con error inducido por artificios del defraudador no podrá ser *ilegal* jamás porque su formación y su contenido se hicieron conforme dispone la ley y, en ello, no la contrarían. Lo que se contraría con el fraude, y en el contenido de la sentencia, es la *justicia* con que este ha debido elaborarse para decidir el pleito.

Justicia, al decir de SANTO TOMÁS, es dar a cada uno exactamente lo que se merece. Justicia viene del latín *justitia*, y esta deriva de *ius*, que es derecho o conjunto de leyes. De donde la voz *justo* o *justicia* señalan la medida racional con que el hombre reconoce y otorga a otros lo que cada uno se merece, y esta medida es la ley. No obstante, la *justicia* es una virtud en el hombre, que ha sido otorgada por Dios, dado que es un atributo suyo. No es posible ser justo, decía MIGUEL DE MONTAIGNE, si no se reconoce como un don divino, otorgado a un ser dotado de inteligencia racional y lógica, que le permite aplicar el texto de la ley, dando a cada cual lo que realmente se merece.

Empero, para un hombre justo, la medida de lo que otro se merece no está solamente en el texto legal, porque no todo lo justo está contenido en la ley. Una *justicia legalista* se reduce a dar aplicación al texto legal y, decía CERVANTES, ese tal puede llamarse justo, simplemente. No obstante si a lo justo legal se agrega la comprensión de lo humano de aquel a quien juzga, y si se morigera el frío molde de

¹⁵ CARLOS FONTÁN BALESTRA, ob. cit., pág. 539.

la ley, con dulce comprensión de lo humano, la *justicia será equidad*. Refiriéndose a ello decía ULPIANO: "*Summum ius summa injuria. Aequitas est temperata misericordia dulcolae*". Esto es, que el exceso de derecho escrito nos puede hacer errar. Es mejor atemperar su rigor con la misericordia.

Entonces, lo que el defraudador pretende es desquiciar el sentido de lo *justo* que se halla en la inteligencia del juez. Para ello le induce en error.

Por esto, lo que consigue no es un acto judicial decisorio que controvierta la ley, sino la justicia de este fallo. Nos parece un error en la sintaxis del tipo en donde dice "para obtener sentencia, resolución o acto administrativo contrario a la ley..."; propondríamos esta sustitución: "para obtener sentencia, resolución o acto administrativo injustos".

10. FACULTAD PREVENTIVA DEL FRAUDE PROCESAL

El art. 58 del Código de Procedimiento Civil dice: "En cualquiera de las instancias, siempre que el juez advierta colusión o fraude en el proceso, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, para que hagan valer sus derechos, y con tal fin suspenderá los trámites hasta por treinta días". Y entre las facultades y deberes del juez, dispone el art. 37, num. 3 del mismo Código: "Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, a la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal".

De su lectura lo primero que se advierte es que la ley procesal civil otorga al juez un poder muy amplio que le permite tutelar intereses, inclusive de personas no atadas al proceso ni por la demanda, ni por su respuesta, pudiéndolas hacer presentes en el proceso, advirtiéndolas de los riesgos a que se someten sus intereses, y de las formas de defensa que pueden asumir. En el ejercicio de esta facultad, el juez tiene el poder de suspender otra tramitación y de practicar pruebas o realizar diligencias tendientes a descubrir todo intento de fraude procesal o intento de estafa procesal. Puede prevenir, remediar y sancionar todo fraude o intento de estafa, por los medios probatorios que consagra ese Código, lo que significa que no es un mero espectador del fraude, ni un simple advertidor de este al interesado, sino un juez que puede, inclusive, desbaratar la maniobra fraudulenta y someter a sanción al defraudador, por ejemplo, denunciándolo al juez penal.

Pero lo cierto es que los jueces civiles son temerosos en la aplicación de este poder, y, para no hacerlo, se prenden del tenor literal del art. 58, diciendo que la única facultad con que cuenta el juez es la de citar al tercero y advertirlo de las maniobras supuestamente fraudulentas del autor de ellas. Así escribe HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO en su obra: "Para que un juez pueda hacerle a un tercero el llamamiento *ex officio* se requiere que advierta colusión o fraude contra los intereses de aquel, requisitos estos de muy difícil estructuración, puesto que en todos los casos de colusión y en la inmensa mayoría de los fraudes, el funcionario tiene la obligación de formular el aviso de rigor para que se adelante la correspondiente investigación, lo cual de por sí es un acto de honda trascendencia por la gran responsabilidad que implica. De ahí

que no pocos funcionarios, para evitar los problemas e inconvenientes que se derivan de una determinación en tal sentido, prefieran no hacer uso de esa facultad"¹⁶.

El criterio anterior es completamente equivocado. La facultad del art. 58 se complementa directamente con la del art. 37, num. 3: El juez civil puede "advertir" la maniobra fraudulenta, lo que no significa que deba comprobar el fraude procesal o la estafa procesal. Y no se limitará a trasladar la advertencia al interesado, a quien convocará a su despacho para tal efecto, sino que la ley le ordena prevenir, remediar y sancionar los actos fraudulentos ejecutados en el proceso. Por consiguiente, en uso de este poder, puede practicar pruebas que tiendan a prevenir y remediar ese fraude, puede interrogar al defraudador en este sentido, puede carearlo con el interesado víctima, puede corregir los medios probatorios o actos procesales cumplidos con fraude, trayendo al proceso los documentos, testimonios, pruebas que sean los correctos, puede tramitar un incidente en el cual se prevenga, remedie y sancione el fraude procesal. Y debe hacerlo así, pues la ley le otorga el poder para hacerlo, al decir expresamente que podrá emplear "todos los medios que este Código consagra". Entre tales medios está el de tramitar y decidir un incidente (C. de P. C., art. 136); la de decretar y practicar las pruebas que necesite, oficiosamente (art. 37, num. 4, *ibídem*); la de reemplazar actos o pruebas cumplidas con fraude procesal (art. 37, num. 3, *ibídem*); puede rechazar el allanamiento, investigando el posible fraude que se configure con este (art. 93).

Es que el fraude procesal se agota con el acto fraudulento, sin esperar el engaño del juez. No es preciso esperar a que el juez compruebe el delito, ni menos a que se produzca una lesión al derecho ajeno, porque convierte al juez en un espectador de un delito que se está fraguando frente a sus ojos, sin poder evitarlo. La actitud elegida por los jueces civiles, de la cual da cuenta LÓPEZ BLANCO, no es de prudencia, sino de ineficacia, y los hace un poco cómplices o por lo menos encubridores. Ya se dijo: actuando en esta forma se nos revela la crisis de justicia que padece el hombre contemporáneo.

11. FRAUDE POR COMISIÓN Y FRAUDE POR OMISIÓN

Dice NELSON MORA que una forma de defraudar con engaño al juez, es no intervenir en el proceso, porque orienta al juez hacia un acto decisorio injustificado. Quizás una intervención habría evitado una lesión a otro, en sus derechos. Por ejemplo, si llamado a integrar litisconsorcio, un representante de persona jurídica o de un incapaz no acude, con perjuicio de su demandado, obligando al juez a decidir errada e injustamente. Si no se da respuesta en representación del demandado, si no se solicitan las pruebas que benefician al representado, si no se controvierten las de la contraparte, etc. Es obvio que el fraude procesal implique una cierta actividad, pues se trata de inducir en error al juez, esto es, engañarlo, lo que señala una dinámica fraudulenta. Empero, la inactividad procesal de quien tiene el deber de actuar, hace creer al juez en la inexistencia de ciertos derechos o en la aceptación de ciertos

¹⁶ HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO, *Instituciones de derecho procesal civil*, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1974, pág. 185.

cargos, determinándolo a una decisión injusta. Se trataría, en todo caso, de un delito de *omisión impropia*.

12. ANTIJURIDICIDAD, TENTATIVA, COMPLICIDAD, CONCURSOS

El fraude procesal es una de las importantes figuras típicas de nuestra legislación penal actual. Es una necesidad nacida de nuestro tiempo, que puede proteger los intereses de la justicia, tan vapuleada y engañada por ambiciones desmedidas, lo que caracteriza nuestra época. Lo antijurídico del fraude procesal es la introducción de un medio artificioso en el proceso, con el propósito de engañar al juez. Es cuando se produce el choque de intereses, entre la justicia que administra aquel, y la actividad fraudulenta de quien litiga en el proceso, sin importar, para este efecto, si el juez resultó realmente engañado o no. Por esto es claro que se trata de un delito contra la administración de justicia.

En relación con los partícipes, el fraude procesal podrá contar con la ayuda de personas no intervinientes en el proceso, pero interesados en cooperar con el autor. Por ejemplo, quien ayude a convencer al juez, sin ser él mismo elemento probatorio (como en el falso testimonio), es un cómplice del defraudador. Pero el autor será siempre quien manipule el medio artificioso en el proceso, por sí mismo (el litigante) o por medio de su apoderado (el actor, litisconsorte, interviniente o demandado). Inclusive ya hemos dicho que el abogado, de buena fe, podrá ser un instrumento del autor, quien, por fuera del proceso, lo emplea para introducir el artificio en los linderos del proceso.

Tratándose de un delito de riesgo y, por lo tanto, de mera conducta, nos parece imposible la tentativa de fraude procesal, dado que este se agota con la introducción del medio artificioso al proceso, sin esperar el real engaño judicial.

13. EL FRAUDE COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO EN VARIOS TIPOS

El elemento fundamental o básico en el fraude procesal es la *maniobra fraudulenta*. *Fraude* es un sustantivo que, según la Academia, significa *engaño o inexactitud consciente*. Proviene del latín *fraus* que significa *engaño, embuste o trampa*. Por esto hemos dicho que un medio fraudulento es un artificio empleado en el proceso, por el litigante, con la pretensión de engañar al juez.

El empleo de engaño o fraude, puede aparecer advertido de manera *implícita* en la sintaxis de algunas tipicidades, como ocurre con la *concusión* (art. 140) en donde, con el verbo *inducir* se ofrece la posibilidad de engañar al autor o empleado público, al particular o víctima, logrando que le dé u ofrezca dádiva o utilidad, a cambio del ejercicio de su función. Como ocurre también con el *falso testimonio* (art. 172) donde se emplea la expresión verbal "falte a la verdad", y con las *falsas imputaciones* (arts. 166 y 167) donde se emplea el verbo "denunciar" un hecho que se sabe no se ha cometido; en ambos supuestos típicos se puede testimoniar o denunciar al juez instructor hechos engañosos o fraudulentos, llevándolo a abrir y proseguir una investigación o decisión judicial injustificada. Igual cosa ocurre con

la *simulación de la prueba* (art. 169), en donde se emplea el verbo "simular" con el cual se puede comprender una enorme gama de engaños o fraudes mediante el empleo de pruebas ficticias o inexistentes.

Pero la voz *fraude* o la expresión *fraudulento* aparecen directamente en algunas sintaxis típicas diferentes entre sí. Tal ocurre, además del *fraude procesal* (art. 182), con la *estafa* (art. 356) en que se encuentra esta frase: "cualquier medio fraudulento"; o con el *alzamiento de bienes* (art. 362) con esta otra: "cualquier otro fraude"; o en la *infidelidad profesional* (art. 175) con esta otra: "por cualquier medio fraudulento".

La diferencia entre el *fraude procesal* y cualquiera otra figura típica que, directa o indirectamente, contengan el engaño o fraude o empleo de medios artificiosos como parte de su estructura, radica en el ámbito de aparición del artificio o fraude: en la figura que analizamos, el *fraude* se introduce por el autor en el ámbito procesal válido y existente. En cambio, en cualesquiera de las otras figuras citadas, el engaño aparece en la vida cotidiana del autor y víctima, por fuera del proceso judicial o administrativo. Es más, el engaño en el *fraude procesal* está dirigido al juez o empleado público con poder decisorio; en cambio, en las demás figuras el engaño se dirige a una víctima cualquiera, desde que, engañándola, se obtenga de ella provecho indebido.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁNGEL, CARLOS JULIO: *Compilación de la ley 19 de 1890*, Bogotá, Edit. ABC, 1934.
- ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Comentarios al Código Penal*, t. I. Bogotá, Edit. ABC, 1960.
- BERNAL PINZÓN, JESÚS: *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Edit. Temis, 1965.
- CÁRDENAS, PARMENIO: *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal. Actas de la comisión, Parte especial*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Imprenta Nacional, 1938.
- CARMIGNANI, GIOVANNI ALESSANDRO FRANCESCO: *Elementos de derecho criminal*, trad. de A. Forero Otero y Jorge Guertero, Bogotá, Edit. Temis, 1979.
- CARRARA, FRANCESCO: *Opúsculos...*
- *Programa de derecho criminal*, t. VII, Bogotá, Edit. Temis, 1961.
- CASTRO MARTÍNEZ, JOSÉ JOAQUÍN: *Tratado de derecho administrativo*, Bogotá, Edit. Siglo XX, 1942.
- CONCHA, JOSÉ VICENTE: *Anteproyecto de 1925*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.
- *La reforma penal en Colombia*, t. I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1925.
- *Proyecto de Código Penal*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1912.
- CONDE PUPIDO PEREIRO, CÁNDIDO: *Encubrimiento y receptación*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1955.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO: *Derecho penal*, t. II, Parte especial, 9ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1955.
- DE CERVANTES SAAVEDRA, MIGUEL: *El Quijote*, 2ª parte, capítulo XIX, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1944.
- DELLEPIANE, ANTONIO: *Nueva teoría general de la prueba*, 5ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1955.
- DEVIS ECHANDÍA, HERNANDO: *Teoría general de la prueba*, t. II, Buenos Aires, Víctor de Zavallía, Editor, 1970.
- ESCALLÓN VILLA, RAFAEL: *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal. Parte especial*, t. II, 2ª ed. oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938.
- ESCRICHE, JOAQUÍN: *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*.
- ÉSTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Proyecto de Código Penal*, comisión asesora final, Parte especial, vol. II, Bogotá, Edit. Pequeño Foro, 1981.
- FERRI, ENRICO: *Proyecto preliminar, art. 82*, trad. de Cristino Jiménez Escribano, Madrid, 1925.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS: *Derecho penal*, Parte especial, 8ª ed., Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1978.
- GARCÍA MÁRQUEZ, GABRIEL: *Discurso de presentación del informe conocido como "De los diez sabios"*, en *El Tiempo*, edición del 23 de julio de 1994.
- GIRALDO MARÍN, LUIS: *Compilación de los trabajos preparatorios. Actas del nuevo Código Penal colombiano*, Bogotá, Pequeño Foro, 1981.
- GOLDSTEIN, RAÚL: *Diccionario Omeba*, Buenos Aires, 1962.
- GORPHE, FRANÇOIS: *De la crítica del testimonio*, trad. de Mariano Ruiz Funes, Madrid, Edit. Reus, 1971.

- GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER: *La estructura de la teoría del delito*, trad. de Carlos Fontán Balestra, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1958.
- HESSEN, J.: *Teoría del conocimiento*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1973.
- IRAGORRI DÍEZ, BENJAMÍN: *Derecho penal colombiano*, mimeógrafo, Popayán, Universidad del Cauca, 1959.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado...*, t. V, 2ª ed., Buenos Aires, Edit. Losada, 1958.
- JUSTINIANO: *Digesto*.
- KELSEN, HANS: *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz y Lacambra, México, Edit. Nacional, 1973.
- KÜNKEL, WOLFGANG: *Historia del derecho romano*, trad. de Juan Miguel, Barcelona, Edic. Ariel, 1982.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS: *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1972.
- LESSONA, CARLOS: *Teoría general de la prueba*, t. II, Madrid, Edit. Reus, 1929.
- LEVENE, RICARDO (h): *El delito de falso testimonio*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1962.
- *Manual de derecho penal*, Parte especial, Buenos Aires, Víctor de Zavalía Editor, 1976.
- LISZT, FRANZ VON: *Tratado de derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1917.
- LÓPEZ BLANCO, HERNÁN FABIO: *Instituciones de derecho procesal civil*, Parte general, Bogotá, Edit. Temis, 1974.
- MAGGIORE, GIUSEPPE: *Derecho penal*, Parte especial, t. III, trad. de José J. Ortega Torres, Bogotá, Edit. Temis, 1956.
- MANZINI, VINCENZO: *Tratado de derecho penal*, t. V, Buenos Aires, Ediar, 1952.
- *Trattato di diritto processuale penale*, t. III, Torino, Edit. Giuffré, 1931.
- MARTÍNEZ RUIZ, JOSÉ, AZORÍN, CERVANTES y su coetáneos: *Obras completas*, 4ª ed., t. 1º, Introducción, Madrid, Edit. Aguilar, 1947.
- *Sociología criminal*, 1899.
- MEDELLÍN FORERO, CARLOS: *Introducción a la estética del derecho*, Bogotá, Imprenta de Cundinamarca, 1955.
- MINISTERIO DE JUSTICIA: *Anteproyecto de Código Penal colombiano*, edición oficial, Bogotá, Fondo Rotatorio, 1976.
- *Proyecto de la ley 12 de 1978*, edición oficial, Bogotá, Fondo Rotatorio, 1978.
- MITTERMAIER, C. A. J.: *Tratado de la prueba en materia criminal*, trad. de Primitivo González de Alba, Madrid, Edit. Reus, 1916.
- MOMMSEN, TEODORO: *Derecho penal romano*, t. II, trad. de Pedro Dorado Montero, Madrid, Edit. La España Moderna (sin fecha).
- *Historia de Roma*, trad. de José A. García Moreno, Madrid, Edit. Aguilar, 1956.
- MORA, NELSON: *El fraude procesal*, Bogotá, Edit. Temis, 1979.
- MOSQUETE MARÍN, DIEGO: *El delito de encubrimiento*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1946.
- NÚÑEZ, RICARDO: *La culpabilidad en el Código Penal*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1946.
- ORTEGA Y GASSET, JOSÉ: "Meditaciones del Quijote", en *Revista de Occidente*, Madrid, 1970.
- PACHECO OSORIO, PEDRO: *Derecho penal especial*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1959.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1956.
- PESSINA, ENRICO: *Elementos de derecho penal*, Madrid, Edit. Reus, 1936.
- PLANIOL, MARCEL y RIPERT, GEORGES: *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. V, trad. de Mario Díaz Cruz, La Habana, Edit. Cultural, S. A., 1953.

- PLATÓN: *Obras completas, Critón o del deber*, trad. de Francisco García Yogüé, primera reimpresión, Madrid, Edit. Aguilar, 1972.
- RAMOS MEJÍA, ENRIQUE: *El delito de concusión*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1963.
- REISMAN, MICHAEL: *Remedios contra la corrupción*, trad. de Mari Luz Caso, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- RICCIO, STEFANO: *Relación ministerial*.
- ROCCO, ARTURO: *Progetto preliminare del Codice Penale Italiano*, Roma, Tipografia Della Mantellate, Ottobre, 1927.
- *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, Parte especial, t. II, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938.
- ROSSADI, GIOVANNI: *El proceso de Jesús*.
- SARASTI, DOMINGO: *Jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia*, t. II, Bogotá, Edit. Lex, Ltda., 1980.
- SHAKESPEARE, WILLIAM: *Timón de Atenas*, acto 4º, escena 1ª.
- SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho penal argentino*, t. V, Buenos Aires. Tea (reimpresión total), 1951.
- ULPIANO: *Digesto*, libro 1º, tít. 15; libro 47, L. 212, tít. 16, libro 50.
- VÁSQUEZ ABAD, ÁNGEL MARTÍN: *Tratado de derecho penal colombiano*, Doctrina y Jurisprudencia, t. I, Medellín, Publicaciones de la Universidad Pontificia Bolivariana, 1949.
- WELZEL, HANS: *El nuevo sistema de derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Edic. Ariel, 1964.
- ZANARDELLI: "Exposición de motivos", en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XII, Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Omeba, 1964.
- *Trabajos preparatorios del nuevo Código Penal*, Parte especial, t. II, 2ª ed. oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938.
- ZOLTAN MEHESZ, KORNEL: *La injuria en el derecho penal romano*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1970.

ÍNDICE DE AUTORES

— A —

Altavilla, Enrico: 105, 107, 108.
 Althusser, Louis: 96.
 Alzate Noreña, Luis: 222, 278, 300, 328.
 Aniyar de Castro, Lolita: 12.
 Arenas Salazar, Jorge: 44, 75, 79, 109, 155, 188,
 192, 211, 218, 219, 265, 266, 279, 300, 311,
 312, 326.
 Artz, Günther: 69.

— B —

Bacigalupo, Enrique: 111.
 Baratta, Alessandro: 31, 271.
 Bentham, J.: 141.
 Bergalli, Roberto: 31.
 Bettiol, G.: 11.
 Bonnier, E.: 155.
 Brichetti, Giovanni: 43, 48, 69, 70, 73, 74, 77, 78,
 79, 81, 82, 132, 133, 147, 149, 158.
 Bruhl, Levy: 35, 57.
 Bunge, Mario: 38, 39, 40, 56.
 Bustos Ramírez, Juan: 13, 15, 31, 49, 85, 86, 90,
 91, 109, 111, 112, 114, 337.

— C —

Calamandrei, P.: 72, 74.
 Carbonell Mateu, Juan Carlos: 106.
 Cardozo Isaza, Jorge: 155, 300.
 Carnelutti, F.: 141.
 Carrara, Francesco: 157, 163.
 Chiovenda, G.: 141.

— D —

De Gortari, Eli: 36.
 Dellepiane, Antonio: 1, 2, 3, 4, 151, 154, 162, 167,
 206, 209, 222, 277, 281, 299, 300, 304, 305,
 311.
 Devis Echandía, Hernando: 26, 27, 44, 60, 61, 62,
 75, 141, 142, 145, 156, 243, 278, 281, 318,
 319, 321, 322, 328.
 Dohring, Erich: 2, 26, 41, 42, 45, 74, 147, 151,
 160, 185, 201, 203, 204, 213, 215, 216, 221,
 228, 232, 236, 261, 262, 272, 304.
 Dosi: 73.
 Díaz Palos, Fernando: 198.

— E —

Ellero, Pietro: 70, 78, 81, 108, 151, 154, 155, 185,
 188, 189, 192, 200, 201, 203, 204, 205, 209,
 210, 214, 220, 221, 222, 227, 232, 235, 241,
 243, 276, 277, 286, 293, 300.
 Engels, F.: 110.
 Escobar Mejía, Guillermo J.: 340.
 Estrada Vélez, Federico: 90, 126.

— F —

Fabrequettes: 48.
 Fenech: 141.
 Fernández Carrasquilla, Juan: 11, 12.
 Fioretti, Julio: 198.
 Florian, Eugenio: 26, 55, 132, 141, 243, 321.
 Floriers, P.: 58.
 Foucault, Michel: 12.
 Framarino dei Malatesta, Nicola: 1, 27, 54, 59, 60,
 61, 69, 71, 73, 78, 79, 81, 82, 109, 144, 145,
 148, 157, 188, 190, 192, 199, 200, 201, 204,
 206, 210, 214, 215, 219, 222, 223, 235, 236,
 242, 247, 254, 277, 296, 297, 302, 304, 306.
 Frank, Jerome: 34.
 Frías Caballero, Jorge: 115.

— G —

García, Jorge Eliécer: 102, 103.
 García Ramírez, Sergio: 156.
 García Valencia, Jesús Ignacio: 75, 82, 98, 141,
 286, 287, 318, 319, 320, 321, 322, 327, 328,
 334.
 Gianturco, Vito: 109, 155, 156, 185, 188, 189,
 190, 192, 200, 202, 203, 205, 210, 215, 217,
 218, 219, 275, 277, 297, 298, 304.
 Giraldo, César Augusto: 244, 245, 250.
 Gómez López, Orlando: 86, 88, 90, 93, 95, 103,
 104, 105, 108, 112, 124, 135, 136, 185, 188,
 190, 191, 195, 196, 198, 271.
 Gómez Orbaneja: 141.
 González Bustamente, Juan José: 157.
 Gorphe, François: 42, 43, 73, 108, 155, 186, 190,
 192, 200, 210, 211, 213, 218, 226, 245, 248,
 251, 257, 277, 278, 298, 304, 305.
 Griesinger: 107.
 Guasp: 141.

— H —

Hauriou: 75.
 Hulsman, L. H. C.: 31, 271.
 Jakobs, Günther: 99.
 Jescheck, H. H.: 2, 86, 88, 89, 94, 96, 97, 101, 112, 114, 128, 129, 180, 181, 196, 330.
 Jiménez de Asúa, L.: 316.
 Josserand, L.: 6.

— K —

Kaiser, Günther: 31.
 Kisch: 141.
 Konstantinov, F. V.: 17, 18, 21, 22, 29, 35, 37, 50, 51, 53, 92, 130, 131, 134, 137, 138, 164, 165.
 Kopnin, P. V.: 34, 35, 36, 37, 38, 39, 52, 65, 66, 71, 159, 161, 162, 174.
 Kosik, Karel: 11.
 Kron, Thomas: 31.

— L —

Lefevre, Henri: 3.
 Lenin: 134.
 Lessona: 155.
 Londoño Jiménez, Hernando: 310, 311, 314, 315, 316.
 López Moreno, Santiago: 62, 157, 189, 194, 206, 215, 218, 221, 227, 235, 236, 237, 238, 274, 276, 295, 296, 303, 304.

— M —

Maurach, Reinhart: 88, 89, 94, 97, 98, 99, 100, 113.
 Martínez Rave, Gilberto: 311.
 Marx, C.: 6, 165.
 Mattei: 77.
 Merkel, A.: 12.
 Mira y López, Emilio: 102, 106, 108, 187, 188.
 Mittermaier, C. J. A.: 33, 70, 154, 176, 203, 222, 274, 276, 296, 303.
 Montiel Sosa, Juvenito: 213, 214, 225, 244, 247, 250, 253, 290.
 Mora Izquierdo, Ricardo: 181.
 Morgan, John J.: 214.
 Muñoz Sabaté, Luis: 4, 5, 33, 34, 35, 46, 47, 48, 49, 55, 57, 58, 60, 61, 70, 71, 72, 133, 141, 142, 144, 146, 150, 153, 154, 156, 157, 158, 163, 167, 206, 243, 275, 305.

— N —

Novoa Monreal, Eduardo: 89.

— P —

Pabón Gómez, Germán: 8, 54.

Parra Quijano, Jairo: 148, 156, 173, 279, 311.
 Pashukanis, E. B.: 6, 8.
 Pavarini, Massimo: 13, 14, 85.
 Pearce, Frank: 9, 10.
 Pérez, Luis Carlos: 12, 54, 89, 114, 115, 126.
 Politzer, Georges: 160.
 Prieto Castro: 141.

— Q —

Quintero Ospina, Tiberio: 156.

— R —

Reyes Alvarado, Yesid: 135, 148, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 170, 171, 172, 173, 186, 191, 193, 211, 216, 217, 218, 219, 221, 222, 228, 236, 278, 279, 280, 281, 293, 300, 311, 312.
 Reyes Echandía, Alfonso: 98, 114, 115, 127, 128, 180, 181, 198, 281.
 Ricci: 328.
 Rittler: 298.
 Rivera Silva, Manuel: 155.
 Rocha, Antonio: 141.
 Rodríguez, Gustavo Humberto: 24, 44, 141, 145, 156, 175, 222, 278, 300.
 Romagnosi: 69.
 Romero Soto, Julio: 198.
 Rosenberg: 141.
 Rosenthal, M. M.: 2, 25, 26, 28, 29, 34, 63, 130, 131, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 151, 162, 164, 165, 166, 169, 171, 172, 175, 222, 223, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 280, 282, 293.
 Roxin, Claus: 69.
 Russel, Bertrand: 65, 169.

— S —

Saa Velasco, Ernesto: 9, 104, 338.
 Sandoval Huertas, Emiro: 5, 7, 10, 12, 14, 16, 31, 32, 162, 271.
 Schöнке, Adolfo: 147.
 Schweitzer, Daniel: 316.
 Sentís Melendo, Santiago: 1, 4, 24, 41, 45, 46, 55, 56, 71, 73, 75, 78, 79, 131, 132, 133, 141, 142, 143, 145, 147, 155, 161.
 Simonin, C.: 228, 245, 250, 253.
 Simpson, Keith: 213, 244, 290.
 Sisco, Luis P.: 198.
 Sluchevski, I. F.: 106, 107, 109, 110.
 Sneider, Lemoyne: 225, 243, 250, 290.
 Soler, Sebastián: 87, 88.
 Solórzano Niño, Roberto: 107, 115.
 Sorin, Miguel: 23.
 Soto Aparicio, Fernando: 339.
 Spirkini, A. G.: 21, 22.
 Stoyanovitch, Konstantin: 6.

Straks, G. M.: 2, 63, 131, 133, 135, 136, 137, 138,
139, 140, 151, 162, 164, 165, 166, 169, 171,
172, 175, 222, 223, 270, 271, 272, 273, 274,
280, 282, 293.

Verges, Jacques M.: 13.

Vinhinski, Andrei: 3, 4, 7, 8, 9, 19, 24, 27, 28, 60,
132, 133, 298, 299.

— W —

Walter, Gerhard: 24, 33, 72, 73, 74.

Welzel, Hans: 93, 94, 101, 109, 110, 111, 113,
125, 127, 128, 184, 185, 195, 207.

Wigmore: 200.

Wills: 61, 150.

— T —

Tchang, En Tse: 51, 52, 53, 54, 77, 80, 81, 92.

Tiedemann, Klaus: 69.

Torres, Mauro: 109, 115, 116, 117, 118, 119, 120,
121, 122, 188.

Twain, Mark: 40.

— U —

Uribe Cualla, Guillermo: 244.

— V —

Velásquez Gómez, Iván: 340.

Vélez Ángel, Ángel: 214, 224, 225, 226, 227, 244,
247, 253, 291.

— Z —

Zaffaroni, Eugenio Raúl: 30, 85, 86, 87, 89, 90,
91, 93, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 109, 111, 113,
114, 125, 126, 127, 128, 129, 179, 180, 181,
196, 199, 207, 262, 271.

Zerboblio, Adolfo: 198.

ÍNDICE DE DISPOSICIONES

Constitución Nacional

Art.	Pág.
29	320, 321
116	320
250	320, 321, 328
251	320

Código Penal

5	315, 331
22	126, 128
26	129
29	198
40	199
40.2	114
60	109
64	109
113	127, 129, 195
177	129
123	127
125	195
126	195
130	127, 129
140	125
141	112, 125
159	112
164	112
182	196
186	129, 196, 197
187	196
197	130
268	129, 196
269	129, 196
313	125, 196
314	125
324	196
324.4	109
325	196, 198
326	109, 196
441	307
349	109, 112, 196
352	197
355	109, 112, 196
356	109

Código de Procedimiento Penal

2	336
---------	-----

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
36	316, 332
48	320
66	320
67	320
121	320
123	320
124	320
125	320
137	320
226	320
228	328
246	318, 319, 327, 333
247	327
248	327
249	320, 324, 327
250	327, 329
251	327, 329
252	327, 329
253	327, 329
254	327, 329
255	327, 329
256	327, 329
257	327, 329
258	327, 329
259	329
260	320, 329
261	329
262	329
263	329
264	329
265	329
266	329
267	329
268	329
269	329
270	329
271	329
272	329
273	329
274	320, 329
275	320, 329
276	329
277	329
278	329
279	329
280	329

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
281	329
282	329
283	329
284	329
285	329
286	329
287	329
288	329
289	329
290	329
291	329
292	320, 329
293	329
294	329
295	329
296	320, 329
297	322, 329
298	329
299	329
300	329
301	329
302	329

Código de Procedimiento Penal

Art.	Pág.
303	329
310	321
312	318
313	321
322	320, 321
324	318
327	331
334	320, 322
355	321
356	320
388	307, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319
.....	326, 332, 333, 334, 335
410	316, 317, 332, 335, 336
447	320
448	320

Leyes

Ley 16 de 1972	336
Ley 74 de 1968	336

ÍNDICE DE MATERIAS

—A—

- Abandono del cargo
 - acción descrita: 165-168;
 - causales de justificación: 167, 168;
 - culpabilidad: 166, 167;
 - e inasistencia negligente: 166;
 - en licencias temporales: 167;
 - estructura del tipo: 165;
 - normatividad: 165;
 - sujetos activos: 165;
 - y abuso de poder: 165.
- Abogación
 - y representación: 170, 171.
- Abogados
 - y asesoramiento ilegal: 169, 170.
- Abusos de autoridad
 - por acto arbitrario o injusto
 - acción descrita: 146, 149-151;
 - estructura del tipo: 146;
 - normatividad: 146, 147;
 - sujetos activos: 140;
 - y abuso de la función pública: 184, 185;
 - por acto extralimitado: 189;
 - por omisión de denuncia
 - acción descrita: 153-157;
 - normatividad: 152;
 - sujetos activos: 153;
 - tipo subsidiario: 148;
 - y abuso de función pública: 189;
 - y abuso de poder: 152;
 - y prevaricato: 148.
- Abuso de función pública
 - acción descrita: 187-190;
 - estructura del tipo: 187;
 - normatividad: 187;
 - por acto arbitrario o injusto: 184, 185;
 - sujetos activos: 187;
 - y abuso de autoridad: 189;
 - y abuso de poder: 183, 187;
 - y prevaricato: 188.
- Abuso de poder
 - clases: 18;
 - en abusos de autoridad: 146;
 - en el abandono del cargo: 165;
 - en el abuso de función pública: 183, 187;
 - en el asesoramiento ilegal: 169;
 - en el cohecho propio: 90-92;
 - en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales: 111;
 - en el empleo ilegal de la fuerza pública: 179;
 - en el enriquecimiento ilícito: 121;
 - en el interés ilícito en la celebración de contratos: 109;
 - en el peculado culposo: 52;
 - en el peculado por aplicación oficial diferente: 48, 49;
 - en el peculado por error ajeno: 40;
 - en el peculado por uso: 33;
 - en el prevaricato por acción: 134;
 - en el prevaricato por asesoramiento ilegal: 142, 144;
 - en el prevaricato por omisión: 139;
 - en la concusión: 67-69;
 - en la revelación de secretos: 158;
 - en la usurpación de funciones públicas: 183;
 - en la utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva: 163;
 - en la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades: 104;
 - específicos: 18;
 - formas típicas: 189, 190;
 - genéricos: 18;
 - innominado: 18;
 - nominado: 18;
 - por extralimitación: 189;
 - por injusticia: 189;
 - por usurpación: 189, 190;
 - sujetos activos: 148, 149.
- Acto (s)
 - arbitrario e injusto
 - (abuso de autoridad por): 146-152;
 - distinción: 188;
 - oficiales. Perturbación: 198-200.
- Administración
 - concepto: 19, 20;
 - de justicia. Personas encargadas: 4, 5;
 - pública
 - concepto: 2-4;
 - y administraciones autónomas: 2;
 - y gobierno: 3;
 - y poder político: 3, 4.
- Antijuridicidad
 - de la concusión: 76;
 - de la falta autoacusación: 218, 219;
 - de la falsa denuncia: 218, 219;
 - de la falsa denuncia contra persona determinada: 218, 219;
 - de la fuga de presos: 258;
 - de la infidelidad a los deberes profesionales: 241, 242;
 - de la utilización indebida de información privilegiada: 128, 129;

Antijuridicidad (cont.)

de la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: 108;
del cohecho: 100, 101;
del contrato sin cumplimiento de requisitos legales: 112;
del falso testimonio: 230;
del fraude procesal: 284;
del peculado: 57, 58;
del peculado por error ajeno: 40;
del prevaricato por asesoramiento ilegal: 144;
del soborno: 230.

Asesoramiento ilegal

acción descrita: 169-173;
circunstancias de agravación punitiva: 168-173;
estructura del tipo: 168, 169;
normatividad: 168;
por empleado oficial: 168-173;
sujetos activos: 168, 170;
y abuso de poder: 169;
y prevaricato: 168-173.

Autoacusación

véase: *Falsa autoacusación*: 212, 213.

Autocalumnia

véase: *Falsa autoacusación*.

Autoridad

(suplantación de): 192-194.

— B —

Bien (es)

de instituciones de utilidad común: 52-54;
del Estado
 aplicación oficial diferente: 41-49;
 apropiación: 15-32;
 destrucción o daño: 57;
 pérdida por culpa del empleado oficial: 41-49;
 protección del interés colectivo: 24;
o fondos para fiscales: 24;
(receptación, legalización y ocultamiento de): 253-256.

— C —

Cargo público

(abandono de): 165-168;
(abuso del): 187-190;
simulación: 190-194.

Causales de justificación

en el abandono del cargo: 167, 168;
en el cohecho. Improcedencia: 101;
en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales: 113;
en el falso testimonio: 230, 231;
en el peculado: 58, 59;
en el prevaricato por asesoramiento ilegal: 144;
en la concusión: 76, 77;
en la falsa autoacusación: 219;
en la falsa denuncia: 219;
en la falsa denuncia contra persona determinada: 219;

en la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: 113.

Causales de inculpabilidad
en el peculado: 60.

Celebración indebida de contratos

evolución del tipo: 103, 104;
interés ilícito: 108, 109;
por incumplimiento de requisitos legales: 110-114;
régimen de inhabilidades e incompatibilidades: 104-108;
y causales de justificación: 113;
y concurso: 113;
y culpabilidad: 113;
y participación: 113;
y tentativa: 113.

Circunstancias de agravación

en asesoramiento ilegal: 173;
en falsas imputaciones ante las autoridades: 214-216.

Circunstancias de atenuación

en falsa autoacusación: 217, 218;
en falsa denuncia: 217, 218;
en falsa denuncia contra persona determinada: 217, 218;
en fuga de presos: 265, 266;
en peculado: 54-57.

Cohecho

activo: 84, 85;
antijuridicidad: 100, 101;
causales de justificación: 101;
concepto: 80, 81;
concurso: 102;
(contractualidad del): 83-86;
culpabilidad: 101;
delito plurisubjetivo: 84;
impropio
 acción descrita: 95, 96;
 estructura del tipo: 95;
 normatividad: 94, 95;
 sujeto activo: 95;
 subsiguiente: 97;
 y propio. Distinción: 95;

no retributivo

acción descrita: 98;
normatividad: 97, 98;

pasivo: 84, 85;

por dar u ofrecer

acción descrita: 100;
causales de justificación: 101;
concurso: 102;
culpabilidad: 101;
estructura del tipo: 99, 100;
normatividad: 98, 99;
tentativa: 101;
y concusión: 100;

propio

acción descrita: 92;
agravación punitiva en el Código de 1936: 93;
concurso: 93, 94;
consumación: 92;

- e impropio. Distinción: 95;
- estructura del tipo: 87, 88;
- normatividad: 86, 87;
- objeto material: 92;
- participación: 94;
- sujetos activos: 88-90;
- tentativa. Improcedencia: 93;
- y abuso del poder: 90-92;
- subsiguiente: 97;
- tentativa. Improcedencia: 101, 102;
- y concusión: 78, 85, 86, 100, 101;
- y corrupción: 81-83;
- y tráfico de influencias: 115, 116.
- Colusión
 - véase: *Infidelidad a deberes profesionales*.
- Concurso (s)
 - en celebración ineludida de contratos: 113;
 - en concusión: 78;
 - en cohecho propio. Procedencia: 93, 94;
 - en contrato sin cumplimiento de requisitos legales: 113;
 - en falsa autoacusación: 220;
 - en falsa denuncia: 220;
 - en falsa denuncia contra persona determinada: 220;
 - en interés ilícito en la celebración de contratos: 113;
 - en peculado: 60;
 - en prevaricato por asesoramiento ilegal: 145;
 - en receptación, legalización y ocultamiento de bienes: 256;
 - en violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: 113;
- Concusión
 - antijuridicidad: 76;
 - bien lesionado: 77;
 - causales de justificación: 76, 77;
 - concepto: 61-63;
 - concurso: 78;
 - consumación: 64, 77;
 - coparticipación: 78, 79;
 - culpabilidad: 76;
 - derecho tutelado: 63;
 - estructura del tipo: 65, 66;
 - impropia: 63, 64, 77, 78;
 - modalidades en el Código de 1936: 64;
 - normatividad: 64, 65;
 - objeto material: 73;
 - participación: 77, 78;
 - por contratistas del Estado: 66, 78;
 - por particular: 77, 78;
 - propia: 63, 64;
 - sujeto activo: 66, 67;
 - sujeto pasivo: 64;
 - tentativa: 77;
 - y abuso del poder: 67-69;
 - y cohecho: 85, 86, 100, 101;
 - y cohecho por dar u ofrecer: 100;
 - y peculado por error ajeno. Distinción: 35, 36.
- Consumación
 - de la concusión: 64, 77;
 - de la perturbación de actos oficiales: 200;
 - de la utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva: 164;
 - de la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: 108;
 - del cohecho propio: 92, 93;
 - del falso testimonio: 229, 230;
 - del fraude procesal: 283, 284;
 - del peculado por aplicación oficial diferente: 46;
 - del peculado por apropiación: 16.
- Contrato (s)
 - (celebración indebida de): 103-113;
 - (interés ilícito en la celebración de): 108-110;
 - sin cumplimiento de requisitos legales
 - acción descrita: 111, 112;
 - antijuridicidad: 112;
 - causales de justificación: 113;
 - concurso: 113;
 - culpabilidad: 113;
 - estructura del tipo: 111;
 - participación: 113;
 - requisitos de contratación: 111;
 - sujetos activos: 111;
 - tentativa. Improcedencia: 113;
 - y abuso del poder: 111;
 - violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades: 104-108.
- Corrupción
 - en los sectores público y privado: 81-83.
- Culpabilidad
 - concusión: 76;
 - en abandono del cargo: 166, 167;
 - en celebración indebida de contratos: 113;
 - en cohecho: 101;
 - en contrato sin cumplimiento de requisitos legales: 113;
 - en falsa autoacusación: 219;
 - en falsa denuncia: 219;
 - en falsa denuncia contra persona determinada: 212, 219;
 - en falso testimonio: 230, 231;
 - en favorecimiento de la fuga: 264;
 - en infidelidad a los deberes profesionales: 242;
 - en peculado: 59, 60;
 - en peculado culposo: 50-52;
 - en peculado por aplicación oficial diferente: 49;
 - en peculado por error ajeno: 41;
 - en prevaricato por asesoramiento ilegal: 144;
 - en prevaricato por omisión: 140, 141;
 - en soborno: 230;
 - en violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: 108, 113;
 - modalidades
 - impericia: 51;
 - imprudencia: 51;
 - negligencia: 51.

— D —

Deberes

oficiales. Concepto: 91, 92;
profesionales. Infidelidad: 236-243.

Delito (s)

contra la administración de justicia
derecho tutelado: 1, 2;
encubrimiento: 244-256;
falsa autoacusación: 212, 213;
falsa denuncia: 205-209;
falsa denuncia contra persona determinada: 210-212;
falso testimonio: 221-234;
favorecimiento: 248-253;
favorecimiento de fuga: 263, 264;
fraude procesal: 267-285;
fuga culposa: 264, 265;
fuga de presos: 257-263;
infidelidad a deberes profesionales: 236-243;
receptación, legalización y ocultamiento de bienes: 253-256;
soborno: 234-236;
sujeto activo en el Código de 1936: 4, 5;
sujeto activo en el Código de 1980: 4;
contra la administración pública
abandono del cargo: 165-168;
abuso de autoridad por acto arbitrario o injusto: 146-152;
abuso de función pública: 187-190;
asesoramiento y otras actuaciones ilegales: 168-173;
cohecho impropio: 94-97;
cohecho no retributivo: 97, 98;
cohecho por dar u ofrecer: 98-102;
cohecho propio: 86-94;
concusión: 61-80;
empleo ilegal de la fuerza pública: 178-181;
enriquecimiento ilícito: 119-126;
interés ilícito en celebración de contratos: 108-110;
intervención en política: 173-178;
omisión de apoyo: 181;
peculado culposo: 49-52;
peculado por aplicación oficial diferente: 41-49;
peculado por apropiación: 15-32;
peculado por error ajeno: 35-41;
peculado por extensión: 52-54;
peculado por uso: 32-35;
perturbación de actos oficiales: 198-200;
prevaricato por acción: 130-138;
prevaricato por asesoramiento ilegal: 141-150;
prevaricato por omisión: 138;
revelación de secreto: 157-162;
simulación de investidura o cargo: 190-194;
sujeto activo. Evolución del concepto: 5-9;
suplantación de autoridad: 192-194;
tráfico de influencias para obtener favor de servidor público: 114-118;
tutela del patrimonio de la colectividad: 24;
usurpación de funciones públicas: 182-187;

utilización de asuntos sometidos a secreto o reserva: 162-164;
utilización ilegal de uniformes e insignias: 190;
utilización indebida de información privilegiada: 126-129;
violencia contra servidor público: 195-198;
denunciado falsamente y falsa denuncia: 212;
encubierto: 250-252;
(géneros de): 8, 9.

Denuncia

concepto: 206, 207;
falsa
contra persona determinada: 210-212;
tipicidad: 205-209.

Derecho

de dominio. Extinción: 123.

Desacato

naturaleza jurídica: 226.

Dolo

y fraude procesal: 268-271.

— E —

Encubrimiento

antecedentes: 244, 245;
concepto: 247, 248;
modalidades
por favorecimiento: 248-253;
por receptación: 253-256;
naturaleza: 245-247;
por motivaciones de honor: 256.

Empleado oficial

véase: *Servidor público*.

Empleo ilegal de la fuerza pública

acción descrita: 179-181;
estructura del tipo: 179;
normatividad: 178, 179;
sujetos activos: 179;
y abuso del poder: 179.

Empresas de economía mixta

y peculado por apropiación: 22-24.

Enriquecimiento ilícito

acción descrita: 121-123;
bien jurídico tutelado: 121;
(carácter subsidiario del): 122;
del empleado oficial: 119-126;
de particulares: 123-125;
estructura del tipo: 121, 122;
normatividad: 119-121;
proyecto de reforma al tipo: 124, 125;
sentencia condenatoria. Efectos: 123;
sujetos activos: 121, 122;
y abuso del poder: 121.

Error judicial

y prevaricato por acción: 133, 134.

Estado

(bienes a cargo del): 26;
(destrucción o daño a bienes del): 57;
servidor. Características: 6.

Estafa procesal

y fraude procesal. Diferencias: 268, 271-273.

Extinción
del derecho de dominio: 123.
Extralimitación
del abuso de funciones públicas: 189;
distinción con otras formas de abuso de poder: 189;
formas típicas de abuso de poder. Distinción: 189.

— F —

Falsa
autoacusación
acción descrita: 212, 213;
antijuridicidad: 218, 219;
causales de justificación: 219;
circunstancias de agravación: 214-216;
circunstancias de atenuación: 217, 218;
concurso: 220;
culpabilidad: 219;
normatividad: 212;
participación: 220;
tentativa: 219;
denuncia
acción descrita: 206-209;
antecedentes: 205, 206;
antijuridicidad: 218, 219;
causales de justificación: 219;
circunstancias de agravación: 214-216;
circunstancias de atenuación: 217, 218;
concurso: 220;
contra persona determinada
acción descrita: 210-212;
antijuridicidad: 218, 219;
causales de justificación: 219;
circunstancias de agravación: 214-216;
circunstancias de atenuación: 217, 218;
concurso: 220;
culpabilidad: 212, 219;
normatividad: 210;
participación: 220;
pluridad de imputaciones: 211;
tentativa: 219;
y querrela: 211;
culpabilidad: 219;
normatividad: 205;
participación: 220;
tentativa: 219;
y delito denunciado falsamente: 212;
y falsas imputaciones: 210, 211;
y querrela: 207, 208.

Falsedad
y simulación de la prueba. Distinción: 214, 216.

Falso testimonio
acción descrita: 221-229;
antijuridicidad: 230;
bien jurídico tutelado: 230;
causales de justificación: 230, 231;
concepto: 221-228;
consumación: 229;
culpabilidad: 231;
normatividad: 221;
objetivos: 225;

retractación como circunstancia de atenuación: 231-234;

subjetivo: 225;
sujetos activos: 221-224;
y desacato: 226.

Favorecimiento
acción descrita: 249-253;
bien jurídico tutelado: 250, 251;
de la fuga

acción descrita: 264;
culpabilidad: 264;
normatividad: 263;
sujetos activos: 264, 265.
en delitos que requieren querrela: 251;
modalidades: 252;
normatividad: 248;
personal: 252;
real: 252;
y delito encubierto: 250.

Fondos parafiscales: 24.

Fraude
como elemento
constitutivo de varios tipos penales: 284, 285;
concepto: 284-285;
procesal

acción descrita: 277-281;
(ámbito de ejecución del): 273-275;
antecedentes: 267, 268;
antijuridicidad: 284;
consumación: 283, 284;
facultad preventiva: 282, 283;
medios fraudulentos: 280, 281;
normatividad: 267;
(objeto del): 281, 282;
participación: 284;
por comisión: 283;
por omisión: 283, 284;
sujetos activos: 267, 275, 276;
tentativa. Imprudencia: 284;
y concepto de dolo: 268-271;
y estafa procesal: 268, 271-273;
y simulación de pruebas: 216.

Fuerza pública
concepto: 180;
(empleo ilegal de la): 179-181;
(omisión de apoyo por agente de la): 131.

Fuga culposa
normatividad: 264, 265;
sujetos activos: 265.

Fuga de presos
acción descrita: 257-261;
antecedentes: 258;
antijuridicidad: 258;
consumación: 261, 262;
normatividad: 257;
presentación voluntaria. Circunstancia de atenuación: 265, 266;
recluidos por contravenciones: 263;
violenta: 262, 263.

Funcionario
arbitrario: 189;
injusto: 189.
Funciones públicas
(usurpación de): 185-187.

— G —

Gestión
ilegal: 168-173;
y mandato: 171-173.
Gobierno
subordinado: 3;
superior: 3;
y administración pública: 3.

— H —

Hacienda pública
tutela del patrimonio económico: 1, 2.

— I —

Impericia
forma de culpabilidad: 51.
Imprudencia
forma de culpabilidad: 51.
Imputaciones
falsas
véase: *Falsa denuncia contra persona determinada.*
Incremento patrimonial
no justificado
véase: *Enriquecimiento ilícito.*
Infidelidad a los deberes profesionales
acción descrita: 237-241;
antijuridicidad: 241, 242;
culpabilidad: 242;
en asunto penal: 241;
normatividad: 236, 237;
participación: 243;
sujetos activos: 237, 238;
sujetos pasivos: 237, 238;
tentativa: 243.
Información
privilegiada. Utilización indebida: 126-129;
reservada
utilización: 162-165.
Inhabilidades e incompatibilidades
de orden constitucional: 104, 105;
de orden legal: 106-108.
Injusticia
forma de abuso de poder: 189.
Interés
colectivo
bien jurídico tutelado: 24;
ilícito en la celebración de contratos
acción descrita: 109, 110;
causales de justificación. Imprudencia: 113;

concurso: 113;
culpabilidad: 113;
estructura del tipo: 109;
normatividad: 108;
participación: 113;
sujetos activos: 109;
tentativa. Imprudencia: 113;
y abuso de poder: 109.

Insignias
utilización ilegal: 192.
Intervención en política
acción descrita: 173, 178;
antecedentes: 174-177;
de empleado oficial: 173-178;
estructura del tipo: 173;
normatividad: 173;
sujetos activos: 173, 175-177.
Investidura
(simulación de): 190-194.

— L —

Legalización
de bienes de procedencia ilícita: 253-256.

— M —

Mandato
concepto: 172;
y gestión: 171-173.

— N —

Negligencia
forma de culpabilidad: 51.

— O —

Ocultamiento
de bienes de procedencia ilícita: 253-256.
Omisión de apoyo
normatividad: 181.

— P —

Participación
en el cohecho propio: 94;
en el contrato sin cumplimiento de requisitos
legales: 113;
en el fraude procesal: 284;
en el interés ilícito en la celebración de contra-
tos: 113;
en el peculado: 60;
en el prevaricato por asesoramiento ilegal: 144,
145;
en la celebración indebida de contratos: 113;
en la concusión: 77, 78;

- en la falsa autoacusación: 220;
- en la falsa denuncia: 220;
- en la falsa denuncia contra persona determinada: 220;
- en la infidelidad a los deberes profesionales: 243;
- en la utilización de asuntos sometidos a reserva: 164;
- en la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades: 113.
- Peculado**
 - antijuridicidad: 57, 58;
 - causales de inculpabilidad. Procedencia: 60;
 - causales de justificación: 58, 59;
 - circunstancias de atenuación punitiva: 54-57;
 - (clases de): 14;
 - concepto: 13, 14;
 - concurso: 60;
 - culpabilidad: 59, 60;
 - culposo
 - culpabilidad: 50-52;
 - culposidad: 50-52;
 - estructura del tipo: 50;
 - normatividad: 49, 50;
 - por destrucción o daño de bienes del Estado: 57;
 - sujetos activos: 50;
 - y abuso del poder: 52;
 - (reintegro en el): 52;
 - participación: 60;
 - por aplicación oficial diferente
 - acción descrita: 46, 47;
 - antecedentes del tipo: 41;
 - características del tipo: 44;
 - consumación: 46;
 - culpabilidad: 49;
 - estructura del tipo: 43, 44;
 - normatividad: 40;
 - objeto material: 47, 48;
 - sujetos activos: 44-46;
 - tentativa. Improcedencia: 44;
 - y abuso del poder: 48, 49;
 - por apropiación
 - acción descrita: 26-31;
 - características del tipo: 16;
 - consumación: 16;
 - (cuantía en el): 17, 26, 32;
 - en empresas de economía mixta: 22-24;
 - estructura del tipo: 16, 17;
 - normatividad: 15;
 - objeto material: 16, 26;
 - participación: 26;
 - sujeto activo: 16-18;
 - tentativa. Procedencia: 16, 25;
 - y abuso del poder: 18-24;
 - y peculado por uso. Distinción: 31, 32;
 - por contratistas del Estado: 5, 6;
 - por error ajeno
 - acción descrita: 37-40;
 - culpabilidad: 41;
 - estructura del tipo: 36;
 - normatividad: 35;
 - sujetos activos: 36, 37;
 - y abuso del poder: 40;
 - y concusión. Distinción: 35, 36;
 - por extensión
 - normatividad: 52, 53;
 - penalidad: 54;
 - por uso
 - estructura del tipo: 33-35;
 - normatividad: 32;
 - objeto material: 33;
 - y abuso del poder: 33;
 - (reintegro en el): 54-57;
 - tentativa. Procedencia: 60.
- Perturbación**
 - de actos oficiales
 - acción descrita: 198-200;
 - bien jurídico tutelado: 199;
 - consumación: 200;
 - normatividad: 198;
 - sujetos pasivos: 198;
 - y tentativa. Improcedencia: 200;
 - y simulación de actividad: 200;
 - sujetos activos: 199.
- Poder**
 - (abuso del): 18-24;
 - político y administración pública: 3, 4.
- Política**
 - (o prohibición de intervención en): 173-178.
- Prevaricador**
 - como funcionario injusto: 189.
- Prevaricato**
 - concepto: 130-132;
 - por acción
 - conducta descrita: 136-140;
 - bien jurídico tutelado: 133;
 - clasificación de providencias judiciales: 134, 135;
 - estructura del tipo: 132;
 - normatividad: 130;
 - y abuso de poder: 134;
 - y el error judicial: 133, 134;
 - por asesoramiento ilegal
 - acción descrita: 142-144;
 - antijuridicidad: 144;
 - causales de justificación. Improcedencia: 144;
 - concurso: 145;
 - culpabilidad: 144;
 - estructura del tipo: 142;
 - normatividad: 141, 142;
 - sujetos activos: 142;
 - tentativa. Improcedencia: 145;
 - y abuso del poder: 142, 144;
 - y participación: 144, 145;
 - por omisión
 - acción descrita: 139-141;
 - culpabilidad: 140, 141;
 - estructura del tipo: 139;
 - normatividad: 138, 139;
 - sujetos activos: 139;
 - y abuso del poder: 139;

Prevaricato (cont.)

sujetos activos: 132, 133;
y abuso de autoridad: 148;
y abuso de función pública: 188;
y asesoramiento ilegal y otras actuaciones ilegales: 170.

Prueba

concepto: 214, 215;
simulación. Circunstancia de agravación: 214-216;
simulada en asuntos extrapenales: 216;
simulada y falseada. Distinción: 214, 216.

— Q —

Querella

y falsa denuncia: 207, 208;
y falsa denuncia contra persona determinada: 211.

— R —

Receptación

concepto: 255, 256;
en el peculado
circunstancia de agravación: 255;
concepto: 253, 254;
concurso: 256;
normatividad: 253;
objeto material: 255;
sujetos activos: 254;
modalidades: 256;
por auxilio: 256;
por lucro: 256.

Reintegro en el peculado

(circunstancias del): 55-57;
definición: 55;
normatividad: 54, 55;
objeto material: 56;
culposo: 52.

Representación

en asesoramiento ilegal: 170, 171;
y abogación: 170.

Reserva

y secreto. Diferencias: 159.

Resolución

contraria a la ley. Prevaricato: 130-138.

Responsabilidad

del servidor público: 18.

Retractación

en la falsa autoacusación: 217, 218;
en la falsa denuncia: 217, 218;
en la falsa denuncia contra persona determinada: 217, 218;
en el falso testimonio: 231-234.

Revelación de secretos

acción descrita: 158-162;
concepto: 157-162;
estructura del tipo: 158;

normatividad: 157, 158;
secreto y reserva. Distinción: 159;
sujetos activos: 158;
y abuso del poder: 158.

— S —

Secreto (s)

(revelación de): 157-162;
(utilización de): 162-165;
y reserva. Diferencias: 159.

Servicio (s) público (s)

(administración pública como): 3;
personas encargadas de prestarlos: 4, 5.

Servidor (es) público (s)

abandono del cargo: 165-168;
asesoramiento ilegal: 141-145;
definición constitucional: 4;
de la rama jurisdiccional que realicen asesoramiento: 168-173;
en el Código Penal: 18;
intervención en política: 173-178;
omisión o retardo en sus funciones: 138-141;
que revele secreto: 157-162;
(responsabilidad del): 18;
(tráfico de influencias para obtener favor de): 116-118;
(violencia contra): 195-198.

Simulación

concepto: 215, 216;
de autoridad
y perturbación de actos oficiales: 200;
de investidura o cargo
acción descrita: 190-192;
normatividad: 190;
de la prueba como circunstancia de agravación: 214-216;
de la prueba en asuntos extrapenales: 216;
y falsedad de la prueba. Diferencias: 214, 216.

Soborno

antijuridicidad: 236;
concurso: 236;
coparticipación: 236;
culpabilidad: 236;
normatividad: 234.

Sociedad de economía mixta

(peculado por apropiación en la): 22-24.

— T —

Tentativa

en el cohecho. Improcedencia: 101, 102;
en el cohecho propio. Improcedencia: 93;
en el contrato sin cumplimiento de requisitos legales. Improcedencia: 113;
en el fraude procesal. Improcedencia: 284;
en el interés ilícito en la celebración de contratos. Improcedencia: 113;
en el peculado por aplicación oficial diferente. Improcedencia: 44;

en el prevaricato por asesoramiento ilegal. Improcedencia: 145;
 en la celebración indebida de contratos. Improcedencia: 113;
 en la concusión. Improcedencia: 77;
 en la violación del régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades. Improcedencia: 108, 113.
 Testimonio
 (falso): 221-234.
 Tráfico de influencias
 acción descrita: 116-118;
 estructura del tipo: 114;
 normatividad: 114, 115;
 y cohecho: 115, 116.

— U —

Uniformes
 utilización ilegal: 192.
 Usurpación
 de función pública
 acción descrita: 185-187;
 de funciones públicas
 normatividad: 185;
 sujetos activos: 185, 186;
 y abuso de poder: 183;
 forma de abuso de poder: 189, 190;
 y abuso de funciones: 182-185;
 y extralimitación. Diferencias: 188.
 Utilización indebida
 de asuntos sometidos a secreto o reserva
 acción descrita: 163, 164;
 bien jurídico tutelado: 163;
 consumación: 164;
 y abuso del poder: 163;
 de información privilegiada
 acción descrita: 127, 128;

antijuridicidad: 128, 129;
 estructura del tipo: 127;
 normatividad: 126;
 sujetos activos: 127;
 de uniformes e insignias: 192;
 estructura del tipo: 163;
 normatividad: 162, 163;
 participación: 164;
 sujetos activos: 163;
 tentativa: 164.

— V —

Violación del régimen de inhabilidades
 acción descrita: 104, 105;
 antijuridicidad: 108;
 causales de justificación. Improcedencia: 113;
 concurso: 113;
 consumación: 108;
 culpabilidad: 108, 113;
 estructura del tipo: 104, 105;
 inhabilidades e incompatibilidades de orden constitucional: 105, 106;
 inhabilidades e incompatibilidades de orden legal: 106-108;
 normatividad: 104;
 participación: 113;
 sujetos activos: 104;
 tentativa. Improcedencia: 108, 113;
 y abuso del poder: 104.
 Violencia contra servidor público
 acción descrita: 196-198;
 antecedentes: 195;
 normatividad: 195;
 objeto material: 195;
 sujeto pasivo: 195, 196.

